

SYNTHESE DU RAPPORT

Introduction

Focus sur les directives européennes. Pour son huitième rapport depuis sa création en 2020, la Chaire de droit des contrats publics porte l'attention de ses travaux sur les directives européennes *Concessions* (directive 2014/23) et *Marchés publics* (directive 2014/24).

Le dixième anniversaire de l'adoption de ces directives invitait à dresser un bilan de cette réforme. La parution en 2023 d'un rapport spécial de la Cour des comptes européenne¹ a contribué à mettre en lumière toute l'actualité de ce sujet. Les constats opérés – en l'occurrence un net recul de la concurrence, la stagnation de la part de marchés « stratégiques » et de marchés transfrontaliers conclus entre 2011 et 2021 – questionnent avec davantage d'acuité l'incidence des *directives de 2014* sur les objectifs formulés par le législateur européen, à savoir la simplification et l'attractivité des procédures de passation, l'accès des PME à la commande publique ou encore la promotion du développement durable et de l'innovation.

Ce bilan particulièrement mitigé a suscité plusieurs réactions, à commencer par celle de la Commission européenne qui, tout en relativisant les conclusions de ce rapport, acceptait certaines recommandations émises par la Cour². En juillet 2024 enfin, la candidate à sa réélection à la tête de la Commission européenne, Ursula Van der Layen émettait le vœu de réformer la *directive Marchés* dans le but de « *moderniser et de simplifier nos règles en matière de marchés publics* »³. Cette proposition ouvre la voie à une nouvelle réforme des directives, à laquelle la Chaire de droit des contrats publics entend participer à son échelle.

¹ 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.

² *Réponses de la Commission européenne au rapport spécial de la Cour des comptes européenne*, 2023.

³ U. Van der Layen, *Europe's choice political guidelines for the next European Commission 2024-2029*, 18 juill. 2024, pp. 11-12.

Questionnements. Cette thématique soulève de nombreuses interrogations, à commencer par la délimitation du champ d'application matériel et organique des *directives de 2014*. Les procédures de passation et la sélection du cocontractant soulèvent, pour leur part, des questionnements comparables relatifs au rapprochement des régimes applicables aux marchés publics et aux concessions. Les objectifs « stratégiques » posés par le législateur européen à la faveur de la réforme de 2014 n'ont pas manqué de susciter un certain nombre de problématiques en ce qui concerne tant leur articulation avec les principes fondamentaux du droit de la commande publique que leur absence de hiérarchisation. Les techniques d'achat sont, de prime abord, moins empreintes d'incertitude. L'équilibre entre la souplesse et la sécurisation de l'accord-cadre s'avère toutefois insuffisant. Enfin, l'encadrement de la durée et de la fin des contrats de la commande publique, qui constitue une véritable nouveauté dans le droit européen de la commande publique, peut laisser songeur, tant il se borne à une harmonisation minimale dont les effets apparaissent limités.

Objectifs de l'étude. Le présent rapport entreprend de fournir un aperçu général des *directives Concessions* (directive 2014/23/UE) et *Marchés publics* (directive 2014/24/UE), tout en mettant en exergue les éléments dont les ambiguïtés ou les imperfections sont les plus significatives, avant de proposer les évolutions susceptibles d'améliorer la transposition par les États membres, la compréhension et la mise en œuvre de ce droit par les praticiens.

Pour faciliter l'analyse, il se décompose en onze thématiques relatives à la définition des contrats (**thématique n° 1**) et des autorités contractantes (**thématique n° 2**), aux contrats exclus du champ d'application (**thématique n° 3**), aux procédures de passation (**thématique n° 4**), au choix du cocontractant (**thématiques n° 5**), aux objectifs stratégiques que sont les considérations sociales⁴ (**thématique n° 6**), l'accès des PME (**thématique n° 7**) ainsi que l'innovation (**thématique n° 8**), à l'accord-cadre (**thématique n° 9**), au système d'acquisition dynamique (**thématique n° 10**), et enfin à la durée ainsi qu'à la fin des contrats⁵ (**thématique n° 11**).

⁴ Les aspects environnementaux ont été exclus du champ de l'étude car ils faisaient déjà l'objet du quatrième rapport de la Chaire de droit des contrats publics. En ce s. F. Lichère (Dir.), *Environnementalisation des marchés publics*, Rapport de la Chaire de droit des contrats publics, 2022.

⁵ La modification des contrats de la commande publique est exclue du champ de l'étude car cette thématique fait l'objet du cinquième rapport de la Chaire de droit des contrats publics. En ce s. F. Lichère (Dir.), *La modification des contrats de la commande publique*, Rapport de la Chaire de droit des contrats publics, 2023.

Méthodologie de l'étude

Enquêtes. Classiquement, les présents travaux de recherche ont mobilisé les mêmes méthodes de sociologie juridique que les précédents rapports⁶. Ainsi, après une étude doctrinale, ont été successivement conduites une enquête qualitative puis une enquête quantitative auprès d'acteurs du droit des contrats publics interrogés sur des thématiques similaires.

Enquête qualitative : 20 entretiens

Panel des interviewés. Dans le cadre des recherches menées par la Chaire de droit des contrats publics pour son huitième rapport, cette synthèse recense l'ensemble des données relatives aux retours d'expérience sur le bilan et la réforme des *directives de 2014*, récoltées auprès de 5 avocats spécialisés dans le domaine, des services juridiques de 7 autorités contractantes et de 7 opérateurs économiques, ainsi qu'un universitaire, entre mai et juin 2024.

	AC 1	AC 2	OE 1	AV 1	OE 2	AV 2	AC 3
Date de l'entretien	22/05	23/05	27/05	28/05	30/05	30/05	03/06
	OE 3	OE 4	AC 4	U 1	AV 3	AV 4	AV 5
Date de l'entretien	03/06	04/06	04/06	05/06	05/06	06/06	06/06
	AC 5	AC 6	OE 5	OE 6	OE 7	AC 7	
Date de l'entretien	06/06	11/06	11/06	11/06	13/06	13/06	

Figure 1 : Dates des entretiens⁷

Les modalités. Les entretiens semi-directifs ont été menés sur la base de différentes grilles d'entretien établies par la Chaire de droit des contrats publics en avril 2024 pour chaque thématique de recherche. L'ensemble des entretiens a été réalisé 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

⁶ Pour retrouver l'ensemble des rapports thématiques publiés par la Chaire de droit des contrats publics, consultez la page dédiée du site internet officiel de la Chaire : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapports-thematiques>.

⁷ AV : Avocat ; AC : Autorité contractante ; OE : Opérateur économique ; U : Universitaire.

audio ou vidéo, leur préférant la prise de notes manuscrites. Ces notes ont été revues par les interviewés et, le cas échéant, modifiées.

Enquête quantitative : 73 sondés

Présentation des sondages. Dans la continuité de cette enquête qualitative, une enquête quantitative a été menée au moyen de sondages en ligne destinés aux autorités contractantes, aux opérateurs économiques et aux avocats spécialisés dans le droit de la commande publique. Pour une meilleure comparaison des résultats, la structure des onze questionnaires thématiques suivait celle des guides d'entretien de l'enquête qualitative et ne comprenait, à l'exception des questions relatives au profil du sondé, aucune question à réponse obligatoire. Les sondages étaient accessibles du 13 juin 2024 au 12 juillet 2024 sur la plateforme *LimeSurvey*, et partagés sur la page *LinkedIn* de la Chaire ainsi que par certains partenaires et des organismes tiers.

Si 143 personnes ont ouvert un des sondages, 73 d'entre elles ont répondu à au moins une question de fond de l'un des questionnaires.

Synthèse des résultats

Principaux constats. Les recherches juridiques et doctrinales, ainsi que les enquêtes qualitatives et quantitatives, menées de janvier à mars 2024, permettent de dresser plusieurs constats, notamment :

- La thématique relative à la **définition des contrats** appelle de brèves observations alors même que l'élaboration d'une directive dédiée aux concessions et l'opportunité d'aligner le régime applicable à ces contrats sur celui des marchés publics avaient été particulièrement débattus. Sur ce point, la réforme se présente comme un compromis puisque tout en fixant un critère distinctif jugé satisfaisant par les enquêtés – le transfert du risque d'exploitation –, le législateur européen opère un rapprochement notionnel entre les concessions et les marchés publics, sans cependant procéder à une uniformisation des régimes.
- La définition des autorités contractantes est partiellement opérationnelle. Une catégorie de pouvoirs adjudicateurs se distingue en raison des difficultés d'auto-qualification

qu'elle suscite en pratique, en particulier pour les personnes privées : la catégorie des organismes de droit public.

- Le champ d'application des directives est également analysé au sein de la troisième thématique du rapport, portant sur **deux contrats exclus : les contrats *in house* et les contrats de coopération entre autorités contractantes**. Si la codification de ces contrats au sein des *directives de 2014* est majoritairement saluée, la mise en œuvre de ces exclusions n'est pas dénuée d'entrave. À ce titre, les principales faiblesses mises en exergue ont trait à la complexification du *in house* (avec le contrôle conjoint ou le contrôle ascendant principalement).
- S'agissant de la quatrième thématique, les pistes d'amélioration reposent essentiellement sur deux **procédures de passation**. Il en est ainsi de la procédure concurrentielle avec négociation, dont la mobilisation est insuffisante alors même qu'elle dispose de nombreux atouts. La seconde procédure perfectible est celle des marchés dits de gré à gré (procédure négociée sans publication préalable). Les conditions de recours à cette procédure s'avèrent – paradoxalement – à la fois trop imprécises pour apporter suffisamment de sécurité juridique et trop restrictives pour inclure l'ensemble des cas de figure où les marchés de gré à gré pourraient être opportuns.
- La cinquième thématique relative au **choix du cocontractant** a suscité un indéniable intérêt des enquêtés. Ces derniers ont mis en exergue plusieurs problématiques relatives aux motifs d'exclusion et aux mesures d'auto-réhabilitation. La première concerne l'accès aux informations par les autorités contractantes (et, ce faisant, la constitution des dossiers de candidature par les opérateurs économiques). La deuxième difficulté vise le caractère jugé trop « *discrétionnaire* » du dispositif, y compris par les autorités contractantes. En substance, ce système fait peser sur ces dernières un véritable devoir de vigilance, sans cependant leur donner les moyens de procéder aux vérifications nécessaires pour en assurer toute l'efficacité.
- La thématique suivante concerne le **développement durable** élevé en objectif stratégique du droit de la commande publique par les *directives de 2014*. Ce thème a mis en évidence une convergence entre les craintes exprimées par la doctrine et les difficultés rencontrées dans la pratique, lesquelles touchent principalement à son articulation avec les principes fondamentaux du droit de la commande publique. La Chaire de droit des contrats publics ayant déjà consacré un rapport à *l'environnementalisation des marchés publics*, la présente étude s'est concentrée sur les

aspects sociaux. Les retours d'expérience ont fait apparaître que si les clauses d'insertion sont un dispositif bien maîtrisé par les praticiens, les autres objectifs « *sociétaux* » (l'égalité femme/ homme, le commerce équitable, etc.) sont en revanche plus rétifs à la contractualisation, spécialement au regard de l'exigence d'un lien avec l'objet du contrat.

- La septième thématique relative à **l'accès des PME** à la commande publique a révélé un hiatus entre l'ambition affichée par le législateur européen (on ne relève pas moins de 23 occurrences dans la seule *directive Marchés*) et les résultats obtenus. Dans son rapport de 2023, la Cour des comptes européenne constatait à cet égard que la participation des PME à des procédures de passation ou à des marchés publics n'avait globalement pas augmenté entre 2016 et 2021.
- L'innovation fait l'objet d'un bilan négatif, car son intégration au sein de la commande publique est minime. Il est ainsi recommandé de créer une structure européenne d'appui pour conseiller les autorités contractantes, principalement quant à la définition de l'innovation ainsi qu'aux outils mobilisables pour mener à bien un marché public innovant.
- Les neuvième et dixième thématiques portent sur deux techniques d'achat : **l'accord-cadre et le système d'acquisition dynamique**. Les bénéfices non négligeables de l'accord-cadre contrastent avec l'incertitude de son cadre juridique (par exemple concernant la nature contractuelle des accords-cadres ou l'exclusivité du ou des attributaire(s)). Les faiblesses du système d'acquisition dynamique sont en revanche bien moindres, relativisant ainsi la nécessité de modifier les règles qui lui sont applicables.
- Sur la dernière thématique – celle de la **durée et la fin des contrats de la commande publique** – les retours d'expérience, quoique peu nombreux, ont fait ressortir un évident besoin de clarification.

ÉTAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE

PARTIE 1 – ÉTAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE

INTRODUCTION

Intérêt du sujet. Pour son huitième rapport depuis sa création en 2020, la Chaire de droit des contrats publics porte l'attention de ses travaux sur les directives européennes *Concessions* (directive 2014/23) et *Marchés publics* (directive 2014/24).

Le dixième anniversaire de l'adoption de ces directives invitait à dresser un bilan de cette réforme qui constituait sinon « *un événement* », à tout le moins un « *temps fort du droit de la commande publique* »⁸. À l'aube de cette réforme, la doctrine ne manquait déjà pas de souligner que le droit européen de la commande publique continuait à « *osciller entre libéralisation (allègement, simplification des procédures...) et suspicion (création de nouveaux organismes de contrôle, lutte contre les pratiques "malsaines"...), sans qu'un point d'équilibre n'émerge clairement* »⁹. La parution en 2023 d'un rapport spécial de la Cour des comptes européenne¹⁰ a contribué à mettre en lumière toute l'actualité de ce sujet. Les constats opérés – en l'occurrence un net recul de la concurrence, la stagnation de la part de marchés « stratégiques » et de marchés transfrontaliers conclus entre 2011 et 2021 – questionnent avec davantage d'acuité l'incidence des *directives de 2014* sur les objectifs formulés par le législateur européen, à savoir la simplification et l'attractivité des procédures de passation,

⁸ F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions ? » *CMP* 2014, repère 3.

⁹ O. Didriche, « La réforme des directives marchés : objectifs et stratégies de la Commission européenne », *AJCT* 2012. 592.

¹⁰ 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.

l'accès des PME à la commande publique ou encore la promotion du développement durable et de l'innovation.

Ce bilan particulièrement mitigé a suscité plusieurs réactions, à commencer par celle de la Commission européenne qui, tout en relativisant les conclusions de ce rapport, acceptait certaines recommandations émises par la Cour¹¹. En juillet 2024 enfin, la candidate à sa réélection à la tête de la Commission européenne, Ursula Van der Layen émettait le vœu de réformer la *directive Marchés* dans le but de « *moderniser et de simplifier nos règles en matière de marchés publics* »¹². Désaveu en demi-teinte de la réforme de 2014, cette proposition ouvre la voie à une nouvelle réforme des directives, à laquelle la Chaire de droit des contrats publics entend participer à son échelle.

Questionnements. Cette thématique soulève de nombreuses interrogations à commencer par la délimitation du champ d'application matériel (les définitions des marchés publics et des concessions ainsi que les contrats exclus) et organique (les autorités contractantes) des *directives de 2014*. Les procédures de passation et la sélection du cocontractant soulèvent, pour leur part, des questionnements comparables, relatifs à l'opportunité et aux limites du rapprochement opéré par le législateur européen entre le régime applicable aux marchés publics d'une part, et aux concessions d'autre part. Les objectifs « stratégiques » posés par le législateur européen à la faveur de la réforme de 2014 n'ont pas manqué de susciter un certain nombre de problématiques en ce qui concerne tant leur articulation avec les principes fondamentaux du droit de la commande publique que leur absence de hiérarchisation, sans compter que chacun d'entre eux fait naître des difficultés spécifiques. Les techniques d'achat sont, de prime abord, moins empreintes d'incertitude. L'équilibre entre la souplesse et la sécurisation de l'accord-cadre s'avère toutefois insuffisant. Enfin, l'encadrement de la durée et de la fin des contrats de la commande publique, qui constitue une véritable nouveauté dans le droit européen de la commande publique, peut laisser songeur, tant il se borne à une harmonisation minimale dont les effets apparaissent limités.

Objectifs de l'étude. Le présent rapport entreprend de fournir un aperçu général des *directives Concessions* (directive 2014/23/UE) et *Marchés publics* (directive 2014/24/UE) – c'est-à-dire d'évaluer si ces textes sont à la « *hauteur de l'ambition affichée* »¹³, tout en mettant

¹¹ *Réponses de la Commission européenne au rapport spécial de la Cour des comptes européenne*, 2023.

¹² U. Van der Layen, *Europe's choice political guidelines for the next European Commission 2024-2029*, 18 juill. 2024, pp. 11-12.

¹³ C. Frackowiak et G. Delaloy, « Nouvelles directives européennes sur les marchés publics et les concessions : quels changements pour le droit français de la commande publique ? », *BJCP* mai 2014, n° 94, p. 155.

en exergue les éléments dont les ambiguïtés ou les imperfections sont les plus significatives, avant de proposer les évolutions susceptibles d'améliorer la transposition par les États membres, la compréhension et la mise en œuvre de ce droit par les praticiens.

Pour faciliter l'analyse, il se décompose en onze thématiques relatives à la définition des contrats (**thématique n° 1**) et des autorités contractantes (**thématique n° 2**), aux contrats exclus du champ d'application (**thématique n° 3**), aux procédures de passation (**thématique n° 4**), au choix du cocontractant (**thématiques n° 5**), aux objectifs stratégiques que sont les considérations sociales¹⁴ (**thématique n° 6**), l'accès des PME (**thématique n° 7**) ainsi que l'innovation (**thématique n° 8**), à l'accord-cadre (**thématique n° 9**), au système d'acquisition dynamique (**thématique n° 10**), et enfin à la durée ainsi qu'à la fin des contrats¹⁵ (**thématique n° 11**).

¹⁴ Les aspects environnementaux ont été exclus du champ de l'étude car ils faisaient déjà l'objet du quatrième rapport de la Chaire de droit des contrats publics. En ce s. F. Lichère (dir.), *Environnementalisation des marchés publics*, Rapport de la Chaire de droit des contrats publics, 2022.

¹⁵ La modification des contrats de la commande publique est exclue du champ de l'étude car cette thématique fait l'objet du cinquième rapport de la Chaire de droit des contrats publics. En ce s. F. Lichère (dir.), *La modification des contrats de la commande publique*, Rapport de la Chaire de droit des contrats publics, 2023.

AXE 1 : LE CHAMP D'APPLICATION DES DIRECTIVES

Le champ d'application des *directives de 2014* repose sur une structure traditionnelle à la fois matérielle, par la définition des contrats régis (**thématique n° 1**) et des contrats exclus des directives (**thématique n° 3**), et organique via la définition des autorités contractantes (**thématique n° 2**).

THEMATIQUE N° 1 : LA DEFINITION DES CONTRATS

La réforme du droit européen de la commande publique, et plus spécifiquement l'opportunité d'adopter une réglementation propre aux concessions, a fait l'objet de vifs débats au sein de l'Union européenne¹⁶.

Le législateur européen devait trouver un compromis propre à ménager les résistances d'États comme la France, soucieuse de préserver la spécificité des délégations de service public, et les velléités d'unification des régimes applicables aux marchés publics et aux concessions, exprimées outre-Manche et outre-Rhin. Le projet présenté par la Commission en 2011 allait dans ce sens puisqu'il désignait les concessions comme des « *marchés de concessions* » et les soumettait à un régime juridique calqué sur celui des marchés publics. Les négociations ont néanmoins permis l'adoption d'un cadre législatif spécifique, bien que certaines dispositions de la *directive 2014/23* traduisent « *une tendance, assimilassionniste* »¹⁷, sinon une « *marchéisation* » des concessions qui n'est pas sans susciter le scepticisme d'une partie de la doctrine¹⁸. Ce *modus vivendi* se manifeste dans la *directive 2014/23* dès les premières dispositions consacrées à la définition de la notion de concession. En effet, tout en fixant un

¹⁶ 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.

¹⁷ L. Richer, « La concession dans la commande publique », *BJCP* 2015, n° 103, p. 403.

¹⁸ F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Contrats de concession : la nouvelle donne », *CMP* mars 2016, rép. 3.

critère distinctif – le transfert du risque d'exploitation –, le législateur européen opère un rapprochement manifeste entre les concessions et les marchés publics, spécialement en ce qui concerne leurs objets, conduisant certains auteurs à se demander si l'on doit s'en effrayer¹⁹.

À ce stade, on peut, au contraire, se réjouir que le législateur européen soit parvenu à « trancher le nœud gordien »²⁰ de l'insécurité juridique²¹ au moyen d'une « définition clarifiée »²² des concessions (§I.), sans en réintroduire d'autre part à travers la définition des marchés publics, tant cette dernière s'inscrit dans la parfaite continuité de la *directive* 2004/18 (§II.).

§I. La définition partiellement clarifiée de la notion de concession

La *directive* 2014/23 produit des effets ambivalents : en unifiant la définition des concessions, elle est porteuse d'une indéniable clarté juridique (A.), cependant qu'en rapprochant cette notion des marchés publics elle contribue à brouiller les frontières entre ces deux catégories de contrats de la commande publique (B.).

A. L'unification de la notion de concession

Le droit européen a procédé à une unification progressive de la notion de « *concession* », avec toutes les difficultés culturelles que ce choix peut susciter dans des États comme la France, plus familiers avec d'autres concepts tels que les délégations de service public ou les concessions d'aménagement et de travaux publics. Ce mouvement a été amorcé par la *directive* 2004/18 – dont la transposition tardive témoignait des réticences de la France²³ –, qui se bornait à encadrer les concessions de travaux²⁴, tandis que les concessions de services, qu'elle

¹⁹ En ce s. G. Kalfèlche, « Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », *CMP* juin 2014, dossier 4.

²⁰ J. Kitsos, « Defining concessions in EU public procurement law: has Directive 2014/23 missed another opportunity for conceptual clarification? », *European Law Review* 2018, n° 43, p. 550.

²¹ Cette insécurité juridique était en partie imputable à la jurisprudence de la Cour de justice relative à la définition des concessions, jugée « insuffisante, ambiguë et souvent contradictoire [nous soulignons] » par la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs (DG MARKT, *Communication aux membres* n° 4/2012, 19 mars 2012).

²² Dir. 2014/23/UE, cons. 18.

²³ Ord. n° 2009-864 du 15 juill. 2009 relative aux contrats de concessions de travaux.

²⁴ Elle en proposait la définition suivante : « la concession de travaux publics est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix » (Dir. 2004/18, art. 1 §3).

définissait pourtant²⁵, se trouvaient assujetties par la jurisprudence au seul respect des principes fondamentaux²⁶.

La *directive 2014/23* parachève cette entreprise puisqu'elle s'applique aussi bien aux concessions de travaux qu'aux concessions de services dont la valeur est égale ou supérieure à 5 186 000 euros²⁷. Dans le prolongement de la jurisprudence européenne²⁸, ce texte propose ainsi une définition unitaire de la notion de concession envisagée comme un « *contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices* » confie(nt) soit « *l'exécution de travaux* », soit « *la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux* » à un ou à plusieurs opérateurs économiques en contrepartie du droit d'exploiter les ouvrages ou les services qui font l'objet du contrat, éventuellement accompagné d'un prix²⁹. La distinction établie entre les concessions de travaux et les concessions de services semble avoir pour seule utilité d'attirer ces dernières, qui en étaient auparavant exclues, dans le champ d'application du droit européen de la commande publique. À cet égard, le considérant n° 23 de la directive souligne que la plupart des contrats de concession ont un objet mixte³⁰. C'est précisément « *ce qui justifie [...] le rapprochement entre concessions de travaux et concessions de services* »³¹.

En tout état de cause, cette définition opère un « *changement historique* »³² d'une part en étendant le régime des concessions aux contrats ayant pour objet des services qui ne sont pas des services publics et, d'autre part en passant sous silence la condition de « *délégation* »³³ pourtant considérée en droit interne comme caractéristique des concessions. Ce faisant, elle introduit une difficulté nouvelle en rendant plus ténue la frontière entre les concessions de services et les conventions, sinon les autorisations domaniales. Probablement conscient de cet effet indésirable, le législateur européen tend à préciser les critères distinctifs dans le préambule de la *directive Concessions*. Aux termes du considérant n° 15, on doit comprendre que si le pouvoir adjudicateur se borne à fixer les « conditions générales d'utilisation des domaines [...] »

²⁵ Dir. 2004/18/CE, art. 1 §4.

²⁶ CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98.

²⁷ Dir. 2014/23/UE, *préc.*, art. 8, §1.

²⁸ CJCE 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03 ; CJUE 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst*, aff. C-274/09.

²⁹ Dir. 2014/23/UE, *préc.*, art. 5 §1, a) et b).

³⁰ Aux termes de ce considérant « *il est nécessaire d'établir la méthode de calcul de la valeur estimée d'une concession et cette méthode devrait être identique pour les concessions de travaux et de services, les deux types de contrats couvrant fréquemment des aspects liés à des travaux et à des services [...]* ».

³¹ G. Kalfleche, « Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », *op. cit.*

³² *Idem.*

³³ En élevant la notion « *gestion de services* » en critère de définition (art. 5 §1, b), la *directive 2014/23/UE* semble toutefois exclure qu'une simple prestation de services suffise à caractériser une concession de service.

sans acquisition de travaux ou ressources spécifiques [nous soulignons] », il s'agit d'une simple convention d'occupation du domaine public et que, par un raisonnement *a contrario*, lorsque la personne publique impose des conditions spécifiques d'usage qui s'analysent comme de véritables « *obligations* » de service public – sans aller jusqu'à la délégation –, il s'agit d'une concession. Le considérant n° 14 offre quant à lui des indices propres à distinguer la concession de l'autorisation. La première est signée à l'initiative du concédant et implique « *des engagements mutuels contraignants en vertu desquels l'exécution des travaux ou services est soumise à des exigences spécifiques définies par l'autorité concédante, lesquelles exigences ont force exécutoire* » [nous soulignons], tandis que la seconde est délivrée à la demande de l'opérateur économique qui conserve la liberté de renoncer à la fourniture de travaux et de services.

Dans le prolongement de cette idée, le retrait de la condition de « délégation » de la définition des concessions témoigne d'une certaine convergence notionnelle avec les marchés publics, porteuse d'une certaine confusion.

B. Le rapprochement avec les marchés publics

Le législateur européen a opté pour une définition de la concession proche de celle de marché public, au risque de brouiller quelque peu les frontières entre ces contrats de la commande publique. Dès lors, il était devenu indispensable de poser un critère distinctif : le risque d'exploitation.

Il était traditionnellement admis que les concessions se distinguaient des marchés publics par leur objet : aux premières le service public – les travaux ayant été progressivement relégués au rang d'accessoire de cette activité principale –, aux seconds les travaux ou les fournitures. Or, « *le principal apport* » des *directives de 2014* réside précisément dans « *le rapprochement* » opéré entre le critère matériel des concessions et celui des marchés³⁴. En effet, les premières peuvent avoir pour objet des services, qui ne sont pas nécessairement des services publics, ou des travaux, tandis que les marchés publics peuvent concerner des travaux, des fournitures³⁵, mais aussi des services. Cette analogie contribuant à amalgamer les marchés publics et les concessions par leur objet, il était impératif d'arrêter un critère distinctif fiable.

³⁴ G. Kalflèche, « Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », *op. cit.*

³⁵ Il convient ici de relever que la *directive 2014/23* n'envisage pas la notion de concession de fournitures.

Le choix du législateur européen s'est porté sur l'élément financier, à savoir le risque d'exploitation de l'ouvrage ou du service concédé, devenu « *l'Alpha et l'Omega* » de la distinction du marché et de la concession³⁶ à la faveur de l'adoption de la *directive 2014/23*.

Sur ce point, le texte indique, en premier lieu, que la « contrepartie » pour l'opérateur économique réside « *soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages / les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix* »³⁷. Il en ressort que le concessionnaire se rémunère en exploitant l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, généralement par les redevances versées par les usagers, qui peuvent être assorties ou non du paiement d'un prix par le pouvoir adjudicateur. Cette nouvelle définition, volontairement large, se montre ainsi indifférente au mode de rémunération du concessionnaire ou à l'origine de ses ressources³⁸. En conséquence, sont susceptibles d'être qualifiés de « concessions » les contrats qui sont entièrement rémunérés par l'autorité contractante, dès lors que la récupération des investissements et des coûts supportés par l'opérateur pour l'exécution des travaux ou la fourniture du service « *est basée sur la demande ou la fourniture réelle du service ou de l'actif* », ce qui rend la distinction avec les contrats de partenariat plus complexe³⁹. En deuxième lieu, la *directive 2014/23* dispose que la concession « *implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux* [nous soulignons] »⁴⁰. Le texte est plutôt disert en ce qui concerne le risque d'exploitation qui renvoie, selon l'article 5, à l'incertitude pour le concessionnaire d'amortir ses investissements ou les coûts qu'il a supportés. Le considérant n° 20 du préambule explicite également cette notion qu'il décrit comme un « *risque exogène* »⁴¹, c'est-à-dire celui qui trouve son origine « *dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle* », ce qui exclut les risques liés « *à une mauvaise gestion, à un manquement de l'opérateur économique aux obligations contractuelles ou à des cas de force majeure* » qui sont communs aux concessions et aux marchés publics⁴². La directive rappelle également à plusieurs reprises qu'il s'agit d'un « *risque d'exposition aux aléas du marché, qui*

³⁶ F. Lichère, « Notion de marché », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 28/07/2023.

³⁷ Dir. 2014/23 /UE, art. 5 §1.

³⁸ Sur ce point, la directive clarifie la jurisprudence ambiguë, sinon confuse, de la Cour de justice.

³⁹ J. Kitsos, « Defining concessions in EU public procurement law: has Directive 2014/23 missed another opportunity for conceptual clarification? », *op. cit.*, p. 562.

⁴⁰ Dir. 2014/23/UE, art. 5 §1.

⁴¹ S. Braconnier, « La consécration du critère du risque opérationnel dans la directive Concessions », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, p. 27.

⁴² Dir. 2014/23/UE, cons. 20.

*peut être soit un risque lié à la demande*⁴³, *soit un risque lié à l'offre*⁴⁴, *soit un risque lié à la demande et à l'offre* [nous soulignons] »⁴⁵ qui peut notamment se traduire par « *le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service* »⁴⁶. En troisième et dernier lieu, l'article 5 précise que « *la part du risque transféré au concessionnaire [doit] implique[r] une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable* [nous soulignons] »⁴⁷. La suppression de l'adjectif « *substantiel* » initialement retenu dans le projet de directive de 2011 complexifie la distinction avec les marchés publics⁴⁸ et semble s'écarter de la jurisprudence européenne, qui n'était elle-même pas exempte de contradictions sur ce point. En effet, après avoir exigé que ce risque soit « *substantiel* »⁴⁹, la Cour a fini par admettre qu'il soit limité, tout en rappelant cependant qu'une « *part significative* » devait être transférée au concessionnaire, comme en matière de distribution d'eau⁵⁰. Dans un arrêt de 2016, elle a renoué avec sa position traditionnelle en précisant que le risque d'exploitation transféré au concessionnaire devait être « *substantiel* »⁵¹.

À rebours, l'absence de précision, dans la directive, de l'étendue du transfert de risque requis rend plus subjective et « *perméable* »⁵² la distinction avec les marchés publics, dont la définition apparaît désormais stabilisée.

§II. La définition stabilisée de la notion de marché public

La directive 2014/24 a modifié à la marge la définition des marchés publics arrêtée par la directive 2004/18 (A.). Cette apparente stabilité ou « *continuité* »⁵³ n'a pas éliminé toutes les

⁴³ « *Le risque lié à la demande désigne le risque portant sur la demande effective pour les travaux ou services qui font l'objet du contrat* » (Dir. 2014/23, cons. 20).

⁴⁴ « *Le risque lié à l'offre désigne le risque portant sur la fourniture des travaux ou services qui font l'objet du contrat, en particulier le risque que la fourniture des services ne corresponde pas à la demande* » (idem).

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ CJUE, 21 mai 2015, *Kansaneläkelaitos*, aff. C-269/14.

⁴⁷ Dir. 2014/23/UE, préc., art. 5 §1.

⁴⁸ J. Kitsos, « Defining concessions in EU public procurement law: has Directive 2014/23 missed another opportunity for conceptual clarification? », *op. cit.*, p. 559.

⁴⁹ CJCE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08.

⁵⁰ CJCE, 10 sept. 2009, *Eurawasser*, aff. C-206/08.

⁵¹ CJUE, 14 juill. 2016, *Promoimpresa Srl*, aff. C-458/14.

⁵² S. Braconnier, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA* 2014, p. 838.

⁵³ Ph. Terneyre, « La notion de marché public : rupture ou continuité », *CMP* juin 2014, dossier 3.

difficultés de qualification, lesquelles sont généralement imputables aux définitions propres à chaque marché public (B.).

A. Les clarifications à la marge de la définition de marché public

À en croire le législateur européen, la définition proposée par la *directive Marchés* se borne à « *éclaircir certains concepts et notions fondamentales afin de garantir la sécurité juridique et de prendre en compte certains aspects de la jurisprudence bien établie de la CJUE, en la matière* »⁵⁴.

Aux termes de l'article 2 de la *directive 2014/24*, les marchés publics désignent « *des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* »⁵⁵, ce qui reprend *in extenso* la définition arrêtée dans la précédente directive. Comme en 2004, cette définition repose sur la réunion de quatre critères : un critère formel (un contrat écrit), un critère organique (un acheteur et un opérateur économique⁵⁶), un critère financier (un prix ou tout équivalent⁵⁷) et un critère matériel (travaux, fourniture ou services). Ce dernier critère renvoie à celui de satisfaction du besoin de l'acheteur qui bien qu'absent de la directive se retrouve « *indirectement* »⁵⁸ dans la définition propre aux marchés de travaux, de fournitures ou de services.

L'absence de référence à la satisfaction du besoin peut être déplorée en ce sens qu'elle constitue un élément déterminant de la distinction entre le marché public et l'appel à projets ou l'appel à manifestation d'intérêt. Ce dispositif juridique qui a connu un important développement ces dernières années, ainsi qu'en témoigne le plan « *France Relance* » lancé par le Gouvernement français en 2020, n'est pas « *clairement défini* »⁵⁹ par le droit interne. On peut toutefois déduire d'une *circulaire du 18 janvier 2010* qu'il s'agit d'un outil par lequel une collectivité publique fixe des « objectifs » généraux autour d'une « thématique » sur la base desquels les candidats prennent l'initiative du projet et en définissent le contenu⁶⁰. Or, la

⁵⁴ Dir. 2014/24/UE, cons. 2.

⁵⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 2 §5.

⁵⁶ Sur ce point, voir les développements consacrés à la définition des autorités contractantes en thématique n° 2.

⁵⁷ Cet équivalent peut, par exemple, correspondre au remboursement partiel des frais encourus par l'opérateur économique en échange du service obtenu CJCE, 19 déc. 2010, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, aff. C-159/11.

⁵⁸ F. Lichère, « Notion de marché », *op. cit.*

⁵⁹ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd., Dalloz, 2022, p. 166.

⁶⁰ *Circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément*. Cette circulaire souligne néanmoins que « *si la collectivité est à l'initiative du projet, on se situe dans le cadre de la commande publique [...]* »

différence principale, qui touche à « l'essence » de la commande publique⁶¹, est que contrairement aux marchés publics et aux concessions, l'appel à projets ne répond pas à un besoin *stricto sensu* de la personne publique⁶². En outre, il n'est pas assorti du versement d'un prix ou d'un droit d'exploitation, mais bénéficie d'un simple soutien public précaire et révocable (généralement sous forme de subventions)⁶³. En dépit de ces différences, l'appel à projets ne se distingue pas toujours aisément des contrats de la commande publique, pour deux raisons. D'abord, les appels à projets peuvent conduire à la conclusion de contrats de la commande publique. Ensuite et à l'inverse, « *l'appel à projets peut apparaître comme le substitut d'un marché public ou d'une concession, voire comme un subterfuge pour échapper au droit de la commande publique* »⁶⁴. En dépit de menues précisions dans la circulaire précitée, il existe donc un risque non négligeable de dévoiement et /ou de requalification des contrats conclus pour mettre en œuvre ou financer le projet en contrat de la commande publique, spécialement en marché public de services⁶⁵.

En dehors de ce cas particulier, ce sont bien les définitions propres à chaque marché qui sont porteuses des difficultés les plus sérieuses.

B. Les difficultés liées aux définitions propres de chaque marché

La *directive 2014/24* propose une définition unitaire des marchés publics, tout en apportant des précisions propres aux marchés de travaux, fournitures⁶⁶ et de services⁶⁷. Si les deux dernières catégories ne posent guère de difficulté, la première est en revanche plus problématique.

⁶¹ L. Richer, « Appel à projets et commande publique », *RDI* 2022, p. 626.

⁶² CE, avis, 22 janv. 2019, *Passerelles innovantes sur la Seine*, n° 296221. En ce sens : « *l'initiative n'appartient pas à l'association, mais à la collectivité, qui cherche ainsi à répondre à un de ses besoins [...]* » (Circulaire du 18 janvier 2010 préc.)

⁶³ En ce sens : « *le marché implique un lien direct entre les sommes versées et les prestations réalisées : une étude précisément déterminée, réalisée pour le compte d'une collectivité et donnant lieu à une rémunération spécifique constitue ainsi une prestation de services effectuée à titre onéreux ; en revanche, une association peut être subventionnée pour mener des études dans un domaine donné et des actions de promotion (jurisprudence CODIAC)* » (Circulaire du 18 janvier 2010 préc.)

⁶⁴ L. Richer, « Appel à projets et commande publique », *op. cit.*, p. 625.

⁶⁵ En ce sens, l'avis du Conseil d'État relatif à la réalisation de passerelles innovantes sur la Seine retient une définition large de la notion de « travaux » : CE, avis, 22 janv. 2019, n° 396221.

⁶⁶ Les marchés de fournitures désignent « *des marchés publics ayant pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits. Un marché public de fourniture peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation* » (dir. 2014/24/UE, art. 2 §8).

⁶⁷ Les marchés de services désignent « *des marchés publics ayant pour objet la prestation de services autre que ceux visés au point 6)* » c'est-à-dire ceux qui ne sont ni des travaux, ni des fournitures (*ibid.*, art. 2 §9).

Les marchés de travaux sont, selon la définition européenne, des marchés publics ayant l'un des objets suivants: « a) *soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe II*⁶⁸ ; b) *soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage*; c) *la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante*⁶⁹ *sur sa nature ou sa conception* [nous soulignons] »⁷⁰. Cette catégorie est celle qui pose le plus de « *difficultés d'identification* »⁷¹, lesquelles tiennent autant à la portée incertaine de la liste des travaux mentionnés à l'annexe II⁷² qu'à l'imprécision des termes employés, au premier rang desquels l'expression d'« *exigences fixées* » par l'acheteur. Cette référence est destinée à tenir compte de la jurisprudence européenne selon laquelle il y a marché de travaux dès que le pouvoir adjudicateur intervient dans la rédaction du contrat ou définit des spécifications précises⁷³. Elle permet de qualifier de marchés de travaux certains contrats, tels que la location d'un immeuble en état futur d'achèvement⁷⁴ ou encore les baux emphytéotiques⁷⁵, si tant est que l'ouvrage répond aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur et que les travaux à effectuer sont décrits avec précision ou que ce dernier « *intervient d'une manière ou d'une autre dans la rédaction des cahiers des charges ou dans la passation des différents marchés* » subséquents⁷⁶. L'autre difficulté porte sur l'expression d'« *influence déterminante* ». La directive reprend ici une formulation jurisprudentielle⁷⁷ sans en préciser les contours, ce qui entretient une certaine insécurité juridique. À titre d'exemples, cette exigence est considérée comme satisfaite lorsque le contrat contient des « *spécifications très détaillées* » avec un « *descriptif précis des bâtiments à construire, de leur qualité et de leurs équipements* »⁷⁸ ou lorsqu'un bail prévoit des exigences qui vont au-delà de ce qui est habituellement attendu du locataire à l'égard d'un immeuble⁷⁹. À l'inverse, le contrat ne saurait

⁶⁸ La directive contient une liste d'activités qui sont présumées constituer des marchés publics de travaux.

⁶⁹ Cette notion remplace celle tout aussi imprécise issue de la jurisprudence de « *besoins précisés* » par l'acheteur : CJCE, 18 janv. 2007, *Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05.

⁷⁰ Dir. 2014/24/UE, art. 2 §6.

⁷¹ F. Lichère, « Notion de marché », *op. cit.*

⁷² Sur ce point : L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., LGDJ, 2021, n° 934.

⁷³ CJCE, 12 déc. 2002, *Universale-Bau AG c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, aff. C-470/99

⁷⁴ CJUE, 10 juill. 2014, *Impresa Pizzarotti & C.SpA c/ Commune de Bari et a.*, aff. C-213/13.

⁷⁵ Pour une étude détaillée : L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, *pp. cit.*, n°s 937 et s.

⁷⁶ Siegbert Alber, Concl. sur CJCE, 12 déc. 2002 *Universale-Bau AG/Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, aff. C-470/99.

⁷⁷ CJCE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08.

⁷⁸ CJUE, 20 oct. 2009, *Commission/Allemagne*, aff. C-536/07, dit « KölnMesse ».

⁷⁹ CJUE, 22 avr. 2021, *Comm. c/ Autriche*, aff. C-537/19.

être qualifié de marché de travaux lorsque l'autorité publique se borne à exercer sur l'ouvrage des compétences de régulation en matière d'urbanisme⁸⁰.

Une dernière difficulté tient à la « *mixité* » des marchés publics. Le marché public peut être qualifié de « *mixte* », soit parce qu'il a pour objet différents types d'achats relevant tous du champ d'application de la *directive 2014/24*, soit parce qu'il a pour objet des achats relevant de ladite directive et des achats relevant d'autres régimes juridiques. La *directive Marchés* précise cependant le régime juridique de ces contrats. Dans la première hypothèse, ils sont passés conformément aux dispositions applicables au type d'achat qui constitue l'« *objet principal* » du marché en question, lequel est « *déterminé en fonction de la plus élevée des valeurs estimées respectives des fournitures ou des services* »⁸¹. Dans l'hypothèse où un marché a pour objet des achats relevant de la présente directive ainsi que des achats qui ne relèvent pas de la présente directive ou lorsque les différentes parties d'un marché donné sont objectivement séparables, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de passer des marchés distincts pour les différentes parties du marché ou de passer un marché unique, auquel cas les règles relatives à la *directive 2014/24* s'appliquent⁸². Dans l'hypothèse, enfin, où le marché mixte contient des éléments de marchés de fournitures, de travaux et de services et de concessions, le marché mixte est passé conformément à la *directive 2014/24*⁸³.



THEMATIQUE N° 2 : LA DEFINITION DES AUTORITES CONTRACTANTES

La notion d'autorité contractante constitue naturellement une notion « *structurante* »⁸⁴ en ce qu'elle conditionne une grande part du champ d'application des directives, et plus

⁸⁰ CJCE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH, préc.*

⁸¹ Dir. 2014/24/UE, *préc.*, art. 3, §2.

⁸² *Ibid.*, art. 3, §3.

⁸³ *Ibid.*, art. 3, §4.

⁸⁴ Le terme est emprunté à Paul Peyret, qui l'emploie concernant « *la soumission éventuelle aux principes et règles de la commande publique* », soumission découlant de la qualification de pouvoir adjudicateur et ainsi d'une catégorie d'autorité contractante (P. Peyret, « Notion de pouvoir adjudicateur », *JCI Contrats et Marchés Publics*, fasc. 45, mise à jour au 03/02/2021 §4).

précisément, de leur champ d'application *ratione personae* (aux côtés de la notion d'opérateur économique). La définition de ces autorités est dès lors décisive et revêt un intérêt certain : elle conditionne les règles applicables et la liberté des entités engagées dans le processus contractuel.

Une rapide lecture de la définition des autorités contractantes dans les *directives de 2014* pourrait laisser penser non seulement que ce pan du champ d'application a fait l'objet d'une évolution minime, mais également – et corrélativement – qu'il suscite peu de difficultés. Les définitions des deux catégories traditionnelles d'autorités contractantes – pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices – semblent identiques aux définitions retenues dans les textes européens précédents, tout comme certaines sous-catégories d'autorités contractantes – à l'image des organismes de droit public au sens du droit de l'UE⁸⁵.

Certains auteurs soulignent pourtant que l'absence de révolution de la définition des autorités contractantes doit être nuancée. En effet, les *directives de 2014* constituent « *plus qu'une codification à droit constant* »⁸⁶ et sont même susceptibles d'interroger l'évolution du champ d'application *ratione personae*.

L'identification des évolutions issues des *directives de 2014* est ainsi essentielle, d'autant que les différentes catégories d'autorités contractantes constituent des notions autonomes⁸⁷. Autrement dit, le droit de l'UE est susceptible de leur attribuer une acception différente des définitions nationales, renforçant ainsi l'enjeu des dispositions et interprétations jurisprudentielles européennes en la matière. À cet égard, il s'avère que l'approche européenne retenue pour les autorités contractantes est particulièrement extensible, afin de concorder avec le « *double objectif d'ouverture à la concurrence et de transparence* »⁸⁸, l'idée étant « *d'exclure à la fois le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les pouvoirs adjudicateurs et la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques* »⁸⁹.

⁸⁵ M. Ubaud-Bergeron, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *RFDA* 2016, p. 218. Le droit français retient une autre définition de l'organisme de droit public, comme expliqué ci-après (voy. *infra*, §2 A).

⁸⁶ M. Karpenschif, « Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d'achat et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », *CMP* 2014, dossier 3.

⁸⁷ Voy. par exemple à ce sujet : M. Ubaud-Bergeron, « Pouvoirs adjudicateurs », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 24/03/2023, §1.2.1.

⁸⁸ CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH contre Bestattung Wien GmbH*, aff. C-373/00, §43.

⁸⁹ *Ibid.*, §42.

Ce constat interpelle quant au but des dispositions de 2014 relatives à la définition des autorités contractantes. Les directives dédiées aux marchés et aux secteurs spéciaux indiquent expressément que « le champ d'application *ratione personae* de la présente directive devrait demeurer inchangé »⁹⁰. La doctrine a pu en déduire que la définition des autorités contractantes dans les *directives de 2014* révèle uniquement un « souci de simplification et d'adaptation de la définition des “acheteurs publics” »⁹¹. Il est ainsi légitime de s'interroger sur l'étendue des évolutions apportées par les *directives de 2014* concernant la définition des autorités contractantes, particulièrement à l'aune de l'objectif affiché. Si les rares avancées peuvent être saluées (§I.), d'autres éléments de définition des autorités contractantes semblent insuffisants ou empreints d'ambiguïté. Il apparaît en effet que des difficultés opérationnelles entravent la qualification d'autorité contractante (§II.), et interrogent quant à la distinction entre les deux catégories d'autorités contractantes, c'est-à-dire entre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices (§III.).

§I. La rareté des évolutions significatives

Conformément à l'idée de maintenir le champ d'application *ratione personae* du droit européen de la commande publique, les *directives de 2014* conservent « l'architecture » antérieure des autorités contractantes. Cette notion repose ainsi sur la dichotomie traditionnelle entre les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, ainsi que sur une unité fonctionnelle. Cette unité fonctionnelle résulte, comme la doctrine a pu le souligner, de la volonté d'appliquer le droit européen de la commande publique à « toute entité publique ou privée qui est susceptible d'avoir un [...] comportement “anormal” en tant qu'acheteur sur le marché »⁹². D'où le maintien des catégories préexistantes de pouvoirs adjudicateurs ou d'entités

Même si la citation ne concerne que les pouvoirs adjudicateurs, elle nous semble transposable à l'autre catégorie d'autorités contractantes que sont les entités adjudicatrices.

Le lien entre ces propos de la CJCE et la définition des pouvoirs adjudicateurs est réalisée par Marion Ubaud-Bergeron : M. Ubaud-Bergeron, « Pouvoirs adjudicateurs », *op. cit.*, §1.2.1.

⁹⁰ Dir. 2014/24/UE, cons. 10 ; Dir. 2014/25/UE, cons. 12.

⁹¹ M. Karpenschif, « Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d'achat et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », *op. cit.*, §3.

⁹² M. Ubaud-Bergeron, « Pouvoirs adjudicateurs », *op. cit.*, §1.2.1.

L'auteure tient les mêmes propos en ce qui concerne les entités adjudicatrices : M. Ubaud-Bergeron, « Entités adjudicatrices », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 28/03/2023, §1.2.

adjudicatrices. Sont ainsi qualifiés de pouvoirs adjudicateurs les États, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public, et les associations formées par une ou plusieurs de ces entités – ainsi que, en ce qui concerne la *directive 2014/24*, les autorités publiques centrales et les pouvoirs adjudicateurs sous-centraux⁹³. Par comparaison, les organismes susceptibles d’être qualifiés d’entités adjudicatrices doivent exercer une activité d’opérateur de réseaux et avoir le statut soit de pouvoirs adjudicateurs, soit d’entreprises publiques, soit d’entités titulaires de droits spéciaux ou exclusifs⁹⁴.

Les catégories cardinales des autorités contractantes demeurant inchangées, les modifications apportées par les *directives de 2014* sont nécessairement relatives. Elles contiennent toutefois des évolutions de deux ordres : la clarification et l’adaptation de certaines composantes de la définition des autorités contractantes.

La clarification peut être constatée à l’égard des centrales d’achat. La reconnaissance de leur existence est antérieure aux *directives de 2014*⁹⁵. L’apport des *directives de 2014* est donc tout autre, et résulte de deux éléments : le double statut potentiel des centrales d’achat, et le recours à celles-ci.

Le statut des centrales d’achat renvoie à la qualification à leur rencontre de pouvoir adjudicateur ou d’entité adjudicatrice. La *directive 2014/25* innove en reconnaissant qu’il peut s’agir d’une entité adjudicatrice ou d’un pouvoir adjudicateur⁹⁶.

Ceci s’accompagne surtout de précisions importantes concernant les modalités et les conséquences du recours aux centrales d’achat. Il a ainsi été souligné que « [l]es nouvelles directives complètent très largement et clarifient le système de la centrale d’achat pour en faire un outil efficace et adapté aux nouvelles exigences/pratiques des pouvoirs adjudicateurs »⁹⁷. L’enjeu principal tient à l’application ou non des règles européennes de la commande publique,

⁹³ La liste des pouvoirs adjudicateurs est prévue par chacune des trois *directives de 2014* : Dir. 2014/23/UE, art. 6 §1 ; Dir. 2014/24/UE, préc., article 2 §1 1 à 3 ; Dir. 2014/25/UE, préc., art. 3 §1.

⁹⁴ Dir. 2014/23/UE, préc., article 7 §1 ; Dir. 2014/25/UE, préc., art. 4 §1.

⁹⁵ Aussi bien la directive 2004/17/CE que la directive 2004/18/CE mentionnaient expressément les centrales d’achat et leur consacraient des dispositions spécifiques (Dir. 2004/17/CE, art. premier §8 et art. 29 ; Dir. 2004/18/CE, art. premier §10 et art. 11).

⁹⁶ La centrale d’achat y est définie comme « une entité adjudicatrice au sens de l’article 4, paragraphe 1, de la présente directive, ou un pouvoir adjudicateur au sens de l’article 2, paragraphe 1, point 1), de la directive 2014/24/UE [...] » (Dir. 2014/25/UE, art. 2 §12).

Les précédentes directives se contentaient d’indiquer que les centrales d’achat étaient des pouvoirs adjudicateurs. Aux termes de la directive 2004/17/CE, « [u]ne “centrale d’achat” est un pouvoir adjudicateur [...] » (Dir. 2004/17/CE, art. premier §8). Selon la directive 2004/18/CE, « [u]ne “centrale d’achat” est un pouvoir adjudicateur [...] » (Dir. 2004/18/CE, art. premier §10).

⁹⁷ M. Karpenschif, « Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d’achat et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », *op. cit.*, §7.

ainsi qu'à l'identification du débiteur des obligations en cas d'application de ces règles. Ainsi, et dans la continuité des directives précédentes, il est prévu que les centrales d'achat peuvent avoir le rôle de « grossistes »⁹⁸ ou d'« intermédiaires »⁹⁹, selon qu'elles revendent des produits qu'elles ont achetés de manière autonome (grossistes) ou qu'elles concluent des marchés destinés à des pouvoirs adjudicateurs sur instructions détaillées ou non de ceux-ci (intermédiaires). Les règles européennes de la commande publique n'ont toutefois pas vocation à s'appliquer au choix d'une centrale d'achat¹⁰⁰. Ceci s'explique par le fait que ces règles ne s'appliquent en principe qu'aux achats réalisés par la centrale d'achat. Les autorités contractantes ayant recours aux centrales d'achat ne sont soumises aux règles européennes de la commande publique que si elles prennent elles-mêmes en charge une partie de la procédure des achats (hypothèse des techniques d'achat avec l'attribution d'un marché au sein d'un système d'acquisition dynamique mis en place par la centrale d'achat ou avec la remise en concurrence pour un accord-cadre établi par la centrale d'achat)¹⁰¹. Les *directives de 2014* délimitent ainsi plus clairement la répartition des obligations de publicité et de mise en concurrence entre les centrales d'achat et les autorités contractantes ayant recours à ces centrales¹⁰².

Concernant l'adaptation réalisée par les *directives de 2014*, il s'est agi, d'une part, d'actualiser la liste des acheteurs publics et, d'autre part, d'acter les conséquences de l'extension des règles européennes à l'ensemble des concessions.

Ainsi, les *directives Marchés* et *Secteurs spéciaux* mentionnent désormais les unités opérationnelles distinctes (également dites unités autonomes) qui ne constituent pas une catégorie d'autorités contractantes, mais dont l'existence est expressément reconnue par les directives. Une unité opérationnelle ne dispose pas d'une personnalité juridique propre qui la distinguerait d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice, mais est « responsable de manière autonome de ses marchés »¹⁰³, c'est-à-dire qu'elle « mène de manière autonome les procédures de passation de marché et prend les décisions d'achat, dispose d'une ligne

⁹⁸ Dir. 2014/24/UE, cons. 69 al. 2 ; Dir. 2014/25/UE, cons. 78 al. 2.

⁹⁹ Dir. 2014/24/UE, cons. 69 al. 2 ; Dir. 2014/25/UE, cons. 78 al. 2.

¹⁰⁰ Dir. 2014/24/UE, cons. 70 ; Dir. 2014/25/UE, préc., cons. 79.

Voy. à ce sujet : M. Karpenschif, « Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d'achat et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », *op. cit.*, § 7.

¹⁰¹ Dir. 2014/24/UE, art. 37 § 2 ; Dir. 2014/25/UE, art. 55 § 2.

¹⁰² Les *directives de 2004* se contentaient d'énoncer que les autorités contractantes se conformaient à la directive si les obligations avaient été respectées par la centrale d'achat à laquelle elles avaient eu recours, mais sans indiquer les exceptions ni développer les techniques d'achat (Dir. 2004/17/CE, art. 29 ; Dir. 2004/18/CE, art. 11).

¹⁰³ Dir. 2014/24/UE, cons. 20 ; Dir. 2014/25/UE, cons. 30.

budgétaire séparée pour les marchés concernés, conclut le marché de manière autonome et assure son financement à partir d'un budget dont elle dispose »¹⁰⁴. La mention de ces unités au sein des directives permet la reconnaissance de leur qualité d'acheteurs publics et, corrélativement, la prise en compte de leurs achats dans le cadre de l'estimation de la valeur des marchés¹⁰⁵ – afin d'éviter tout découpage artificiel¹⁰⁶.

En ce qui concerne les concessions cette fois, l'application du droit européen de la commande publique à l'ensemble des concessions suscite mécaniquement une concordance des autorités contractantes entre les marchés publics et les concessions. Les catégories de pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des concessions incluent donc désormais une entité déjà connue des marchés publics : l'organisme de droit public. Cette extension des organismes soumis aux règles de passation des concessions conduit à « *élargir considérablement les hypothèses dans lesquelles la passation d'une concession de services et, dans une moindre mesure d'une concession de travaux (puisque'elle était déjà appréhendée par les directives n° 2004/17/CE et n° 2004/18/CE) sera soumise à des règles de publicité et de mise en concurrence* »¹⁰⁷.

Ces différentes évolutions n'ont toutefois pas dissipé l'intégralité des doutes relatifs à la définition des autorités contractantes. L'unité fonctionnelle de la notion d'autorités contractantes s'accompagne ainsi de difficultés opérationnelles. Ceci conduit à s'interroger sur l'opportunité de nouvelles évolutions ou du bien-fondé de modifications antérieures.

§II. Les difficultés opérationnelles relatives à la qualification d'autorité contractante

Les *directives de 2014* n'ont pas apporté l'ensemble des clarifications nécessaires à la définition des autorités contractantes (A.), et ont même créé de nouvelles incertitudes (B.).

A. Les ambiguïtés résiduelles

Des questions, antérieures aux *directives de 2014*, demeurent en suspens quant à l'identification – et donc à la qualification – des autorités contractantes. Elles ont trait aussi bien

¹⁰⁴ Dir. 2014/24/UE, considérant 20 ; Dir. 2014/25/UE, cons. 30.

¹⁰⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 4 §2 ; Dir. 2014/25/UE, art. 16 §2.

¹⁰⁶ M. Karpenschif, « Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d'achat et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », *op. cit.*, §6.

¹⁰⁷ *Ibid.*, §11.

aux pouvoirs adjudicateurs qu'aux entités adjudicatrices ainsi qu'aux entités susceptibles de recevoir ces deux qualifications (c'est-à-dire les centrales d'achat).

En ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs, l'une des catégories cristallise la majorité des questions : celle d'organisme de droit public au sens du droit de l'UE¹⁰⁸.

Une première difficulté repose sur la nature autonome de cette notion, qui conduit à des définitions ou termes européens distincts de ceux retenus dans les droits nationaux. L'exemple français est à cet égard emblématique : le Code de la commande publique remplace l'expression européenne d'« *organisme de droit public* » par celle de « *personnes morales de droit privé* »¹⁰⁹ « *en situation de dépendance* »¹¹⁰ à l'égard d'un pouvoir adjudicateur¹¹¹. Ceci s'explique par le fait que la notion d'organisme de droit public recouvre une autre acception en droit français, suscitant ainsi des confusions. La Direction des affaires juridiques du ministère français de l'Économie souligne en ce sens que « *la notion européenne d'organisme de droit public n'est pas facile à appréhender [car] [...] [e]n droit français, cette notion est de nature organique et désigne tous les organismes soumis à un statut de droit public (ex : État, collectivités locales, établissements publics locaux)* »¹¹². À l'inverse, la notion européenne d'organisme de droit public recouvre également des entités privées et repose uniquement sur une forme d'emprise d'un pouvoir adjudicateur à leur égard¹¹³. La divergence qui en résulte est accentuée par un autre élément : l'absence d'homogénéité de la notion d'organisme de droit public au sein du droit de l'UE. Il s'avère en effet que d'autres instruments du droit dérivé de

¹⁰⁸ Voy. par exemple à ce sujet : A. Sanchez-Graells, « Article 2. Definitions », in Caranta (R.) and Sanchez-Graells (A.) (Ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 21, §2.05.

¹⁰⁹ Article L. 1211-1 du Code de la commande publique.

¹¹⁰ Voy. par exemple pour l'emploi de cette expression : M. Ubaud-Bergeron, « Pouvoirs adjudicateurs », *op. cit.*, §3.2.

¹¹¹ Le *Code de la commande publique* n'emploie pas le terme de dépendance mais prévoit, comme les *directives de 2014*, trois hypothèses dans lesquelles l'emprise exercée par le pouvoir adjudicateur conduit à la qualification de pouvoir adjudicateur.

¹¹² Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Rapport à la Commission européenne relatif à l'application de la réglementation en matière de marchés publics pour la période 2017-2019*, Février 2022, p. 11.

¹¹³ Ceci explique d'ailleurs que la CJUE indique que la qualification d'organisme de droit public n'est pas systématiquement exclue en présence d'une société privée :

« 57. Eu égard à ces considérations, l'on ne saurait interpréter la notion d' "organisme de droit public" employée à l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, des directives 92/50, 93/36 et 93/37 en ce sens qu'il serait loisible aux États membres d'exclure d'emblée les sociétés commerciales sous contrôle public du champ d'application personnel de ces directives et, partant, de la directive 89/665.

58. Par ailleurs, il ne saurait être soutenu que cette conclusion revient à méconnaître le caractère industriel ou commercial des besoins d'intérêt général dont ces sociétés assurent la satisfaction, puisque cet élément est nécessairement pris en considération aux fins de déterminer si l'entité concernée répond ou non à la condition énoncée à l'article 1^{er}, sous b), deuxième alinéa, premier tiret, des directives 92/50, 93/36 et 93/37 » (CJCE, 15 mai 2003, *Commission c. Royaume d'Espagne*, aff. C-214/00, §§57-58).

l'UE, étrangers au droit de la commande publique, emploient cette notion, mais lui attribuent une autre définition¹¹⁴. Il s'ensuit que l'identification du sens de la notion d'organisme de droit public n'est pas aisée¹¹⁵.

Deux difficultés supplémentaires peuvent être décelées et ont trait, cette fois, aux conditions à réunir pour caractériser un organisme de droit public (au sens du droit de l'UE) et ainsi retenir la qualification de pouvoir adjudicateur. Les *directives de 2014* n'innovent pas quant à ces conditions, mais n'ont pas, pour autant, apporté des précisions importantes. Trois conditions cumulatives sont ainsi exigées. La première tient au fait que l'organisme doit avoir « *été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* »¹¹⁶. La deuxième condition implique que cet organisme soit « *doté de la personnalité juridique* »¹¹⁷. La troisième et dernière condition repose sur des critères alternatifs : « *soit il [l'organisme] est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public* »¹¹⁸.

La première condition manque de clarté, faute de définition des « *besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* ». Plusieurs questions émergent à la lecture de cette condition, et peuvent être résumées en une interrogation générale : quels éléments doivent être pris en compte pour caractériser de tels besoins ? Or, à l'instar des *directives précédentes de 2004*, celles de 2014 ne codifient pas la jurisprudence européenne qui a apporté certaines précisions sur cette condition. La CJCE a établi, dès 2003, la nature autonome de cette notion pour en déduire une appréciation casuistique fondée sur la « *situation juridique et factuelle de cet organisme* »¹¹⁹. Elle a également rappelé, dans le même arrêt, que « *constituent en général des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial [...] des besoins qui, d'une part, sont satisfaits d'une manière autre que par*

¹¹⁴ Voy. à ce sujet : A. Sanchez-Graells, « Article 2. Definitions », *op. cit.*, p. 24, §2.14.

¹¹⁵ Sur la définition de l'organisme de droit public, voy. : D. Kelesidis, *Recherche comparative sur la notion de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice*, Thèse, Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, 2017, pp. 156-174 et pp. 257-331.

¹¹⁶ Dir. 2014/23/UE, art. 6 §4 a) ; Dir. 2014/24/UE, art. 2 §1 4) a) ; Dir. 2014/25/UE, art. 3 §4 a).

¹¹⁷ Dir. 2014/23/UE, art. 6 §4 b) ; Dir. 2014/24/UE, art. 2 §1 4) b) ; Dir. 2014/25/UE, art. 3 §4 b).

Cette condition ne semble pas susciter de difficultés en pratique : Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, « Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices », Fiche technique, mise à jour du 16/04/2019, p. 6.

¹¹⁸ Dir. 2014/23/UE, art. 6 §4 c) ; Dir. 2014/24/UE, art. 2 §1 4) c) ; Dir. 2014/25/UE, art. 3 §4 c).

¹¹⁹ CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH contre Bestattung Wien GmbH*, préc., §45.

l'offre de biens ou de services sur le marché et que, d'autre part, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante »¹²⁰. Il aurait paru opportun que les *directives de 2014 a minima* codifient cette jurisprudence, voire apportent des précisions supplémentaires pour faciliter la qualification d'organisme de droit public (au sens du droit de l'UE). Certaines de ces précisions supplémentaires sont apparues postérieurement aux *directives de 2014*, et pourraient donc être codifiées par les éventuelles nouvelles directives européennes. La doctrine¹²¹ met ainsi en exergue les indications précieuses apportées par la CJUE en 2017 quant aux indices guidant la qualification de besoins d'intérêt général de nature autre qu'industriel ou commercial¹²², indices qui ont pu être repris par des juridictions nationales¹²³.

La troisième et dernière condition est également susceptible de créer des difficultés. L'un des critères alternatifs pour remplir cette condition demeure particulièrement ambigu, faute, à nouveau, de définition : le critère du contrôle de gestion par un pouvoir adjudicateur¹²⁴. Ceci peut s'expliquer, contrairement à la condition précédemment analysée, par l'absence d'apport majeur de la jurisprudence européenne avant l'adoption des *directives de 2014*. Comme le souligne la doctrine, certains types de contrôles – les contrôles *a priori* et ceux *a posteriori* – avaient déjà été qualifiés par la Cour de Luxembourg, mais sans qu'une liste d'indices réellement opérationnelle n'émerge, du moins jusqu'en 2021¹²⁵. Dans l'arrêt *FIGC* du 3 février 2021¹²⁶, la CJUE a identifié des indices « *de manière didactique et opérationnelle : la reconnaissance préalable de l'organisme par le pouvoir adjudicateur ; le pouvoir d'édiction de normes par le pouvoir adjudicateur à l'égard de l'organisme ; l'approbation des statuts de l'organisme par le pouvoir adjudicateur ; les prérogatives financières du pouvoir adjudicateur sur l'organisme ; le pouvoir de nomination au sein de l'organisme de représentants du pouvoir*

¹²⁰ *Ibid.*, §50.

¹²¹ A. SANCHEZ-GRAELLS, « Article 2. Définitions », *op. cit.*, p. 23, §2.13.

¹²² Ces indices sont « *les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce les activités visant à satisfaire des besoins d'intérêt général, y compris, notamment, l'absence de concurrence sur le marché, l'absence de poursuite d'un but lucratif, l'absence de prise en charge des risques liés à ces activités ainsi que le financement public éventuel des activités en cause* » (CJUE, 6 octobre 2017, « *LitSpecMet* » *UAB contre « Vilniaus lokomotyvų remonto depas » UAB*, aff. C-567/15, §42).

¹²³ Cela a par exemple été le cas en France de la Cour de discipline budgétaire et financière (qui a été supprimée le 1^{er} janvier 2023) : C. Devès, « Société d'économie mixte et pouvoir adjudicateur : mode d'emploi. À propos de l'arrêt TERACTION de la CDBF du 3 décembre 2021 », *JCP Adm.* 2022, p. 2133.

¹²⁴ Un autre critère alternatif – celui du financement – peut générer des questions, mais la jurisprudence européenne a apporté d'importantes précisions à partir de 2000. Voy. par exemple à ce sujet : A. Sanchez-Graells, « Article 2. Définitions », *op. cit.*, p. 25, §§2.17-2.18.

¹²⁵ C. Chamard-Heim, « Le difficile maniement du critère du contrôle de la gestion d'une personne privée par un pouvoir adjudicateur », *CMP* févr. 2024, repère 2.

¹²⁶ CJUE, 3 février 2021, *Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) et Consorzio Ge.Se.Av. S. c. arl contre De Vellis Servizi Globali Srl*, aff. jointes C-155/19 et C-156/19, §§59-72.

*adjudicateur ; le contrôle du bon fonctionnement de l'organisme par le pouvoir adjudicateur »*¹²⁷. Ces éléments semblent d'ailleurs cohérents avec de récentes jurisprudences nationales, dont un arrêt du Conseil d'État rejetant la qualification de pouvoir adjudicateur en raison de l'insuffisance du contrôle exercé par un pouvoir adjudicateur à l'égard d'organismes sociaux et médico-sociaux. Le juge administratif a constaté à leur égard l'existence d'un simple « *contrôle de régularité* », et non d'un « *contrôle actif de leur gestion permettant aux autorités publiques d'influencer leurs décisions en matière d'attribution de marchés* »¹²⁸. La doctrine nuance toutefois la portée des précisions jurisprudentielles européennes : puisqu'il ne s'agit que d'un faisceau d'indices, la caractérisation du contrôle de gestion demeure casuistique et ne sera pas nécessairement uniforme ou pleinement cohérente¹²⁹. L'ajout de ces éléments dans les éventuelles nouvelles directives européennes serait toutefois judicieux, afin de préciser le critère du contrôle de gestion.

Une autre catégorie de pouvoirs adjudicateurs est également susceptible de susciter des difficultés, faute de précision apportée par les directives : celle des « *associations formées par une ou plusieurs de ces autorités [autorités régionales ou locales] ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public* »¹³⁰. Les *directives de 2014* maintiennent cette catégorie¹³¹, sans apporter de précision supplémentaire. Pourtant, plusieurs questions émergent à la lecture des directives : ces associations doivent-elles prendre une forme précise, ou être formées dans un but précis ? Doivent-elles répondre à des règles de fonctionnement révélant un certain degré de dépendance vis-à-vis des pouvoirs adjudicateurs les ayant créées ? Si oui, lesquels ? Le mutisme des *directives de 2014* à l'égard de cette catégorie de pouvoirs adjudicateurs maintient ainsi des incertitudes, et est susceptible de créer des divergences entre les droits nationaux des États membres. Il est par exemple possible de s'interroger sur la conformité au droit de l'UE du droit français, qui évoque « [l]es organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun »¹³². Le droit français restreint ainsi cette catégorie de pouvoirs adjudicateurs, par l'exigence d'un

¹²⁷ C. Chamard-Heim, « Le difficile maniement du critère du contrôle de la gestion d'une personne privée par un pouvoir adjudicateur », *op. cit.*, repère 2.

¹²⁸ CE, 11 avril 2024, *Région Nouvelle-Aquitaine*, n° 489440, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

¹²⁹ C. Chamard-Heim, « Le difficile maniement du critère du contrôle de la gestion d'une personne privée par un pouvoir adjudicateur », *op. cit.*, repère 2.

¹³⁰ Dir. 2014/23/UE, art. 6 §1 ; Dir. 2014/24/UE, art. 2 §1 1 ; Dir. 2014/25/UE, art. 3 §1.

¹³¹ Cette catégorie de pouvoirs adjudicateurs existait dans les *directives de 2004* : Dir. 2004/18/CE, art. premier §9 ; Dir. 2004/17/CE, art. 2 §1 a).

¹³² Article L. 1211-1 3° du Code de la commande publique.

but aux associations ainsi formées (celui de « *réaliser certaines activités en commun* »), sans pour autant indiquer les éléments permettant de caractériser un tel but.

Les ambiguïtés relatives à la définition des entités adjudicatrices ont des causes similaires à celles constatées pour les pouvoirs adjudicateurs : l'absence de définition de notions essentielles à la qualification, malgré les apports jurisprudentiels dans certains cas de figure. Deux exemples particulièrement révélateurs peuvent être mobilisés dans ce cadre.

Le premier tient à la notion d'activité d'opérateur de réseaux, qui est l'une des deux conditions cumulatives de la qualification d'entité adjudicatrice (l'autre condition tenant au statut). Cette activité peut résulter de la mise à disposition ou de l'exploitation de réseaux¹³³. Ces deux notions ne sont pas définies alors que des difficultés apparaissaient déjà à leur égard dans la précédente directive¹³⁴, générant ainsi de l'incertitude : comment distinguer la mise à disposition de l'exploitation ? La délégation de la gestion de réseaux constitue-t-elle une mise à disposition ? Si ce n'est pas le cas, comment retenir la qualification d'entité adjudicatrice en ce qui concerne les concessions ? La doctrine a ainsi relevé que ces notions interpellent en pratique, même si quelques éléments de réponse peuvent être trouvés au sein de la jurisprudence¹³⁵. La jurisprudence européenne relative à ces notions est relativement rare et porte principalement sur la distinction entre exploitation et mise à disposition de réseaux. Il a par exemple été précisé, postérieurement aux directives, qu'en ce qui concerne le réseau ferroviaire, l'exploitation désigne l'utilisation du réseau alors que la mise à disposition renvoie à sa gestion¹³⁶. Ces notions demeurent toutefois ambiguës, et devraient ainsi être précisées ou supprimées.

Le second exemple est la notion d'entreprise publique, qui renvoie à la seconde condition pour la qualification d'entité adjudicatrice (condition qui est remplie si l'organisme considéré est un pouvoir adjudicateur, une entreprise publique, ou un organisme bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs). La qualification d'entreprise publique semble entravée par deux éléments principaux. Le premier tient, à l'instar de l'organisme de droit public, au fait que la notion d'entreprise publique ne dispose pas d'une définition unique dans l'ensemble des

¹³³ Ceci résulte de plusieurs dispositions selon le secteur concerné (gaz et chaleur, électricité, eau, transports, ports et aéroports – étant entendu que seule l'exploitation est prévue pour les ports et aéroports) : Dir. 2014/25/UE, art. 8 §1 a) ; art. 9 §1 a) ; art.10 § 1 a) ; art. 11 al. 1^{er} ; art. 12.

¹³⁴ Dir. 2004/17/CE, art. 3 §1 a) (gaz, chaleur et électricité), art. 4 §1 a) (eau), et art. 5 §1 (services de transport).

¹³⁵ P. Peyret, « Notion d'entité adjudicatrice », *JCI Contrats et Marchés Publics*, fasc. 43, mise à jour au 03/02/2021, §21.

L'auteur souligne que la jurisprudence française est plus prolifique quant à ces notions, mais que des interrogations demeurent.

¹³⁶ P. Peyret, « Notion d'entité adjudicatrice », *op. cit.*, §21.

instruments du droit de l'UE¹³⁷. Le second élément repose sur l'absence de définition d'un élément clé de l'entreprise publique : celui de l'influence dominante. Pour être qualifiée d'entreprise publique, une entreprise doit se trouver sous l'influence dominante directe ou indirecte de pouvoirs adjudicateurs. Les *directives de 2014* se contentent de reprendre les éléments des directives précédentes, sans apporter de précisions qui auraient été opportunes. Ainsi, l'influence dominante doit résulter « *de la propriété de cette entreprise, de la participation qu'ils [les pouvoirs adjudicateurs] y détiennent ou des règles qui la régissent* »¹³⁸. Il est précisé qu'il existe une présomption réfragable d'influence dominante « *lorsque ces pouvoirs, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise : a) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ; b) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises de l'entreprise ; c) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise* »¹³⁹. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments apportés par les directives, il pourrait sembler surprenant que des difficultés importantes demeurent en pratique et que la notion d'influence dominante soit considérée comme ambiguë. Pourtant, cette notion « *est source de difficultés puisque juridiquement elle ne renvoie qu'imparfaitement aux catégories du droit français : elle peut recouvrir des sociétés dont les capitaux sont majoritairement ou exclusivement publics, ce qui n'altère pas leur statut de sociétés commerciales. Pourront être rangées dans cette catégorie des sociétés comme Aéroports de Paris, La Poste, GRDF, et également certaines sociétés d'économie mixte locales* »¹⁴⁰. Les *directives de 2014* se contentent ainsi de reprendre les éléments des directives précédentes¹⁴¹, sans apporter de précisions qui auraient été opportunes.

Une troisième catégorie d'ambiguïtés peut être soulignée et concerne cette fois une entité susceptible de constituer un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice : la centrale d'achat. Malgré les apports, déjà mentionnés, des directives à leur égard, il n'existe toujours pas de réelle définition des centrales d'achat. Seules leurs missions sont identifiées, ce qui ne permet pas de recourir à des critères clairs et uniformes pour qualifier une entité de centrale d'achat¹⁴². Cette difficulté est renforcée par la rareté potentielle, au niveau national, de textes

¹³⁷ Voy. par exemple à ce sujet : *ibid.*, §8.

¹³⁸ Dir. 2014/23/UE, art. 7 §4 ; Dir. 2014/25/UE, art. 4 §2.

¹³⁹ Dir. 2014/23/UE, art. 7 §4 ; Dir. 2014/25/UE, art. 4 §2.

¹⁴⁰ M. Ubaud-Bergeron, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *op. cit.*, p. 221.

¹⁴¹ Dir. 2004/17/CE, art. 2 §1 b).

¹⁴² Voy. par exemple à ce sujet : Y. Simonnet, « Centrales d'achat, en quête de précisions », *CMP* oct. 2015, dossier 7.

reconnaissant la qualification de centrale d'achat à des entités – comme l'illustre l'exemple français¹⁴³.

Le maintien du silence des *directives en 2014* quant à certaines notions ambiguës s'accompagne de nouvelles incertitudes, les deux (silence maintenu et nouvelles incertitudes) pouvant même être liés. Par exemple, la difficulté résiduelle liée à l'absence de définition de l'État rejoint une autre question, nouvelle cette fois, car issue d'un ajout dans la *directive Marchés de 2014*¹⁴⁴ : celle de savoir si les autorités publiques centrales font nécessairement partie du même pouvoir adjudicateur que l'État¹⁴⁵.

B. Les nouvelles ambiguïtés

Les principales incertitudes créées par les *directives de 2014* – et non « héritées » des précédentes directives – résultent de nouvelles formulations ou d'ajouts.

Il en est ainsi d'un organisme susceptible d'être qualifié d'entité adjudicatrice : les entités disposant de droits spéciaux ou exclusifs (sous réserve qu'elles exercent une activité de réseau). Une formulation retenue dans la *nouvelle directive dédiée aux secteurs spéciaux* interpelle : celle selon laquelle les entités ne sont pas titulaires de droits exclusifs ou spéciaux si ces droits ont été octroyés « *au moyen d'une procédure ayant fait l'objet d'une publicité appropriée et selon des critères objectifs* »¹⁴⁶. Ces termes semblent rejeter la nature spéciale ou exclusive de tels droits en toutes circonstances, plutôt que de les exclure du champ d'application de la directive. Ces entités étant pourtant titulaires de droits exclusifs ou spéciaux, il serait préférable de retenir une autre formulation indiquant qu'elles sont exclues de la notion d'entité adjudicatrice dans ce cas de figure – et donc du champ d'application de la directive. C'est d'ailleurs le choix qui fut fait pour *l'actuelle directive dédiée aux concessions*¹⁴⁷. Il aurait également été possible de reprendre les termes de la *précédente directive dédiée aux secteurs*

¹⁴³ La doctrine a pu souligner que la reconnaissance réglementaire de la qualification de centrale d'achat n'a été employée en France que pour deux cas de figure : l'UGAP et l'Économat des armées (*idem*).

¹⁴⁴ La précédente directive sur les marchés n'indiquait pas que les autorités publiques centrales constituent des pouvoirs adjudicateurs.

¹⁴⁵ Les autorités publiques centrales sont qualifiées de pouvoirs adjudicateurs par la directive marchés (Dir. 2014/24/UE, art. 2 §1 2)).

Sur les questions liées à l'absence de définition de l'État et à la possibilité que les autorités publiques centrales constituent des pouvoirs adjudicateurs distincts de l'État, voy. : S. Hötte, « The state as contracting authority - one whole or a cluster of smaller contracting authorities? », *PPLR* 2019, n° 2, pp. 27-41.

¹⁴⁶ Dir. 2014/25/UE, art. 4 §3 al. 2.

¹⁴⁷ La formulation retenue dans la directive dédiée aux concessions diffère et s'avère ainsi moins empreinte d'ambiguïté : « [l]es entités auxquelles des droits spéciaux ou exclusifs ont été octroyés au moyen d'une procédure ayant fait l'objet d'une publicité appropriée et selon des critères objectifs ne constituent pas des "entités adjudicatrices" au sens du paragraphe 1, point c) » (Dir. 2014/23/UE, art. 7 §2).

*spéciaux, selon laquelle il s'agit de « droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 3 à 7 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité »*¹⁴⁸.

Par comparaison, les missions des centrales d'achat semblent révéler l'ambiguïté résultant non pas de nouvelles formulations, mais plutôt d'un ajout. Les *directives de 2014* semblent reconnaître une troisième mission des centrales d'achat, complétant ainsi les deux missions traditionnelles déjà mentionnées des centrales d'achat – celles de grossistes et d'intermédiaires. Les *directives de 2014* précisent en effet que « [c]es marchés publics de services [attribués à une centrale d'achat pour la fourniture d'activités d'achat centralisées] peuvent également comprendre la fourniture d'activités d'achat auxiliaires »¹⁴⁹. Or, ces activités d'achat auxiliaires ne sont pas réellement définies ni intégralement délimitées. Les directives indiquent que ces activités « consistent à fournir un appui aux activités d'achat », et donnent des exemples, mais ces derniers ne sont pas exhaustifs¹⁵⁰.

Il existe ainsi, malgré ou à cause des *directives de 2014*, des entraves à la qualification d'autorités contractantes en pratique. Plus encore, la distinction entre les deux catégories d'autorités contractantes – que sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices – perd en clarté à l'aune de ces directives.

§III. Les difficultés opérationnelles relatives à la catégorisation des autorités contractantes : la distinction entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices

Certaines difficultés relatives à la qualification de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice peuvent conduire à brouiller la frontière entre ces deux catégories. En effet, deux difficultés déjà évoquées au regard de la qualification d'autorité contractante présentent de telles similitudes qu'elles conduisent à s'interroger sur la distinction entre pouvoir adjudicateur

¹⁴⁸ Dir. 2004/17/CE, art. 2 §3.

¹⁴⁹ Dir. 2014/24/UE, art. 37 §4 al. 2 ; Dir. 2014/25/UE, art. 55 §4 al. 2.

¹⁵⁰ « notamment sous les formes suivantes :

a) *infrastructures techniques permettant aux pouvoirs adjudicateurs de passer des marchés publics ou de conclure des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services ;*
b) *conseil sur le déroulement ou la conception des procédures de passation de marchés publics ;*
c) *préparation et gestion des procédures de passation de marché au nom du pouvoir adjudicateur concerné et pour son compte [nous soulignons] »* (Dir. 2014/24/UE, art. 2 §1 15) ; Dir. 2014/25/UE, art. 2 §11).

et entité adjudicatrice – à savoir, les difficultés d’identification des organismes de droit public (au sens du droit de l’UE) et d’entreprise publique.

En premier lieu, elles constituent toutes deux des notions autonomes du droit de l’UE (ne correspondant pas nécessairement aux notions des droits nationaux), et sont en outre définies différemment selon les instruments du droit de l’UE concerné. En second lieu, il s’agit dans les deux cas de figure d’organismes disposant de leur propre personnalité juridique, mais à l’égard desquels les pouvoirs adjudicateurs exercent une emprise. Il serait donc possible qu’une entité constitue à la fois une entreprise publique et un organisme de droit public (au sens du droit de l’UE).

L’organisme de droit public (au sens du droit de l’UE) et l’entreprise publique constituent ainsi des notions très similaires et donnant lieu aux mêmes difficultés. Pourtant, l’enjeu de la distinction n’est pas négligeable. Dans le premier cas (organisme de droit public), le droit applicable sera potentiellement strict avec l’application de la directive dédiée aux marchés – sauf si l’organisme de droit public exerce une activité d’opérateur de réseaux (auquel cas, il sera qualifié d’entité adjudicatrice et bénéficiera d’un droit spécial). Dans le second cas (entreprise publique), seul le droit applicable aux secteurs spéciaux pourrait être applicable (sous réserve, à nouveau de l’exercice d’une activité de réseau). Les règles européennes potentiellement applicables aux entreprises publiques seront donc bien plus souples.

Ceci conduit naturellement à interroger l’opportunité de maintenir deux catégories distinctes, mais possédant autant de similitudes et susceptibles de conduire à des chevauchements, tout du moins en l’absence de critère prioritaire permettant de retenir une seule des deux qualifications.

THEMATIQUE N° 3 : LES CONTRATS EXCLUS

Le champ d’application *ratione materiae* des directives repose notamment¹⁵¹ sur les contrats exclus de leur champ d’application. Dans la mesure où ils pourraient, de prime abord,

¹⁵¹ La définition des contrats régis par les directives, également analysée dans le présent rapport, constitue l’autre pan du champ d’application *ratione materiae* des directives (cf. *supra*, Axe 1, Thématique n° 1).

correspondre à la définition des contrats inclus dans le champ d'application, leur exclusion expresse et les conditions de cette exclusion sont indispensables. L'absence de disposition relative à leur exclusion pourrait en effet laisser penser que ces contrats sont régis par les directives, et sont ainsi soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Malgré le grand nombre et la diversité des contrats exclus du champ d'application des *directives de 2014*¹⁵², le présent rapport s'intéresse particulièrement à une catégorie d'exclusions : celle des contrats « *entre entités appartenant au secteur public* »¹⁵³. L'exclusion de ces contrats revêt un intérêt particulier dans le cadre de la présente analyse pour deux raisons principales. La première tient au fait que les *directives de 2014* constituent un apport essentiel et inédit à l'égard de cette catégorie d'exclusions. La seconde raison repose sur l'étendue des difficultés suscitées en pratique¹⁵⁴ par l'exclusion des contrats « *entre entités appartenant au secteur public* ». Cette catégorie de contrats dispose ainsi d'une importance singulière pour dresser le bilan et analyser l'éventuelle réforme des *directives de 2014* concernant les exclusions.

Bien qu'analysés au sein d'une seule disposition¹⁵⁵, les contrats « *entre entités appartenant au secteur public* » regroupent deux exclusions distinctes¹⁵⁶ : les contrats *in house* (également dits contrats de coopération verticale¹⁵⁷) et les contrats relatifs à la coopération entre autorités contractantes (également qualifiés de coopération horizontale non

¹⁵² Les exclusions du champ d'application des obligations de publicité et de mise en concurrence sont fortement hétérogènes et peuvent être classées en plusieurs catégories. À titre d'exemple, la doctrine française a pu distinguer les exclusions en droit français (transposant le droit européen) selon qu'elles relèvent des marchés ou des concessions (bien que de nombreuses exclusions soient communes aux deux catégories de contrats) ou selon la nature du motif d'exclusion (motif « *matériel* » ou fondé sur « *l'objet du contrat* », par opposition au motif « *organique* » ou dû aux « *relations entre les parties* »). Pour ces exemples de classifications, voy. : G. Clamour, « Les marchés exclus », *CMP* oct. 2015, dossier 3 ; J. Martin, « Les contrats de concessions exclus », *CMP* mars 2016, dossier 3.

¹⁵³ Dir. 2014/24/UE, art. 12.

La directive dédiée aux concessions emploie une formule similaire : celle d'« *entités dans le secteur public* » (Dir. 2014/23/UE, art. 17).

¹⁵⁴ Concernant les difficultés de mise en œuvre de ces exclusions, voy. par exemple : W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », in Caranta (R.) and Sanchez-Graells (A.) (Ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 130, §12.08.

¹⁵⁵ Dir. 2014/23/UE, art. 17 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12.

¹⁵⁶ Il convient de souligner que certains auteurs affirment qu'il existe trois exclusions et non deux – le *in house*, la coopération verticale institutionnalisée, et la coopération horizontale non institutionnalisée. Voy. par exemple : F. Brenet, « L'exception de "coopération" entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA* 2014, p. 848.

¹⁵⁷ Voy. par exemple : W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », *op. cit.*, p. 129, §12.04 ; G. Clamour, « Les marchés exclus », *op. cit.* ; F. Brenet, « L'exception de "coopération" entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *op. cit.*, p. 848.

institutionnalisée¹⁵⁸). Leur soumission à une même disposition au sein des directives résulte probablement de leurs points communs. En effet, le motif « général » d'exclusion de ces deux catégories de contrats semble identique et apparaît explicitement dans les *directives de 2014*. Il s'agit de la liberté reconnue aux États membres quant aux modalités d'exécution ou de gestion de leurs besoins et, corrélativement, de l'absence d'obligation d'externalisation de ces prestations¹⁵⁹. Les autorités des États membres peuvent ainsi assurer elles-mêmes ces prestations, soit directement par une coopération entre elles, soit indirectement par une entité qu'elles contrôlent (*in house*).

Ceci se décline toutefois en raisons légèrement différentes pour les deux catégories d'exclusion. Les contrats *in house* ne sont pas soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence faute d'autonomie entre les deux parties contractantes, l'une contrôlant l'autre. Ceci conduit même une partie de la doctrine à rejeter la qualification de contrat à leur égard (le critère du contrat tenant à l'existence de deux personnes distinctes n'étant pas rempli)¹⁶⁰, d'autres considérant simplement que les relations entre les parties contractantes « *sont si étroites que l'on peut considérer qu'il n'est pas nécessaire de soumettre leur accord à la*

¹⁵⁸ Voy. par exemple : F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, mise à jour du 14/03/2019, §3 ; G. Clamour, « Les marchés exclus », *op. cit.* ; F. Brenet, « L'exception de "coopération" entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *op. cit.*, p. 848.

¹⁵⁹ Bien que les dispositions ne soient pas identiques, le considérant 5 de la directive dédiée aux marchés et le considérant 5 de celle relative aux concessions affirment la même idée :

« La présente directive reconnaît et réaffirme le droit des États membres et des pouvoirs publics de décider du mode de gestion qu'ils jugent le plus approprié pour exécuter des travaux et fournir des services. En particulier, la présente directive ne devrait en aucune manière nuire à la liberté des États membres et des pouvoirs publics de réaliser directement des travaux ou de fournir directement des services au public ou d'externaliser ces prestations en les déléguant à des tiers. Les États membres ou les pouvoirs publics devraient garder la liberté de définir et de préciser les caractéristiques des services à fournir, et notamment les conditions relatives à leur qualité ou à leur prix, conformément au droit de l'Union, afin de pouvoir poursuivre leurs objectifs de politique publique » (Dir. 2014/23/UE, cons. 5).

« Il convient de rappeler que rien dans la présente directive ne fait obligation aux États membres de confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché public au sens de la présente directive. La prestation de services fondés sur la législation, la réglementation ou des contrats d'emploi ne devrait pas être concernée. Dans certains États membres, cela pourrait par exemple être le cas pour certains services administratifs et publics, tels que les services exécutifs et législatifs, ou la fourniture de certains services à la population, tels que des services en matière d'affaires étrangères ou de justice ou des services de sécurité sociale obligatoire » (Dir. 2014/24/UE, cons. 5).

La liberté des États membres d'assurer eux-mêmes les prestations dont ils ont besoin sans externalisation a été expressément associée à l'exclusion de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs par la jurisprudence européenne (par exemple : CJCE, *Stadt Halle et RPL Lochau*, 11 janvier 2005, aff. C-26/03 §48 ; CJUE, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, 9 juin 2009, aff. C-480/06, §45 ; CJUE, *Irgita*, 3 octobre 2019, aff. C-285/18, §§44-45). Voy. à ce sujet : W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », *op. cit.*, pp. 139-140, §12.53.

¹⁶⁰ Voy. par exemple : W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », *op. cit.*, pp. 131-133, §§12.18-12.24.

Cette conception est fondée sur la jurisprudence européenne antérieure aux *directives de 2014* : C. Ginter and K. Härginen, « In-house transactions: lost in translation? », *PPLR* 2020, n° 3, pp. 117-130.

réglementation des marchés publics [et des concessions] »¹⁶¹. La seconde exclusion – les contrats portant sur la coopération entre autorités contractantes – se justifie en revanche par l’objet du contrat plutôt que par l’autonomie des parties. Il est ainsi souligné que, contrairement un contrat « classique » de la commande publique, un tel contrat « *s’apparente [...] davantage à une modalité d’organisation administrative qu’à un accord de volontés destiné à satisfaire les besoins des parties* »¹⁶².

L’apport des directives à l’égard de ces deux contrats exclus s’avère en revanche similaire. Les *directives de 2014* rompent le silence des textes européens antérieurs à leur égard, en reconnaissant expressément l’existence et les conditions de ces exclusions (§I.). Le bilan de cette codification n’est toutefois pas intégralement positif (§II.), conduisant ainsi à nuancer les avancées et à envisager des améliorations susceptibles d’être apportées par de futures directives.

§I. La codification de l’exclusion des contrats entre entités du secteur public

Les *directives de 2014* reposent en grande partie sur la codification de la jurisprudence européenne antérieure, qui avait déjà reconnu l’exclusion des contrats *in house* (A.) et des contrats portant sur la coopération entre autorités contractantes (B.).

A. Les contrats *in house*

Depuis la reconnaissance des contrats *in house* par l’arrêt *Teckal*¹⁶³, la jurisprudence européenne a progressivement identifié les conditions à retenir pour retenir cette qualification. Les directives maintiennent ainsi les trois critères cumulatifs des contrats *in house* : le contrôle exercé sur la personne morale auquel le contrat est attribué (1.), l’objet de la majorité des activités de cette personne morale (2.), et l’absence d’influence décisive de tiers sur cette personne morale faute de participation directe de capitaux privés (3.)¹⁶⁴.

1. Le critère du contrôle

Ce critère semble être celui présentant le degré le plus important de continuité avec la jurisprudence européenne antérieure aux *directives de 2014*.

¹⁶¹ F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*

¹⁶² *Idem.*

¹⁶³ CJCE, *Teckal*, 18 novembre 1999, aff. C-107/98, §§50-51.

¹⁶⁴ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §1 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §1.

Les directives confirment en effet trois éléments essentiels : l’auteur du contrôle, à l’inverse la personne soumise à ce contrôle, et le degré de contrôle nécessaire. Le contrôle doit ainsi être exercé par une ou plusieurs autorités contractantes¹⁶⁵ sur une personne morale et ce contrôle doit être analogue à celui exercé par la ou les autorité(s) contractante(s) sur ses ou leurs propres services¹⁶⁶.

Les éléments d’analyse du degré de contrôle – afin de déterminer si celui-ci est suffisant – sont également précisés dans les directives et issus de la jurisprudence européenne¹⁶⁷ : une autorité contractante « *est réputé[e] exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu’[elle] exerce sur ses propres services, au sens du premier alinéa, point a), s[i] elle exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée* »¹⁶⁸.

L’apport des *directives de 2014* à l’égard du critère du contrôle tient principalement, au-delà de la codification, à la confirmation de l’inclusion du contrôle conjoint. En effet, les *directives de 2014* envisagent expressément l’hypothèse d’un contrôle exercé par plusieurs autorités contractantes tel qu’amorcé par la jurisprudence antérieure¹⁶⁹.

La doctrine¹⁷⁰ a également pu souligner que les directives énoncent clairement plusieurs hypothèses de contrats *in house*, avec le contrôle descendant ou le contrôle ascendant (également dit inversé). Dans la première hypothèse (contrôle descendant), la personne morale

¹⁶⁵ Contrairement à la directive relative aux marchés hors secteurs spéciaux, la directive dédiée aux concessions inclut l’ensemble des autorités contractantes, c’est-à-dire aussi bien les pouvoirs adjudicateurs que les entités adjudicatrices.

¹⁶⁶ « [L]e pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu’il exerce sur ses propres services » (Dir. 2014/24/UE, art. 12 §1 a)).

« [L]e pouvoir adjudicateur ou l’entité adjudicatrice exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu’il ou elle exerce sur ses propres services » (Dir. 2014/23/UE, art.17 §1 a)).

Ceci était énoncé dès l’arrêt *Teckal*, même s’il était question non pas d’autorité contractante mais de collectivité territoriale et que l’hypothèse du contrôle par plusieurs collectivités n’était pas envisagée : « [à] cet égard, conformément à l’article 1, sous a), de la directive 93/36, il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d’une part, une collectivité territoriale et, d’autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l’hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu’elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l’essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent » (CJCE, *Teckal*, préc., §50).

¹⁶⁷ CJCE, *Parking Brixen*, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, §65.

¹⁶⁸ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §1 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §1.

¹⁶⁹ La CJUE avait déjà eu l’occasion d’affirmer explicitement à plusieurs reprises que ce contrôle peut être exercé par plusieurs personnes (CJCE, *Carbotermo et Consorzio Alisei*, 11 mai 2006, aff. C-340/04, §69 ; CJCE, *Coditel Brabant*, 13 novembre 2008, aff. C-324/07, §50 ; CJUE, *Econord*, 29 novembre 2012, aff. C-182/11, §16).

Concernant la continuité entre ces arrêts et les directives au regard du contrôle conjoint, voy. par exemple : J. Wiggen, « Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector », *PPLR* 2014, n° 3, pp. 83-93 ; F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*, §1.1.

¹⁷⁰ Voy. par exemple : F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*, §1.4 ; J. Wiggen, « Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector », *op. cit.*, pp. 83-93.

à laquelle le contrat est attribué n'est pas contrôlée par une autorité contractante directement, mais est contrôlée par une autre personne morale elle-même contrôlée par une autorité contractante¹⁷¹. Dans la seconde hypothèse (contrôle ascendant), le contrat est cette fois attribué par la personne morale contrôlée soit à l'autorité contractante exerçant le contrôle, soit à une autre personne morale également contrôlée par la même autorité contractante¹⁷². Cette seconde hypothèse (contrôle ascendant) impose en revanche que la personne morale contrôlée soit également une autorité contractante pour pouvoir attribuer le contrat¹⁷³.

L'élargissement ainsi opéré du critère du contrôle analogue s'accompagne à l'inverse d'un encadrement du critère de l'activité.

2. Le critère de l'activité

Les *directives de 2014* maintiennent le critère de l'activité, mais adoptent une approche chiffrée contrairement à la jurisprudence antérieure¹⁷⁴. En effet, le juge de Luxembourg indiquait traditionnellement que la qualification de contrat *in house* nécessitait que la personne morale contrôlée par une autorité contractante « *réalise l'essentiel de son activité avec la ou les [autorités contractantes] qui la [contrôlent]* »¹⁷⁵.

Les *directives de 2014* innovent en indiquant une quantité précise des activités devant être exercées pour la ou les autorité(s) contractante(s) exerçant le contrôle : « *plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par [l'autorité contractante] qu[i la] contrôle* »¹⁷⁶.

Les directives apportent également des précisions quant aux éléments devant guider le calcul des activités réalisées pour le compte de l'autorité contractante exerçant le contrôle. Les dispositions semblent créer un faisceau d'indices, constitué du « *chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale ou [l'autorité contractante] concerné[e] pour ce qui est des services,*

¹⁷¹ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §1 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §1.

¹⁷² Dir. 2014/23/UE, art. 17 §2 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §2.

¹⁷³ F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*, §1.4.2.

¹⁷⁴ F. Brenet, « L'exception de "coopération" entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *op. cit.*, p. 848 ; F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*, §1.2 et §1.4.

¹⁷⁵ CJCE, *Teckal*, préc., §50.

¹⁷⁶ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §1 a) ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §1 a).

*fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du [contrat] »*¹⁷⁷. Les directives prévoient également l'hypothèse dans laquelle trois années ne se seraient pas écoulées (depuis la création de la personne morale contrôlée ou le début de ses activités pour l'autorité contractante) ou dans laquelle les chiffres des trois dernières années ne seraient plus révélateurs de la répartition actuelle des activités¹⁷⁸.

Il convient également de souligner que, dans la continuité de la confirmation du contrôle conjoint, le critère de l'activité est étendu pour inclure cette hypothèse. Ainsi, en présence d'un contrôle exercé par plusieurs autorités contractantes (contrôle conjoint), le critère de l'activité inclut les activités réalisées pour l'ensemble de ces autorités et le pourcentage (plus de 80 % des activités) demeure identique¹⁷⁹.

Le troisième critère cumulatif codifié par les *directives de 2014* semble faire l'objet d'une évolution similaire à celle du critère du contrôle, car résultant surtout d'assouplissements par comparaison avec la jurisprudence antérieure.

3. Le critère des capitaux privés

Initialement absent de la jurisprudence européenne¹⁸⁰, le critère relatif à la participation directe de capitaux privés a été progressivement intégré et interprété comme prohibant la participation directe de capitaux privés¹⁸¹. Ce critère apparaît en ce sens comme le corolaire du critère du contrôle, l'idée étant que seule(s) l'autorité contractante (ou les autorités contractantes dans l'hypothèse d'un contrôle conjoint) exerce(nt) un contrôle sur la personne morale concernée.

Les *directives de 2014* procèdent à un « assouplissement bienvenu »¹⁸² de la jurisprudence européenne antérieure, en interdisant la participation de capitaux privés

¹⁷⁷ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §5 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §5.

¹⁷⁸ « Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou [de l'autorité contractante] concerné[e] ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités » (Dir. 2014/23/UE, art. 17 §5 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §5).

¹⁷⁹ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §3 b) ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §3 b).

¹⁸⁰ L'arrêt *Teckal*, reconnaissant pour la première fois les contrats *in house*, énonçait seulement deux critères cumulatifs – le critère du contrôle et celui de l'activité : « à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et [...] cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent » (CJCE, *Teckal*, préc., §50).

¹⁸¹ Voy. par exemple : F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*, §1.3.

¹⁸² *Idem*.

uniquement lorsque cette participation conduit à l'exercice d'une influence et est requise par la loi d'un État membre. Sont ainsi admises les « *formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée* »¹⁸³.

Le critère relatif à la participation de capitaux privés dans les *directives de 2014* est ainsi maintenu dans son « essence », tout en étant assoupli pour ne pas prohiber des hypothèses n'allant pas à l'encontre de l'objectif poursuivi – à savoir, l'exclusivité du contrôle exercé par les autorités contractantes.

Les *directives de 2014* codifient également pour la première fois la seconde exclusion des contrats relevant du secteur public, bien que les différences avec la jurisprudence antérieure semblent moins prononcées qu'en ce qui concerne les contrats *in house*.

B. Les contrats de coopération entre autorités contractantes

À l'inverse des contrats *in house*, l'absence d'exclusion des contrats de coopération entre autorités contractantes dans les directives antérieures s'explique par le mutisme de la jurisprudence à leur égard. En effet, l'exclusion de ces contrats n'a été expressément affirmée par le juge européen qu'en 2009¹⁸⁴. Les *directives de 2014* reconnaissent ainsi cette exclusion et codifient les trois critères cumulatifs des contrats de coopération entre autorités contractantes¹⁸⁵ : le but de la coopération (1.), les considérations d'intérêt public (2.), et l'activité (3.).

1. Le critère du but de la coopération

Ce critère repose à la fois sur l'objectif poursuivi par les autorités contractantes et sur la nature de leurs relations.

Au regard de l'objectif, le contrat doit « *établi[r] ou met[tre] en œuvre une coopération entre les [autorités contractantes] dans le but de garantir que les services publics dont ils*

¹⁸³ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §1 c) ; Dir.2014/24/UE, art. 12 §1 c).

¹⁸⁴ CJCE, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, préc., §§45-47.

¹⁸⁵ Comme pour la première exclusion analysée dans le présent rapport (les contrats *in house*), la dénomination « autorités contractantes » est ici retenue afin d'inclure les entités adjudicatrices et ainsi la directive dédiée aux concessions.

*doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun »*¹⁸⁶.

La doctrine a pu souligner que les *directives de 2014* semblent adopter un assouplissement de la jurisprudence européenne¹⁸⁷, qui aurait établi des exigences plus strictes, notamment à partir de 2012¹⁸⁸. La jurisprudence « *avait été interprétée comme signifiant* »¹⁸⁹ que le but de la coopération devait être la fourniture de prestations exclusivement dédiées à une activité de service public des autorités contractantes à l'origine de la coopération. Les *directives de 2014* mentionnent effectivement les services publics, mais mettent en exergue la finalité « réelle » de la coopération – à savoir, la réalisation d'objectifs en commun des autorités contractantes concernées. Ceci permet d'inclure des activités disposant d'un lien plus distendu avec le service public, en lieu et place de prestations portant exclusivement et directement sur la mise en œuvre d'un service public¹⁹⁰.

La nature des relations entre les autorités contractantes fait écho à ces objectifs communs, lesquels doivent constituer le « moteur » de la coopération instaurée par le contrat.

Les directives demeurent toutefois silencieuses concernant les éléments d'analyse de ces objectifs communs et, dès lors, concernant les facteurs devant être pris en compte pour retenir la qualification de la coopération.

La jurisprudence européenne plus récente – postérieure aux *directives de 2014* – a pu apporter de précieux éléments à cet égard, synthétisés par la doctrine comme exigeant une effectivité et reposant sur « *les obligations réciproques mises à la charge des parties par l'accord de coopération* »¹⁹¹. Ainsi, « [s]i la notion de coopération entre [autorités contractantes], prévue par l'article 12 de la directive [2014/24 et l'article 17 de la directive 2014/23], offre un cadre juridique pour accueillir les relations particulières de coopération

¹⁸⁶ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §4 a) ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §4 a).

¹⁸⁷ Voy. par exemple : K. Buchet, « La coopération horizontale : un outil contractuel favorisant la dimension partenariale au service des politiques publiques », *Le Moniteur – Contrats publics* 2023, n° 245, p. 56.

La doctrine a pu soutenir l'inverse concernant la version anglaise de la jurisprudence et des directives, mettant en exergue que l'expression « public task » avait été remplacée par celle, plus restrictive, de « public services » : W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », in Caranta (R.) and Sanchez-Graells (A.) (Ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 143, §12.67.

¹⁸⁸ CJUE, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce et Università del Salento contre Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, 19 décembre 2012, aff. C-159/11.

¹⁸⁹ F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*, §3.1.

¹⁹⁰ K. Buchet, « La coopération horizontale : un outil contractuel favorisant la dimension partenariale au service des politiques publiques », *op. cit.*, p. 56.

¹⁹¹ J. Sirinelli, « La notion de coopération entre pouvoirs adjudicateurs dans la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 et l'exigence de coopération effective », *RTDEur.*, 2022, n° 1, p. 114.

pouvant naître entre collectivités locales, son appréciation stricte par la Cour de justice exige une certaine prudence de la part des autorités publiques »¹⁹². Les apports jurisprudentiels pourraient ainsi être intégrés aux éventuelles futures directives européennes, afin d'apporter davantage de précision quant aux éléments devant être analysés pour remplir le critère du but de la coopération et ainsi exclure un contrat du champ d'application des directives.

Le critère tenant au but de la coopération est complété par un autre critère avec lequel il entretient des liens étroits : celui tenant aux considérations d'intérêt public.

2. Le critère des considérations d'intérêt public

Les *directives de 2014* exigent que « *la mise en œuvre de cette coopération n'obéi[sse] qu'à des considérations d'intérêt public* »¹⁹³.

L'interprétation de ce critère semble constante, et conduit à exclure la nature lucrative de la coopération. Les objectifs en commun à l'origine de la coopération excluent ainsi tout bénéfice financier de la coopération, seul le remboursement des coûts générés par la coopération étant accepté¹⁹⁴.

Ceci rejoint également le troisième critère de la coopération dite horizontale, à savoir la part des activités réalisées sur le marché concurrentiel.

3. Le critère de l'activité

Les *directives de 2014* innovent en établissant que les autorités contractantes à l'origine de la coopération doivent « *réalise[r] sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération* »¹⁹⁵. L'idée sous-tendant ce critère tient au fait de soumettre aux obligations de publicité et de concurrence les contrats liés à des prestations généralement assurées par des opérateurs économiques¹⁹⁶. Ainsi, dès lors que plus de 20 % des activités de l'entité contrôlée sont réalisés sur le marché concurrentiel, l'exclusion du champ d'application

¹⁹² *Ibid.*, p. 113.

¹⁹³ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §4 b) ; Dir. 2014/24/UE, art.12 §4 b).

¹⁹⁴ Voy. par exemple à ce sujet : J. Wigger, « Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector », *op. cit.*, pp. 83-93.

¹⁹⁵ Dir. 2014/23/UE, art. 17 §4 c) ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §4 c).

La jurisprudence antérieure aux *directives de 2014* n'évoquait pas explicitement ce critère ni un quelconque chiffrage de l'activité.

¹⁹⁶ K. Buchet, « La coopération horizontale : un outil contractuel favorisant la dimension partenariale au service des politiques publiques », *op. cit.*, p. 56.

des directives est inapplicable et les contrats concernés sont régis par le droit de la commande publique.

Les éléments pris en compte pour analyser l'activité sont les mêmes que pour le critère relatif au contrôle dans le cadre du *in house*. Les *directives de 2014* reprennent ainsi les différentes données financières permettant de procéder au calcul du pourcentage d'activités réalisées sur le marché concurrentiel, ainsi que des alternatives dans le cas où les données financières disponibles concerneraient une période inférieure à trois ans ou ne seraient plus révélatrices de la répartition actuelle des activités¹⁹⁷.

La démarche adoptée par les *directives de 2014* à l'égard des deux exclusions analysées dans le présent rapport – les contrats *in house* et les contrats de coopération entre autorités contractantes – est donc similaire en ce qu'elle résulte principalement à la fois d'une codification et d'une précision de la jurisprudence antérieure. Il s'ensuit que le bilan est sensiblement équivalent à l'égard de ces deux exclusions.

§II. Le bilan nuancé de la codification des exclusions

L'apport des *directives de 2014* est plus contrasté que ce qu'il pourrait sembler de prime abord, car comportant aussi bien des améliorations importantes au regard de la sécurité juridique (A.) que des nouvelles difficultés au regard de la cohérence avec d'autres branches du droit (B.).

A. Le renforcement de la sécurité juridique

La majorité de la doctrine a dressé un bilan positif des *directives de 2014* à l'égard des contrats *in house* et des contrats de coopération entre autorités contractantes, estimant non seulement qu'elles assurent une conciliation entre différents objectifs ou principes,¹⁹⁸ mais

¹⁹⁷ « Le pourcentage d'activités [...] est déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice concerné visé à l'article 7, paragraphe 1, point a), pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution de la concession. Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou [de l'autorité contractante] concerné[e] ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités » (Dir. 2014/23/UE, art. 17 §5 ; Dir. 2014/24/UE, art. 12 §5).

¹⁹⁸ Il s'agit de la libre concurrence sur le marché et de la liberté d'organisation des personnes publiques. Voy. par exemple à ce sujet : K. Buchet, « La coopération horizontale : un outil contractuel favorisant la dimension

également qu'elles apportent un degré bien plus grand de certitude – donc de sécurité juridique – par la codification et la clarification de la jurisprudence antérieure.

Il existe ainsi un contraste important avec la situation antérieure aux *directives de 2014*, comme le démontrent les propos de la doctrine à l'égard des contrats *in house* : « [o]utre le fait que les conditions formulées par la jurisprudence européenne étaient intrinsèquement restrictives, l'imprécision qui entourait l'examen des critères de dépendance rendait incertain le recours à cette exception »¹⁹⁹.

La sécurité juridique est ainsi principalement renforcée par les précisions apportées par les *directives de 2014*, au regard par exemple du chiffrage du critère de l'activité (valable à la fois pour les contrats *in house* et les contrats de coopération entre autorités contractantes)²⁰⁰ ou de la reconnaissance de certaines situations dont la légalité n'était pas intégralement certaine – telles que le contrôle conjoint.

Certaines incertitudes demeurent toutefois, comme la possibilité d'admettre la participation indirecte de capitaux privés dans le cadre du *in house* (seule la participation directe étant expressément prohibée)²⁰¹, la méthode d'évaluation du critère de l'activité pour les contrats de coopération (ce qui s'apparente à un faisceau d'indices au sein des directives n'étant pas nécessairement complet faute d'indiquer si cela prend uniquement en compte les activités communes aux autorités contractantes²⁰²), ou encore, comme énoncé précédemment, la définition et les éléments d'analyse de la coopération²⁰³. Plus généralement, et comme indiqué expressément par la Cour de Luxembourg concernant les contrats *in house*, les directives européennes n'interdisent pas l'ajout, par les droits nationaux, de conditions supplémentaires pour l'application de ces exclusions, limitant ainsi l'harmonisation au sein des États membres²⁰⁴.

partenariale au service des politiques publiques », *op. cit.*, p. 56 ; J. Wiggen, « Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector », *op. cit.*, pp. 83-93.

¹⁹⁹ F. Lombard, « Autres marchés publics – relations internes au secteur public », *op. cit.*, §1.3.

²⁰⁰ *Ibid.*, §1.2 et §1.4 ; M. Karpenschif, « Du “*in house*” aux “*in house*” après la directive concession ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, pp. 64-69.

²⁰¹ Voy. par exemple à ce sujet : F. Brenet, « L'exception de "coopération" entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *op. cit.*, p. 848.

²⁰² Voy. par exemple à ce sujet : W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », *op. cit.*, pp. 146-147, §§12.75-12.76.

²⁰³ Voy. par exemple : W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », *op. cit.*, p. 144, §12.70.

²⁰⁴ La CJUE semble avoir affirmé en 2019 que les États membres pouvaient ajouter des conditions supplémentaires aux contrats *in house* : « [a]u vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la troisième question, sous a), que l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une règle nationale par laquelle un État membre subordonne la conclusion d'une opération interne,

D'où un bilan plus nuancé dressé par certains auteurs, selon lesquels les *directives de 2014* ne permettent pas de surmonter l'intégralité des difficultés rencontrées en pratique et sont même susceptibles de créer de nouvelles incertitudes. Ceci peut résulter des différences de terminologie entre la jurisprudence antérieure et les *directives de 2014*²⁰⁵, mais également – et surtout – des éventuelles incohérences avec d'autres corps de règles.

B. Les difficultés liées à l'articulation avec les autres droits

La codification et la précision des deux catégories d'exclusion analysées dans le présent rapport génèrent des questions légitimes quant à de potentielles contradictions avec d'autres normes, notamment européennes.

La compatibilité entre les différents corps de règles n'est en effet aucunement acquise, la conformité aux directives européennes de la commande publique n'emportant pas conformité avec les autres normes européennes. La CJUE l'a d'ailleurs expressément reconnu en ce qui concerne les contrats *in house* : « [...] *le fait qu'une opération interne, au sens de l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, ne relève pas du champ d'application de cette directive ne saurait affranchir les États membres, mais aussi les pouvoirs adjudicateurs du respect, notamment, des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de proportionnalité et de transparence. [...] Il convient d'ailleurs de relever que le considérant 31 de cette directive énonce, à propos des coopérations entre entités appartenant au secteur public, qu'il convient de veiller à ce qu'aucune coopération de ce type, qui est exclue du champ d'application de ladite directive, n'entraîne de distorsion de concurrence à l'égard des opérateurs économiques privés. [...] Il convient donc de répondre à la quatrième question que la conclusion d'une opération interne qui remplit les conditions énoncées à l'article 12, paragraphe 1, sous a) à c), de la directive 2014/24 n'est pas en soi conforme au droit de l'Union* »²⁰⁶.

L'exemple le plus emblématique aux interactions entre droit européen des aides d'État et contrats *in house* : les contrats conclus avec des entités contrôlées sont-ils soumis au droit

notamment à la condition que la passation d'un marché public ne permette pas de garantir la qualité des services réalisés, leur accessibilité ou leur continuité, tant que le choix exprimé en faveur d'un mode de prestation de services en particulier, et effectué à un stade antérieur à celui de la passation de marché public, respecte les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence » (CJUE, *Irgita*, préc., §50).

²⁰⁵ W. Hartung, K. Kuzma and W. Janssen, « Article 12. Public contracts between entities within the public sector », *op. cit.*, pp. 140-141, §12.56 and § 12.58.

²⁰⁶ CJUE, *Irgita*, préc., §§61-62 et §64.

des aides d'État et, plus généralement, au droit européen de la concurrence ? Autrement dit, existe-t-il une interdiction (ou des limites importantes) des financements accordés par la ou les autorité(s) contractante(s) à l'entité qu'elle(s) contrôle(nt) ?

Peu d'éléments de réponse apparaissent au sein de la jurisprudence européenne²⁰⁷. La doctrine a pu souligner que les éventuels financements (accordés par l'autorité contractante à l'entité contrôlée) dans le cadre du *in house* ne constituent généralement pas des aides d'État, faute de remplir le critère tenant à un avantage concurrentiel spécifique²⁰⁸. La potentielle distorsion de la concurrence générée par les contrats *in house* est donc, en principe et à cet égard, conforme au droit européen de la concurrence. La réelle problématique semble davantage tenir au fait que ceci pourrait créer une « *nouvelle exception au régime des aides d'État* » dont les contours demeurent incertains. Il s'agit notamment de savoir si les limites de l'exception admise au régime des aides d'État – l'exception tenant à la prestation intégrée – sont également applicables au *in house*. Cette exception permet le versement de financements publics – et ainsi une exception au régime des aides d'État – lorsque « *l'entreprise bénéficiaire est chargée de l'exécution d'obligations de service public, clairement définies ; les paramètres sur la base desquels la compensation est calculée sont établis préalablement de façon objective et transparente, ; la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes qui y sont attachées ainsi que d'un bénéfice raisonnable ; le montant de cette compensation est fixé soit dans le cadre d'une procédure de marché public permettant la sélection du candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité ; soit il est fixé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée aurait encourus* »²⁰⁹. Ainsi, les financements résultant du *in house* doivent-ils respecter ces deux dernières conditions, c'est-à-dire ne pas excéder de manière déraisonnable le coût des prestations liées au service public faisant l'objet du *in house*²¹⁰ ?

Bien que n'entrant pas uniquement dans le champ d'application des *directives de 2014* – dans la mesure où il s'agit des interactions avec des branches du droit étrangères à la

²⁰⁷ Il est possible de souligner que le Tribunal de l'UE a indiqué que la qualification d'un organisme et les modalités de son financement sont sans incidence sur l'applicabilité du droit de la concurrence et du droit des aides d'État (TUE, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt* (T-443/08) et *Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH* (T-455/08) contre *Commission européenne*, 24 mars 2011, aff. T-443/08 et 455/08, §§128-130).

²⁰⁸ F. Olivier et J.-L. Lesquins, « Nouvelles directives européennes, *in house* et aides d'État », *CMP* août-sept 2014, étude 8.

²⁰⁹ *Idem.*

²¹⁰ *Idem.*

commande publique – l'exemple de la compatibilité entre le *in house* et le droit européen de la concurrence illustre l'insécurité juridique susceptible d'être générée par les *directives de 2014* à l'égard des exclusions.

AXE 2 : LA CONCURRENCE

Les *directives de 2014* conservent naturellement l'objectif originel de concurrence, assuré tant par les procédures de passation (**thématique n° 4**) que par les règles régissant le choix du cocontractant (**thématique n° 5**).

THEMATIQUE N° 4 : LES PROCEDURES DE PASSATION

Les procédures de passation sont indissociables de l'objectif originel du droit de la commande publique : la concurrence. Il s'ensuit naturellement que les règles régissant ces procédures se sont progressivement renforcées et développées au sein des directives européennes dédiées à la commande publique. Cette évolution est ainsi riche d'enseignements, car révélatrice des buts poursuivis lors de la rédaction des directives. La lecture des directives *Concessions* et *Marchés* de 2014 révèle deux ambitions partiellement réalisées : la simplification des procédures de passation (aussi bien des marchés publics que des concessions) (§I.), et la sécurisation des règles entourant le choix et le déroulement des procédures spécifiques des marchés publics, c'est-à-dire des procédures autres que celle de droit de commun pour les pouvoirs adjudicateurs (l'appel d'offres) (§II.).

§I. La simplification des procédures de passation

En s'inspirant fortement des règles applicables aux procédures de passation des marchés publics, la *directive Concessions* procède d'une simplification par la diminution des différences de régime juridique entre les différents contrats²¹¹ (A.). La *directive Marchés* de 2014 participe également de cette volonté de simplification, cette fois en assouplissant les motifs de recours à deux procédures spécifiques au détriment d'une troisième procédure dérogatoire (B.).

A. L'harmonisation mesurée des concessions et marchés publics

Trois évolutions principales résultant de la *directive Concessions* révèlent la recherche d'un équilibre entre, d'une part, le rapprochement des règles applicables aux marchés et aux concessions et, d'autre part, le maintien de la spécificité des concessions.

La première de ces évolutions repose sur l'unification des règles applicables aux concessions de travaux et aux concessions de services. Cette unification est tout autant matérielle – les règles étant désormais réunies dans une seule directive dédiée exclusivement aux concessions²¹² – que substantielle – les procédures de passation étant identiques pour les concessions de service et les concessions de travaux soumises à la directive²¹³.

La deuxième évolution témoigne non pas d'une unification, mais d'un rapprochement entre les règles applicables à la passation des concessions et celles régissant la passation des marchés publics. La dynamique tient à l'évolution de la passation des concessions sur le modèle des marchés publics. Ceci se manifeste à l'égard de divers aspects de la passation (dont certains sont analysés dans une autre subdivision du présent rapport²¹⁴) :

« L'unification se transcrit par des dispositions communes à ces deux types de contrats [les marchés publics et les concessions] qui sont nombreuses. [...] Positivement, la passation de ces contrats se fait sur un modèle commun de

²¹¹ La DAJ souligne par exemple, concernant les textes français transposant la *directive Concessions*, que « l'architecture du droit des contrats de concession a été simplifiée et rationalisée » (Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les modalités de mise en concurrence des contrats de concession*, Fiche technique, mise à jour en janv. 2020, p. 1).

²¹² Il n'existait auparavant pas de directive européenne comportant uniquement des règles applicables aux concessions, et seules les concessions de travaux étaient régies par les directives européennes de la commande publique.

²¹³ Ainsi, la publication obligatoire d'un avis de concession est désormais commune aux deux catégories de concessions (Dir. 2014/23/UE, art. 31). Voy. à ce sujet : V. Randazzo et P. Missanelli, « La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession », *Revue du Droit de l'Union européenne* 2014, n° 4, pp. 682-683.

²¹⁴ Pour les critères de sélection et d'attribution, voy. *infra*, Axe 2, Thématique n° 2.

*pièces et sont indexées sur les mêmes seuils. Sont également communs les motifs d'exclusions, les notions d'offres irrégulières ou inappropriées [...]. »*²¹⁵

Ce « *mouvement d'assimilation du régime des concessions aux marchés publics* » est particulièrement prégnant à l'égard de trois « *principes fondamentaux communs* »²¹⁶ : égalité de traitement, non-discrimination, et transparence des procédures²¹⁷. Ces trois principes, présents dès le troisième article de la *directive Concessions*²¹⁸, sont ainsi renforcés par comparaison avec les dispositions antérieures. Si leur respect était déjà exigé par la CJUE, il s'est agi « *de rendre effectif [leur] respect [...] en développant les règles déjà existantes en matière de concessions de travaux* »²¹⁹.

Cette évolution est toutefois nuancée par une dynamique contraire : celle « *du maintien d'une identité contractuelle propre [aux concessions]* »²²⁰. Ceci explique que, contrairement à la passation des marchés publics, les autorités contractantes disposent d'une latitude bien plus grande dans le choix de la procédure de passation lorsqu'il s'agit de concessions. En effet, il n'y a pas « *un ensemble fixe de procédures à utiliser obligatoirement* », la *directive Concessions* affirmant que « *[l]e pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire sous réserve du respect des dispositions de la présente directive* »²²¹.

Ceci implique deux éléments. D'une part, les autorités contractantes demeurent libres de choisir la procédure qu'elles jugent la plus adaptée. D'autre part, il n'y a pas de liste exhaustive de procédures disponibles. Ceci contraste fortement avec les procédures de passation des marchés publics, « *[c]ette différence fondamentale se justifi[ant] en raison des spécificités des concessions, contrats le plus souvent complexes, conclus sur le long terme et dans lesquels*

²¹⁵ F. Akoka, « Le contrat de concession dans le patrimoine génétique de la commande publique », *Petites affiches*, 02/09/2019, pp. 9 et s.

²¹⁶ Les deux citations présentes dans cette phrase sont de la même auteure : *idem*.

²¹⁷ La doctrine a pu ajouter deux autres principes fondamentaux communs aux contrats de la commande publique : la bonne utilisation, ou la protection, des deniers publics, ainsi que la liberté d'accès à la commande publique. Voy. par exemple : *idem*.

²¹⁸ « *Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent de manière transparente et proportionnée* » (Dir. 2014/23/UE, art. 3 §1 al. 1^{er}).

²¹⁹ V. Randazzo et P. Missanelli, « La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession », *op. cit.*, p. 677.

²²⁰ F. Akoka, « Le contrat de concession dans le patrimoine génétique de la commande publique », préc.

²²¹ Dir. 2014/23/UE, art. 30 §1.

le concessionnaire assume des responsabilités et des risques traditionnellement assumés par les pouvoirs adjudicateurs »²²².

Les seules limites dans le choix et le déroulement des procédures de passation des concessions tiennent aux principes fondamentaux déjà mentionnés – égalité de traitement, non-discrimination, et transparence – ainsi qu'à l'impossibilité de concevoir la procédure d'attribution « *avec l'intention de la soustraite au champ d'application de la présente directive ou de favoriser ou défavoriser indûment certains opérateurs économiques ou certains travaux, fournitures ou services* »²²³.

D'où le constat doctrinal selon lequel la *directive Concessions* participe d'une conciliation entre le rapprochement avec les marchés et le maintien de la spécificité des concessions²²⁴. Une forme de dynamique inverse apparaît concernant la *directive Marchés de 2014* : celle-ci ouvre davantage la voie à des éléments caractéristiques des concessions – à savoir, le dialogue et la négociation²²⁵.

B. La promotion implicite de certaines procédures spécifiques des marchés publics

La *directive Marchés de 2014* maintient la procédure de droit commun pour la passation des marchés publics – l'appel d'offres – ainsi que les procédures spécifiques (dérogatoires)²²⁶. Les évolutions pourraient ainsi sembler relatives, voire minimes. En réalité, la directive donne implicitement sa faveur à deux procédures spécifiques – la procédure concurrentielle avec

²²² V. Randazzo et P. Missanelli, « La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession », *op. cit.*, p. 682.

²²³ Dir. 2014/23/UE, art. 3 §1 al. 2.

L'ensemble de ces limites, figurant à l'article 3 de la directive, sont rappelés à l'article 30 du même texte (article établissant la liberté de choix de la procédure de passation des concessions) : Dir. 2014/23/UE, art. 30 §2.

²²⁴ Voy. par exemple : V. Randazzo et P. Missanelli, « La directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession », *op. cit.*, pp. 688-689.

²²⁵ La doctrine a pu en ce sens souligner que la négociation devient facultative pour les concessions mais est paradoxalement renforcée concernant les marchés publics : F. Olivier et C. Liet-Veaux, « La négociation dans la commande publique : Quelle place ? Quel enjeu ? », *CMP* juill. 2016, étude 5.

²²⁶ La doctrine souligne d'ailleurs que les dispositions relatives à ces procédures sont d'interprétation stricte (voy. par exemple : Ch. Krönke, « Article 26. Choice of procedures », in Caranta (R.) and Sanchez-Graells (A.) (Ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 294, §26.16), et que la distinction avec la procédure de droit commun est aisément identifiable car les hypothèses ou motifs de recours à ces procédures spécifiques sont définis positivement, c'est-à-dire identifiés exhaustivement (voy. par exemple : P. Telles, « Article 30. Competitive dialogue », in Caranta (R.) and Sanchez-Graells (A.) (Ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 326, §30.02).

négociation et le dialogue compétitif – et limite à l'inverse une troisième procédure spécifique – la procédure négociée sans publication préalable (également dite marché « de gré à gré »).

En ce qui concerne la promotion de la procédure concurrentielle avec négociation et du dialogue compétitif, le préambule de la *directive Marchés de 2014* témoigne de la volonté d'augmenter le recours à ces deux procédures. La doctrine²²⁷ a ainsi pu souligner que les considérants 42 et 43 de la directive mettent en lumière la volonté d'introduire de la souplesse pour mobiliser davantage ces procédures compte tenu de leur utilité²²⁸. Deux modifications connexes apportées par la *directive Marchés de 2014* confortent cette perception. Les motifs de recours à ces deux procédures sont uniformisés et deviennent ainsi identiques. Ce faisant, la mobilisation de ces deux procédures est assouplie, les motifs de recours étant non seulement plus nombreux, mais également particulièrement larges pour une partie d'entre eux.

Ainsi, l'article 26 §4 de la *directive Marchés de 2014* prévoit cinq motifs de recours à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif, regroupés en deux listes :

« a) pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants:

²²⁷ Ch. Krönke, « Article 26. Choice of procedures », *op. cit.*, p. 294, §26.16.

²²⁸ « Il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations. Un recours accru à ces procédures est également susceptible de renforcer les échanges transnationaux, étant donné que l'Évaluation a montré que les offres transnationales obtiennent un taux de réussite particulièrement élevé dans le cas de marchés passés par une procédure négociée avec publication préalable. Les États membres devraient être en mesure de prévoir le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif dans diverses situations où une procédure ouverte ou une procédure restreinte sans négociation ne sont pas susceptibles de donner des résultats satisfaisants. Il y a lieu de rappeler qu'en termes de volume des marchés, le recours au dialogue compétitif s'est considérablement accru au cours des dernières années. Cette procédure s'est révélée utile dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire leurs besoins ou d'évaluer les solutions que le marché peut offrir sur les plans technique, financier ou juridique. Tel peut notamment être le cas de projets innovants, de la réalisation de projets importants d'infrastructures de transport intégrées, de grands réseaux informatiques ou de projets comportant un financement complexe et structuré. Le cas échéant, les pouvoirs adjudicateurs devraient être encouragés à désigner un chef de projet afin d'assurer une bonne coopération entre les opérateurs économiques et le pouvoir adjudicateur durant la procédure d'attribution » (Dir. 2014/24/UE, cons. 42).

« Pour les marchés de travaux, il s'agit notamment de travaux qui ne concernent pas des bâtiments standards ou qui comportent une conception ou des solutions innovantes. Pour les services ou les fournitures nécessitant des efforts d'adaptation ou de conception, le recours à une procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif est susceptible d'être utile. De tels efforts d'adaptation ou de conception sont particulièrement nécessaires dans le cas d'acquisitions complexes, telles que les acquisitions de produits sophistiqués, de services intellectuels, par exemple certains services de conseil, d'architecture ou d'ingénierie, ou de projets majeurs relevant du domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC). Dans de tels cas, des négociations peuvent être nécessaires afin de garantir que le produit ou le service en question répond aux besoins du pouvoir adjudicateur. En ce qui concerne les services ou les produits immédiatement disponibles sur le marché sans adaptation et pouvant être fournis par nombre d'opérateurs économiques différents, il ne convient pas de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation ni au dialogue compétitif » (Dir. 2014/24/UE, cons. 43).

i) les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles;

ii) ils portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes;

iii) le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent;

iv) le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l'annexe VII, points 2 à 5;

b) pour les travaux, les fournitures ou les services pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées. En pareil cas, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de publier un avis de marché s'ils incluent dans la procédure tous, et seulement, les soumissionnaires qui satisfont aux critères visés aux articles 57 à 64 et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation de marchés.

Sont notamment considérées comme irrégulières les offres qui ne sont pas conformes aux documents de marché, qui sont parvenues tardivement, qui comportent des éléments manifestes de collusion ou de corruption ou que le pouvoir adjudicateur a jugées anormalement basses. Sont notamment considérées comme inacceptables les offres présentées par des soumissionnaires dépourvus des capacités requises ou dont le prix dépasse le budget du pouvoir adjudicateur tel qu'il a été déterminé et établi avant le lancement de la procédure de passation de marché. »

Le nombre et le contenu des motifs de recours à ces deux procédures spécifiques contrastent avec les dispositions de la directive précédente. En effet, le dialogue compétitif ne

pouvait être mobilisé que dans un seul cas de figure : en présence d'un marché public « *particulièrement complexe* »²²⁹. La procédure concurrentielle avec négociation pouvait en revanche être mobilisée pour quatre motifs, mais dont l'applicabilité semblait plus restreinte. La *directive Marchés de 2004* prévoyait en effet deux motifs communs à l'ensemble des marchés – la procédure infructueuse²³⁰, qui est maintenue en 2014, et l'impossibilité exceptionnelle de fixer préalablement et de manière globale des prix²³¹ – ainsi que deux motifs pour certains marchés – les services portant sur des « *prestations intellectuelles [...] [dont la nature] est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre* »²³², et les travaux liés à la recherche et au développement²³³.

Les cinq motifs de recours à ces deux procédures spécifiques maintiennent ainsi deux motifs déjà présents en 2004 – la complexité, qui était réservée au dialogue compétitif et qui est davantage développée en 2014 car associée à d'autres éléments²³⁴, et la procédure précédente infructueuse, car ayant donné lieu uniquement à des offres irrégulières ou inacceptables, autrefois associée uniquement à la procédure concurrentielle avec négociation. Les trois nouveaux motifs – l'adaptation de solutions immédiatement disponibles, la conception ou l'innovation, ainsi que l'impossibilité de définir de manière suffisamment précise les spécifications techniques – sont en outre susceptibles de faire l'objet d'une interprétation particulièrement souple²³⁵.

Il s'ensuit que les hypothèses ou motifs de recours au dialogue compétitif sont fortement élargis, et que la mobilisation de la procédure concurrentielle avec négociation est également facilitée, bien que les modifications soient de moins grande ampleur la concernant.

À l'inverse, la démarche adoptée au sein de la *directive Marchés de 2014* concernant la procédure négociée sans publication préalable (marché « de gré à gré ») témoigne d'une méfiance et, corrélativement, d'une volonté de restriction de cette procédure spécifique. La

²²⁹ Dir. 2004/18/CE, art. 29 §1.

²³⁰ *Ibid.*, art. 30 §1 a).

²³¹ *Ibid.*, art. 30 §1 b).

²³² *Ibid.*, art. 30 §1 c).

²³³ *Ibid.*, art. 30 §1 d).

²³⁴ La *directive Marchés de 2014* prévoit un motif reposant sur des « *circonstances particulières* » qui inclut (alternativement et non cumulativement) la nature, la complexité, le montage juridique et financier, ainsi que les risques (Dir. 2014/24/UE, art. 26 §4 a) iii).

²³⁵ La doctrine a pu le souligner concernant le motif d'adaptation de solutions immédiatement disponibles, en estimant que ce motif recouvre l'adaptation quant à la quantité ou à la qualité d'une solution, mais également quant à son prix (Ch. Krönke, « Article 26. Choice of procedures », *op. cit.*, pp. 295-296, §26.18).

Concernant l'absence de définition précise de l'innovation : voy. *infra*, Axe 3, Thématique n° 3.

première phrase du considérant 50 de la directive est particulièrement révélatrice à cet égard : « [c]ompte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence, le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché devrait être réservé à des circonstances très exceptionnelles »²³⁶. Au-delà d'un changement anodin de dénomination²³⁷, la *directive Marchés de 2014* supprime l'un des motifs de recours à cette procédure : celui tenant aux « travaux ou services complémentaires »²³⁸. Ce faisant, la directive limite la possibilité des marchés « de gré à gré ».

La *directive Marchés de 2014* ne modifie pas uniquement la faculté de recourir à ces trois procédures spécifiques – procédure concurrentielle avec négociation, dialogue compétitif, et procédure négociée sans publication préalable. Elle s'inscrit plus généralement dans la perspective de clarification – et donc de sécurisation – de l'utilisation de ces procédures, sans y parvenir pleinement.

§II. La sécurisation imparfaite du cadre juridique des procédures spécifiques de passation des marchés publics

Malgré l'apport de précisions indéniables en 2014, la directive maintient ou crée une part d'incertitude concernant les motifs de recours aux procédures spécifiques de passation des marchés publics (A.), et ne clarifie pas intégralement le déroulement de ces procédures (B.).

²³⁶ Dir. 2014/24/UE, cons. 50 al. 1^{er}.

²³⁷ La procédure négociée sans publication préalable était dénommée, dans la *directive Marchés* précédente, « procédure négociée sans publication d'un avis de marché » (Dir. 2004/18/CE, art. 31).

²³⁸ La *directive Marchés* de 2004 prévoyait, pour les marchés publics de travaux et de services, la faculté de recourir à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché notamment « pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service :

— lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs, ou

— lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial; » (ibid., art. 31 §4 a)).

A. L'incertitude partielle des motifs de recours

En ce qui concerne tout d'abord la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif, la doctrine a pu souligner que les motifs de recours à ces deux procédures – qu'ils soient maintenus ou, au contraire, créés en 2014 – peuvent susciter des interrogations.

Au-delà des similitudes entre certains motifs – susceptibles de conduire à des hésitations quant à l'identification du motif approprié²³⁹ – l'absence ou la présence insuffisante de précisions quant aux prérequis de certains motifs génère des incertitudes.

Il en est ainsi des deux premiers motifs prévus par la *directive Marchés de 2014* – l'adaptation de solutions immédiatement disponibles, et la conception ou l'innovation – qui semblent reposer sur l'existence d'un « standard » dont l'offre devrait s'écarter pour proposer une solution en adéquation avec les besoins de l'autorité contractante. Or, il n'existe pas de définition ni d'indice ou d'exemple pour identifier un tel « standard »²⁴⁰, donc pour cerner l'ampleur des modifications nécessaires par rapport aux solutions « classiques » déjà disponibles. Ceci interroge également quant aux moyens devant être mobilisés pour prouver que les conditions sont réunies pour mobiliser ce motif²⁴¹.

Le troisième motif – tenant aux circonstances particulières résultant de la nature du contrat, de sa complexité ou de celle du montage financier ou juridique, ou des risques associés – se caractérise par une forte souplesse, permettant une adaptation à de multiples cas de figure. Il en résulte naturellement une ouverture à la négociation et au dialogue compétitif, mais la contrepartie de cette flexibilité tient à l'absence de certitude quant aux éléments entrant dans le champ d'application de ce motif²⁴².

²³⁹ Par exemple, la distinction entre l'adaptation de solutions immédiatement disponibles et la conception ou l'innovation n'est pas nécessaire aisée, tout comme la distinction entre ces motifs et celui tenant à la complexité du contrat – la complexité pouvant précisément résulter de la proposition de nouvelles solutions ou de la modulation de solutions « classiques » (Ch. Krönke, « Article 26. Choice of procedures », *op. cit.*, pp. 297-298 §26.23, et p. 299 §26.27).

²⁴⁰ Seuls quelques exemples généraux d'adaptation et de conception sont prévus par le considérant 43 de la *directive Marchés de 2014* : « [d]e tels efforts d'adaptation ou de conception sont particulièrement nécessaires dans le cas d'acquisitions complexes, telles que les acquisitions de produits sophistiqués, de services intellectuels, par exemple certains services de conseil, d'architecture ou d'ingénierie, ou de projets majeurs relevant du domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC) » (Dir. 2014/24/UE, cons. 43).

²⁴¹ Concernant l'absence de définition du standard et les moyens de preuve (comme la nécessité ou non d'une étude de marché pour identifier les solutions déjà disponibles et déterminer si une adaptation ou une innovation est nécessaire) : Ch. Krönke, « Article 26. Choice of procedures », *op. cit.*, p. 296 §26.19, p. 297 §26.22, et p. 298 §26.24).

²⁴² Voy. par exemple à ce sujet : J. Davey, « Procedures involving negotiation in the new Public Procurement Directive: key reforms to the grounds for use and the procedural rules », *PPLR* 2014, n° 3, pp. 105-106.

Concernant le cinquième et dernier motif – la procédure précédente infructueuse –, la doctrine a par exemple pu regretter la disparition de l'une des conditions contenues dans la précédente directive (l'absence de modification substantielle des conditions du contrat prévues dans cette procédure précédente)²⁴³.

Ce dernier motif est commun avec la procédure négociée sans publication préalable, mais l'absence de modification substantielle entre les deux procédures – la précédente infructueuse et celle du marché « de gré à gré » – est maintenue. Les critiques portent donc sur d'autres éléments, particulièrement deux motifs parmi les huit autres motifs de recours à cette procédure²⁴⁴.

Le premier tient aux « *nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires* »²⁴⁵. La directive ne donne pas de précision quant au degré de similitude exigé, ni d'exemple ou de guide pour apprécier si les conditions de recours à ce motif sont réunies²⁴⁶.

Une incertitude similaire semble résulter d'un autre motif de recours à la procédure négociée sans publication préalable : celui tenant à « *l'urgence impérieuse* »²⁴⁷. Ceci pourrait surprendre de prime abord, car la *directive Marchés de 2014* semble fournir bien plus d'indications que pour d'autres motifs. Elle donne en effet quatre conditions devant être réunies en sus de l'« *urgence impérieuse* » : la stricte nécessité, l'imprévisibilité des événements menant à cette urgence, leur caractère extérieur (non-imputabilité à l'autorité contractante), et le fait que cette urgence « *ne permet[te] pas de respecter les délais des procédures ouvertes, restreintes ou concurrentielles avec négociation* »²⁴⁸. Si la pratique a pu donner des exemples d'une telle urgence²⁴⁹ ou de la nature imprévisible ou non des événements²⁵⁰ et que l'« *urgence*

²⁴³ Ch. Krönke, « Article 26. Choice of procedures », *op. cit.*, p. 301, §26.34.

²⁴⁴ L'article 32 de la *directive Marchés de 2014* prévoit en tout neuf motifs de recours à la procédure négociée sans publication préalable (trois motifs communs à l'ensemble des marchés, quatre réservés aux marchés de fournitures, un dédié aux marchés de services, et enfin un commun aux marchés de services et de travaux).

²⁴⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 32 §4.

²⁴⁶ La *directive Marchés de 2014* prévoit seulement une limite : « *à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon une procédure conforme à l'article 26, paragraphe 1. Le projet de base précise l'étendue des travaux ou services supplémentaires possibles, et les conditions de leur attribution* » (*ibid.*, art. 32, §4).

²⁴⁷ *Ibid.*, art. 32 §2 c).

²⁴⁸ L'ensemble de ces conditions est indiqué dans une même disposition : *idem*.

²⁴⁹ La Commission européenne a par exemple estimé que la pandémie de Covid-19 pouvait constituer une urgence impérieuse : Communication de la Commission, *Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19*, 01/04/2020, 2020/C 108 I/01, §2.3.

²⁵⁰ Comme la doctrine le souligne (P. Bogdanowicz, « Article 32. Use of the negotiated procedure without prior publication », in CARANTA (R.) and SANCHEZ-GRAELLS (A.) (Ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 358, §32.24), la CJUE s'est prononcée à plusieurs reprises sur l'imprévisibilité d'événements et a pu rejeter une telle

impérieuse » se distingue « instinctivement » d'une simple urgence, des précisions supplémentaires sur la caractérisation d'une telle urgence seraient opportunes pour sécuriser le recours à ce motif par les autorités contractantes.

Ainsi, bien que la *directive Marchés de 2014* supprime certains motifs particulièrement ambigus – comme celui des « *travaux ou services complémentaires* » pour les marchés de gré à gré – elle maintient sans clarification certains d'entre eux – à l'image de l'« *urgence impérieuse* » – et crée d'autres motifs qui ne sont pas pleinement encadrés – tels que l'adaptation de solutions immédiatement disponibles. La même démarche anime les règles entourant le déroulement de ces procédures spécifiques.

B. L'éclaircissement incomplet des règles régissant le déroulement des procédures

L'apport de la *directive Marchés de 2014* concernant les règles entourant les procédures spécifiques tient particulièrement à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif. De nombreuses précisions sont intégrées par rapport à la précédente directive²⁵¹, bien que certaines interrogations restent en suspens.

Concernant tout d'abord la procédure concurrentielle avec négociation, la directive apporte une clarification indéniable en 2014. Elle ajoute ainsi la demande de participation pour la sélection qualitative des participants²⁵² ainsi que des délais minimaux²⁵³, sécurise la participation des opérateurs en ajoutant des obligations pour les autorités contractantes²⁵⁴, et apporte des précisions sur la phase finale²⁵⁵.

qualification concernant des refus d'approbation dans le cadre d'une procédure administrative (CJCE, 28 mars 1996, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. C-318/94, §18) ou les délais imposés par une autorité pour une procédure d'approbation (CJCE, 2 juin 2005, *Commission des République hellénique*, aff. C-394/02, §§42-43).

²⁵¹ Voy. par exemple à ce sujet : P. Bogdanowicz, « Article 29. Competitive procedure with negotiation », *op. cit.*, pp. 316-317, §29.02 ; P. Telles, « Article 30. Competitive dialogue », *op. cit.*, p. 326, §30.01.

²⁵² Dir. 2014/24/UE, art. 29 §1 al. 1 et 2.

²⁵³ Il en est ainsi des délais de réception des demandes de participation et de réception des offres initiales (*ibid.*, art. 29 §1 al. 4).

²⁵⁴ La directive indique de manière générale que les informations contenues dans les documents de marché doivent « permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée du marché et de décider de demander ou non à participer à la procédure », que les exigences auxquelles les offres doivent se conformer sont des exigences « minimales », que les documents doivent être actualisés au fur et à mesure des négociations, et que les informations confidentielles ne doivent pas être divulguées sauf accord exprès du participant (*ibid.*, art. 29, respectivement §1 al. 3, §1 al. 2, §5 al. 1^{er}, et §5 al. 2).

²⁵⁵ « Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées. Il vérifie

La *directive Marchés de 2014* tend également à cerner davantage les éléments exclus de la négociation et, par conséquent, les éléments pouvant être négociés. Les exigences minimales des offres sont ainsi exclues du champ de la négociation – tout comme les critères d'attribution²⁵⁶ –, mais la directive reste silencieuse sur la faculté de modifier ces exigences minimales en dehors de toute négociation. Autrement dit, la directive ne précise pas si l'autorité contractante peut de sa propre initiative procéder à une telle modification²⁵⁷.

L'étendue du droit de l'autorité contractante d'attribuer le marché sans négociation malgré l'engagement de la procédure concurrentielle avec négociation²⁵⁸ est également incertaine. Le texte ne précise pas dans quelles circonstances ou pour quels motifs ce droit de ne pas négocier peut être exercé, laissant ainsi une ample marge d'appréciation à l'autorité contractante. Une partie de la doctrine estime qu'un cycle de négociations devrait être réalisé, même quand les offres initiales semblent optimales ou presque optimales, afin de s'assurer qu'il s'agit des offres les plus adaptées sans que l'autorité contractante ne perde pour autant beaucoup de temps ou d'argent²⁵⁹.

Pour ce qui a trait au dialogue compétitif, les difficultés ne sont pas générées par le champ d'application ou l'exercice de ce dialogue, mais plutôt par l'articulation de cette procédure avec des principes essentiels de la commande publique : l'égalité de traitement des candidats et la protection des informations confidentielles. Par comparaison avec la procédure concurrentielle avec négociation, l'apport de la *directive Marchés de 2014* est plus restreint et repose sur un seul ajout (commun avec la procédure concurrentielle avec négociation). Ainsi, s'agissant de la protection des informations confidentielles, la directive maintient en 2014 l'impossibilité de divulguer de telles informations sans l'accord du participant concerné, mais précise que « [c]et accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale, mais vise des informations précises dont la communication est envisagée »²⁶⁰.

que les offres finales répondent aux exigences minimales et respectent l'article 56, paragraphe 1, il évalue les offres finales sur la base des critères d'attribution et il attribue le marché conformément aux articles 66 à 69 » (ibid., art. 29 §7).

²⁵⁶ « Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations » (ibid., art. 29, §3 al. 2).

²⁵⁷ P. Bogdanowicz, « Article 29. Competitive procedure with negotiation », *op. cit.*, p. 318, §29.05.

²⁵⁸ « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'ils ont indiqué, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, qu'ils se réservent la possibilité de le faire » (Dir. 2014/24/UE, art. 29, §4).

Ceci constitue l'une des nouveautés de la *directive Marchés de 2014*.

²⁵⁹ P. Bogdanowicz, « Article 29. Competitive procedure with negotiation », *op. cit.*, p. 322, §29.20.

²⁶⁰ Dir. 2014/24/UE, art. 30 §3 al. 3.

Il s'ensuit que la directive n'indique pas l'ensemble des modalités précises de conciliation entre le dialogue compétitif et la protection des informations confidentielles ainsi que l'égalité de traitement. Or, comme le souligne la doctrine, une telle conciliation est pourtant essentielle et précaire. En effet, des informations doivent être communes à l'ensemble des candidats pour assurer la non-discrimination, mais ceci peut contrevenir à la protection des informations confidentielles²⁶¹. Dans le même sens, l'effectivité de la concurrence et du dialogue compétitif peut inclure des échanges plus nombreux avec certains candidats pour préciser les offres proposées et ainsi potentiellement conduire à un traitement différencié des candidats²⁶². Une partie de la doctrine plaide en conséquence pour une approche souple de la non-discrimination et de la protection des informations confidentielles dans le cadre du dialogue compétitif²⁶³.

Au regard de la procédure négociée sans publication préalable, la *directive Marchés de 2014* laisse naturellement une ample marge d'appréciation et de liberté, puisqu'il s'agit de l'objectif même de cette procédure. Deux précisions ultérieures ont toutefois été apportées par la CJUE, ayant trait à la fois à l'égalité de traitement des candidats et à la limite de mobilisation des marchés « de gré à gré ». La Cour a en effet précisé en 2022 que dans l'hypothèse où cette procédure serait mobilisée sur le fondement d'une procédure préalable infructueuse, les candidats ayant proposé une offre irrégulière ou inacceptable dans le cadre de cette procédure « ne sauraient contraindre, dans le cadre de la procédure négociée sans publication préalable subséquente, le pouvoir adjudicateur à entrer en négociation avec eux »²⁶⁴. L'autorité contractante est en revanche limitée dans le choix de l'offre, le prix de l'offre retenue ne devant pas être excessif sous peine de révéler « l'intention de le soustraire [le marché] au champ d'application de la directive 2014/24 ou de limiter artificiellement la concurrence ». Ainsi, « le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de prouver que le prix sur lequel il s'est entendu avec l'adjudicataire correspond au prix du marché et qu'il n'excède pas la valeur estimée du marché »²⁶⁵. Les futures directives européennes pourraient ainsi codifier ces apports

²⁶¹ P. Telles, « Article 30. Competitive dialogue », *op. cit.*, p. 330, §30.23.

²⁶² *Ibid.*, p. 329, §30.19.

²⁶³ *Ibid.*, p. 329, §30.20.

²⁶⁴ CJUE, 16 juin 2022, *Vice-min. du développement régional et du bien-être e.a. c/ Obshtina Reason*, aff. C-376/21, §68.

²⁶⁵ Pour cette citation et celle de la phrase précédente : CJUE, 16 juin 2022, *Vice-min. du développement régional et du bien-être e.a. c/ Obshtina Reason*, aff. C-376/21, §69.

Pour un commentaire plus développé de cet arrêt, voy. F. Lichère, « La liberté contractuelle précisée en cas d'infructuosité d'un appel d'offres », *JCP E* 2022, p. 1393.

jurisprudentiels, qui encadrent aussi bien les droits des opérateurs économiques que la liberté des autorités contractantes dans le cadre des marchés « de gré à gré ».

THEMATIQUE N° 5 : LE CHOIX DU COCONTRACTANT

Les *directives Marchés et Concessions* s'inscrivent très nettement dans une tendance à l'« *objectivation du choix du cocontractant* », en vertu de laquelle l'attribution doit « *être le résultat d'une comparaison objective de critères prédéterminés avec les offres présentées* »²⁶⁶.

Cette lame de fond se manifeste d'abord à travers l'exigence générale de transparence dans le choix du cocontractant – laquelle se décline en autant d'obligations de publication des critères de sélection et d'attribution –, propre à garantir la concurrence, tout en instillant une forme de « *moralité* » publique dans la conclusion des contrats de la commande publique²⁶⁷. Les *directives de 2014* disposent ensuite, de manière identique, que les critères de sélection des candidats doivent être proportionnés et liés à l'objet du contrat. Elles insistent également sur le fait que « *les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur* » et qu'« *ils garantissent la possibilité d'une véritable mise en concurrence* »²⁶⁸. Cette affirmation vaut aussi bien pour les marchés publics, dont le régime d'attribution est cependant allégé, que pour les concessions dont le cadre apparaît resserré. En effet, le travail de réforme des directives s'est principalement focalisé sur l'attribution des concessions. Tout en réaffirmant « *le droit des États membres et des pouvoirs publics de décider du mode de gestion qu'ils jugent le plus approprié pour exécuter des travaux et fournir des services* »²⁶⁹, la *directive Concessions* tend manifestement à réduire la liberté du concédant de choisir son prestataire.

Pour limiter l'« *arbitraire* » des autorités concédantes²⁷⁰, le législateur européen s'est largement inspiré des régimes de sélection (§II.) et d'attribution des marchés publics, en

²⁶⁶ M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., 2017, n°519, p. 258.

²⁶⁷ *Ibid.*, n°415, p. 213.

²⁶⁸ Directive 2014/24/UE, art. 67 ; Directive 2014/23/UE, art. 41.

²⁶⁹ Dir. 2014/23/UE, *préc.*, cons. 5.

²⁷⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du conseil sur l'attribution de contrats de concession, 20 décembre 2011 (COM (2011) 897 final), 2011/0437, exposé de motifs, p. 6.

veillant toutefois à ne pas renier la « spécificité des concessions »²⁷¹ (§III.). En matière de marchés publics, cette tendance à l'objectivation se manifeste principalement à travers l'encadrement plus drastique – quoiqu'insuffisant – du *sourcing* (§I.).

§I. La présélection par le *sourcing*

Le « *sourcing* » ou « *sourçage* », pratique longtemps restée informelle sinon taboue, a progressivement gagné ses lettres de noblesse dans le droit européen de la commande publique. Cette technique a d'abord fait une « *très discrète apparition* »²⁷² dans le considérant n° 8 de la *directive 2004/18* qui évoquait, sans la détailler, la faculté pour les pouvoirs adjudicateurs d'engager, avant le lancement de la procédure, un « *dialogue technique* » ou des « *études de marché* », pour établir le cahier des charges du marché et à la condition de ne pas distordre la concurrence.

La *directive 2014/24* est plus diserte que sa prédécesseuse, puisqu'elle ne consacre pas moins de deux dispositions à la préparation du marché, ce que certains praticiens ne manquent pas de saluer²⁷³. L'article 40 de ce texte entérine ainsi la faculté pour les pouvoirs adjudicateurs de « *réaliser* », en amont de la procédure, « *des consultations du marché en vue de préparer la passation de marché et d'informer les opérateurs économiques de leurs projets et de leurs exigences en la matière* »²⁷⁴. La pratique du *sourcing* présente un indiscutable intérêt pour l'acheteur public soucieux de « *réussir son achat* »²⁷⁵, lorsqu'elle ne lui est tout simplement pas « *indispensable* »²⁷⁶, à tout le moins lorsque celui dépasse certains seuils ou porte sur des domaines comme l'innovation. Elle permet, plus précisément, à la personne publique d'affiner son besoin en adéquation avec la réalité du marché économique. Ce faisant, le *sourcing* permet non seulement de maîtriser les coûts, d'échapper à l'infructuosité, mais aussi d'étayer la stratégie d'allotissement et le choix de ses critères.

Le *sourçage*, aussi bénéfique soit il, présente cependant une série de risques qui invitent les acheteurs à la plus grande vigilance²⁷⁷, ou, pour reprendre l'expression de Didier Seban, à bien « *placer le curseur entre prudence et liberté* »²⁷⁸. L'article 40 précité insiste, à cet égard,

²⁷¹ Dir. 2014/23/UE, cons. 2.

²⁷² M. Crahès, « Précieux et délicat *sourçage* des marchés publics », *Le Moniteur – Contrats publics* 2016, n° 170, p. 22.

²⁷³ Y. Le Fustec, « Qu'est-ce que le *sourcing* », *Le Moniteur – Contrats publics* 2018, n° 185, p. 18.

²⁷⁴ Dir. 2014/24/UE, art. 40 al. 2.

²⁷⁵ D. Seban, « *Sourcing* : opportunité ou danger ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2018, n° 185, p. 3.

²⁷⁶ Y. Le Fustec, « Qu'est-ce que le *sourcing* », *op. cit.*, p. 20.

²⁷⁷ Y. Le Fustec évoque une « *pratique à manier avec prudence* » (*ibid.*, p. 21).

²⁷⁸ D. Seban, « *Sourcing* : opportunité ou danger ? », *op. cit.*, p. 3.

sur le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Le pouvoir adjudicateur doit, ainsi, veiller à la liberté d'accès à la commande publique en permettant à tout opérateur économique qui le souhaite de participer à la consultation, laquelle peut prendre les formes les plus variées²⁷⁹. L'acheteur public doit surtout respecter l'égalité de traitement entre les opérateurs économiques, tout en veillant à ne pas divulguer des informations commercialement sensibles²⁸⁰, exercice difficile s'il en est. À cet égard, la *directive Marchés* offre peu d'indications relatives aux exigences de transparence et de traçabilité. Elle consacre néanmoins un article, le 41, aux « *mesures appropriées* » devant être prises par le pouvoir adjudicateur pour que la participation d'un candidat ou du soumissionnaire à l'opération de *sourcing* ne s'assimile pas à du favoritisme. Pour cela, l'acheteur doit « *communiquer aux autres candidats et soumissionnaires* » les « *informations utiles échangées [...]* » et à fixer des délais adéquats *pour la réception des offres* [nous soulignons] ». Il convient de relever que les expressions employées – « *informations utiles* » et « *délais adéquats* » – sont d'une imprécision telle qu'elles n'offrent pas un cadre très sécurisant pour l'acheteur public. Cette disposition poursuit en soulignant que le candidat ou le soumissionnaire concerné ne doit être « *exclu de la procédure que s'il n'existe pas d'autre moyen d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement* », étant entendu que l'opérateur économique concerné doit toujours être mesure de prouver que sa « *participation à la préparation de la procédure n'est pas susceptible de fausser la concurrence* »²⁸¹. Dès lors, s'il est parfaitement acquis qu'un opérateur économique ne peut être exclu du simple fait de sa participation à l'opération de *sourcing*, il faut bien reconnaître, avec François Lichère, « *qu'à défaut d'autres précisions dans les textes, la seule approche jurisprudentielle, nécessairement casuistique, ne permet pas d'éclairer les autorités contractantes sur les risques d'illégalité du fait de l'existence d'informations privilégiées* »²⁸².

Après cette phase facultative de présélection, les autorités contractantes doivent sélectionner les candidats en respectant les *directives Marchés* et *Concessions* qui envisagent un des régimes très similaires.

²⁷⁹ Y. Le Fustec énumère « *la sollicitation de fournisseurs à la consultation de bases dédiées (...) la formelle request for information (...)* » ou encore au « *lancement d'un appel à idées* » (Y. Le Fustec, « Qu'est-ce que le sourcing », *op. cit.*, pp. 25-26).

²⁸⁰ Pour des études plus détaillées : v. le dossier consacré au *sourcing* dans *Le Moniteur – Contrats publics* 2018, n° 185.

²⁸¹ Dir. 2014/23/UE, *préc.*, art. 41.

²⁸² F. Lichère, « La déontologie et l'attribution des contrats publics », *JCP Adm.* 2020. 2034.

§II. La parenté des régimes de sélection des candidats

La *directive Concessions* élabore un authentique « régime de sélection des candidatures »²⁸³ proche de celui des marchés publics – sans toutefois s’y assimiler²⁸⁴ –, tant en ce qui concerne les motifs d’exclusion (A.) que la phase de sélection qualitative des candidats (B.).

A. L’identité des motifs d’exclusion

Les opérateurs économiques, qu’ils soient candidats à l’attribution d’une concession ou d’un marché public, ne doivent pas être visés par un motif d’exclusion. Les *directives 2014/23* et *2014/24* prévoient deux listes : les motifs d’exclusion obligatoires d’une part, les motifs d’exclusion facultatifs d’autre part. Elles reconnaissent, de manière identique, un droit à l’auto-réhabilitation des candidats.

Le rapprochement des régimes apparaît évident à qui s’intéresse aux exclusions : en marchés publics, comme en concessions, l’exclusion est de plein droit pour les motifs dits « obligatoires », tandis qu’elle relève de l’appréciation du pouvoir adjudicateur pour les motifs dits « facultatifs ». Les motifs d’exclusion obligatoires énumérés par les *directives Marchés* et *Concessions* sont d’ailleurs rigoureusement identiques : ils visent les opérateurs économiques qui ont fait l’objet d’une condamnation prononcée par un jugement définitif en raison de leur participation à une organisation criminelle, de faits de corruption, de fraude, d’infraction terroriste, de blanchiment d’argent, de travail des enfants ou de traite d’êtres humains ou dans le cas de manquement à des obligations relatives au paiement d’impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale²⁸⁵. Les textes prévoient, de manière analogue, la possibilité pour les États membres de prévoir une dérogation à ces motifs « dans des cas exceptionnels où des exigences impératives d’intérêt général rendent indispensable l’attribution » d’un contrat, telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l’environnement²⁸⁶. Les motifs d’exclusion facultatifs envisagés par les deux directives s’assimilent, dans un cas comme dans l’autre, à un véritable « maquis »²⁸⁷. Et pour cause, les motifs énumérés par ces textes sont similaires, à une

²⁸³ B. Neveu et B. Polderman, « Directive concession : quelles incidences sur l’examen des candidatures ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, p. 48.

²⁸⁴ En ce s. Cyril Coupé relève que ces règles sont clairement « rapprochées » mais « pas alignées » (C. Coupé, « Sélection des candidatures et des offres dans le cadre des marchés publics et concessions : points communs et différences », *Le Moniteur – Contrats publics* 2017, n° 173, p. 16).

²⁸⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 57 §1 ; dir. 2014/23/UE, art. 38 §4.

²⁸⁶ Dir. 2014/24/UE, art. 57 §3 et cons. 100 ; Dir. 2014/23/UE, art. 38 §6 et cons. 69.

²⁸⁷ A. Marchand, « Le nouveau maquis des interdictions de soumissionner », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, p. 37.

exception près. En effet, seule la *directive Marchés* comporte un motif d'exclusion du soumissionnaire qui a participé à une opération de *sourcing*, lorsque cette participation induit une distorsion de concurrence à laquelle il ne peut être remédié²⁸⁸. En dehors de cette hypothèse, la *directive Concessions* reproduit *in extenso* la liste des motifs envisagés par la *directive Marchés* et, ce faisant, les mêmes ambiguïtés. Il en va particulièrement ainsi du motif qui vise l'opérateur économique coupable d'une « *faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité* », ²⁸⁹ ce qui recouvre, par exemple, l'hypothèse d'un « *manquement à des obligations environnementales ou sociales, y compris aux règles d'accessibilité pour les personnes handicapées* » ou bien « *la violation de règles de concurrence ou de droits de propriété intellectuelle* » ²⁹⁰. Si l'on peut se féliciter, avec Arnaud Marchand²⁹¹, de ce que ce motif d'exclusion soit « *recentré sur les seules fautes commises à l'occasion de l'activité professionnelle et présentant un certain degré d'intentionnalité* » ²⁹², il n'en est pas moins caractérisé par une certaine imprécision²⁹³ qui pourrait donner lieu à des interprétations divergentes porteuses d'inégalités entre les opérateurs économiques, voire à une surinterprétation des autorités contractantes. Le motif visant des « *défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique lors de l'exécution de précédents contrats* » ayant donné lieu à une résiliation ou à « *toute autre sanction équivalente* » ²⁹⁴ pourrait susciter les mêmes difficultés.

Les *directives de 2014* font preuve de la même souplesse en matière d'auto-réhabilitation (*self-cleaning*)²⁹⁵ en disposant simplement que l'opérateur économique « *peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence du motif d'exclusion invoqué*. Si ces preuves sont jugées suffisantes, *l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure* [nous soulignons] » ²⁹⁶. Cette formulation, ainsi que les nombreuses autres imprécisions des textes européens, impriment à ce système un caractère discrétionnaire. D'abord, ils confient aux États membres le soin de définir

²⁸⁸ Dir. 2014/24/UE, art. 57 §4, f).

²⁸⁹ Dir. 2014/23/UE, art. 38 §7, c) ; dir. 2014/24/UE, art. 57 §4, c).

²⁹⁰ Dir. 2014/24/UE, cons. 101.

²⁹¹ A. Marchand, « Le nouveau maquis des interdictions de soumissionner », *op. cit.*, p. 37.

²⁹² La *directive 2004/18* se bornait à disposer que pouvait être exclu de la participation du marché, tout opérateur économique « *qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier* [nous soulignons] » (Dir. 2004/18/CE, art. 45 §1 d).

²⁹³ En ce s. B. Neveu et B. Polderman, « Directive concession : quelles incidences sur l'examen des candidatures ? », *op. cit.*, p. 52.

²⁹⁴ Dir. 2014/23/UE, art. 38 §7 f) ; Dir. 2014/24/UE, art. 57 §4 g).

²⁹⁵ L. Richer, « L'auto-apurement en action », *CMP* nov. 2022, étude 10.

²⁹⁶ Dir. 2014/24/UE, art. 57 §6 ; Dir. 2014/23, art. 38 §9.

les modalités procédurales de l'auto-réhabilitation²⁹⁷. À cet égard, ils sont « *libres de décider s'ils autorisent chaque pouvoir adjudicateur à effectuer les évaluations pertinentes ou s'ils confient cette tâche à d'autres pouvoirs à un niveau central ou décentralisé* »²⁹⁸. En Allemagne comme en Hongrie, cette appréciation relève d'une autorité centrale²⁹⁹, tandis qu'en France elle repose sur les pouvoirs adjudicateurs. Ensuite, les directives offrent à ces autorités assez peu d'indications pour les guider dans l'appréciation des mesures adoptées, hormis les trois conditions cumulatives supposées nécessaires à l'auto-réhabilitation : la réparation du préjudice causé (1), la collaboration active de l'opérateur économique (2) et l'adoption de « *mesures concrètes* » pour prévenir la survenance d'une nouvelle faute (3). Si l'effort de clarification est louable, il convient toutefois de remarquer, avec Laurent Richer, que ces conditions ne se retrouvent pas en toutes hypothèses, soit parce que certains manquements peuvent être effacés plus simplement³⁰⁰, soit parce que le droit national ne les exige pas en toutes circonstances³⁰¹. Pour le reste, les autorités disposent d'une marge de manœuvre conséquente dès lors que les directives gardent le silence quant à l'initiative et au moment de la demande d'auto-apurement, lequel semble pouvoir intervenir au stade de la candidature³⁰² ou *ex post*³⁰³. Elles ne précisent pas davantage le contenu des mesures de remédiation, préférant se borner à poser une obligation d'adéquation avec la gravité du fait qui a justifié l'exclusion³⁰⁴. Le préambule de chacune des directives propose néanmoins une liste non exhaustive des mesures envisageables qui peuvent être individuelles et/ ou des mesures *compliance* portant sur l'organisation et/ou le fonctionnement de l'entreprise. À cet égard, doivent constituer des mesures suffisantes « *la mise en œuvre de systèmes de déclaration et de contrôle, la création d'une structure d'audit interne pour assurer le suivi de la conformité et l'adoption de règles internes de responsabilité et de réparation* »³⁰⁵.

Après s'être assurées que les candidats ne sont pas visés par un motif d'exclusion – avec toutes les difficultés d'accès à l'information et d'appréciation que soulève cette opération –, les

²⁹⁷ En ce sens, la *directive Marchés* précise qu'« il convient de laisser aux États membres le pouvoir de déterminer les conditions procédurales et matérielles exactes qui seraient applicables dans ces cas » (Dir. 2014/24/UE, cons. 102).

²⁹⁸ *Idem*.

²⁹⁹ L. Richer, « L'auto-apurement en action », *op. cit.*

³⁰⁰ Par exemple par le paiement spontané des cotisations fiscales / sociales.

³⁰¹ L. Richer, « L'auto-apurement en action », *op. cit.*

³⁰² Cette pratique est encouragée par la Cour de justice : CJUE 3 oct. 2019, *Delta*, aff. C-267/ 18.

³⁰³ CJUE, 14 janv. 2021, *BNP Paribas Personal Finance*, aff. C-387/ 19.

³⁰⁴ « *Les mesures prises par les opérateurs économiques sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières* » (Dir. 2014/23/UE, art. 38 §9 al. 2 ; Dir. 2014/24/UE, art. 57 §6 al. 3).

³⁰⁵ Dir. 2014/24/UE, cons. 102.

autorités contractantes s'attèlent à un exercice non moins difficile : analyser les capacités des candidats.

B. La proximité des cadres d'analyse des candidatures

L'analyse des capacités des candidats à une concession ou à un marché public obéit aux mêmes règles, à cela près que le régime posé par la *directive 2014/24* offre davantage de garanties procédurales que celui envisagé par la *directive 2014/23*.

Les critères de sélection énumérés par les *directives 2014/23* et *2014/24* sont quasiment identiques, étant entendu que dans le cas des concessions comme des marchés publics ces « conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché »³⁰⁶. La première dispose que « les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices vérifient les conditions de participation relatives aux capacités professionnelles et techniques et à la capacité économique et financière des candidats ou des soumissionnaires »³⁰⁷, tandis que la seconde expose, de manière plus précise, il est vrai, que « les critères de sélection peuvent avoir trait : a) à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle ; b) à la capacité économique et financière ; c) aux capacités techniques et professionnelles »³⁰⁸. En matière de concessions, l'invitation faite aux autorités concédantes d'analyser les capacités « économiques » et « professionnelles » des opérateurs économiques, qui constitue une nouveauté de la *directive de 2014*, conduit à se demander si elles doivent opérer un contrôle supplémentaire. La doctrine appelle de ses vœux une définition précise de ces expressions propre à lever cette interrogation « que ne manqueront pas de se poser les praticiens »³⁰⁹. En matière de marchés publics, la faculté reconnue aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger des candidats qu'ils fournissent des informations sur leurs comptes annuels³¹⁰ permet une analyse des capacités économiques et financières « plus drastique », mais aussi plus « réaliste »³¹¹ qu'auparavant, « pour autant toutefois que le pouvoir adjudicateur dispose des compétences lui permettant d'analyser les informations fournies »³¹²,

³⁰⁶ Dir. 2014/23/UE, art. 38 §1 ; Dir. 2014/24, art. 58 §1.

³⁰⁷ Dir. 2014/23/UE, art. 38.

³⁰⁸ Dir. 2014/24/UE, art. 58.

³⁰⁹ B. Neveu et B. Polderman, « Directive concession : quelles incidences sur l'examen des candidatures ? », *op. cit.*, p. 49.

³¹⁰ Dir. 2014/24/UE, art. 58 §3.

³¹¹ A. Alexksandrowicz, « L'analyse des capacités des candidats : quelles nouveautés ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, p. 27.

³¹² E. Lanzarone et H. Braunstein, « Présentation des candidature et sélection des candidats : vers une simplification et un renforcement des règles », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, p. 23

ce qui suppose des moyens humains et financiers conséquents dont ne disposent évidemment pas tous les acheteurs publics.

Au-delà de ces points de rencontre entre les régimes de sélection des candidats prévus par les *directives de 2014*, les garanties procédurales pour les opérateurs économiques apparaissent nettement supérieures en matière de marché public. D'abord et à la différence de la *directive 2014/23*, la *directive 2014/24* liste les modes de preuve pouvant être mobilisés par les opérateurs économiques s'agissant des interdictions de soumissionner et du respect des critères de sélection, ainsi que leurs modalités de transmission³¹³. Force est ainsi de constater que « *si du côté du droit des concessions la tendance s'inscrit dans un renforcement des garanties procédurales au profit des candidats, on est encore loin du dispositif propre à la passation des marchés publics* »³¹⁴. Les obligations de publicité sont également allégées en matière de concession. En effet, si l'avis de marché doit contenir une « *liste et brève description des critères de sélection et des critères concernant la situation personnelle des opérateurs économiques qui pourraient entraîner leur exclusion ; niveau(x) minimal(-aux) de normes éventuellement requis ; indiquer les informations requises (déclarations sur l'honneur, documents)* »³¹⁵, l'avis de concession peut se borner à énumérer « *une liste et une brève description des critères de sélection s'il y a lieu ; niveau(x) minimal(aux) de capacités éventuellement exigé(s) ; indiquer les informations requises (déclarations sur l'honneur, documents)* [nous soulignons] »³¹⁶.

Le constat d'un net rapprochement entre les marchés publics et les concessions doit être nuancé par l'étude des règles européennes qui encadrent l'attribution de chacun de ces contrats.

§III. La convergence des règles en matière d'attribution

Les *directives 2014/24* et *2014/23* convergent puisque la première adoucit le régime d'attribution des marchés publics (A.), tandis que la seconde resserre le cadre, sans cependant renier toute leur spécificité aux concessions (B.).

³¹³ Dir. 2014/24/UE, art. 60, qui renvoie à l'annexe XII.

³¹⁴ C. Coupé, « Sélection des candidatures et des offres dans le cadre des marchés publics et concessions : points communs et différences », *op. cit.*, p. 16.

³¹⁵ Dir. 2014/24/UE, annexe V.

³¹⁶ *Idem.*

A. Le régime assoupli de l'attribution des marchés publics

La *directive 2014/24* procède à un certain allègement du régime d'attribution des marchés publics qui s'inscrit dans une tendance plus générale à la promotion d'objectifs stratégiques tels que le développement durable ou l'innovation.

En premier lieu, le texte substitue au critère du prix – auparavant prépondérant³¹⁷ –, une « approche plus globale *qui ne se réfère plus seulement à la valeur monétaire liée à l'acquisition du service, des travaux ou des fournitures, mais à toutes les charges évaluables qui les accompagnent* [nous soulignons] »³¹⁸. Aux termes de l'article 67, en effet, le marché public doit être attribué à l'« offre économiquement la plus avantageuse », laquelle est déterminée sur la base soit d'un critère unique qui peut être celui du prix ou celui du « *coût de cycle de vie* », soit de critères multiples. Cette notion, qui n'est pas reprise dans la *directive Concessions*, constitue un évident facteur d'assouplissement du régime d'attribution des marchés publics destiné à promouvoir les objectifs stratégiques. Dans le prolongement de cette idée, la *directive 2014/24* adoucit nettement l'exigence d'un lien entre les critères d'attribution et l'objet du marché. En effet, tandis que la *directive 2004/18* insistait sur l'importance de ce lien³¹⁹, sa successeuse pose, avec davantage de souplesse, une présomption. Aux termes de l'article 67 sont ainsi présumés être liés à l'objet du contrat les critères d'attribution qui se « *rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans: a) le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services; ou b) un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel* [nous soulignons] »³²⁰. La *directive 2014/24* conserve, en outre, une certaine flexibilité en ce qui concerne la pondération des critères, sans cependant aller jusqu'à imposer une simple obligation de hiérarchisation comme c'est le cas en matière de concessions. En effet, si l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de publier la « *pondération relative qu'il attribue à chacun des critères* » demeure le principe, la *directive Marchés* précise néanmoins que « *lorsque la*

³¹⁷ En vertu de l'article 53 de la *directive 2004/18*, les marchés publics pouvaient être attribués sur la base du prix le plus bas ou de l'offre économiquement la plus avantageuse.

³¹⁸ G. Cantillon, « Marchés publics et développement durable », *JCI Environnement et développement durable*, fasc. 2340, mise à jour du 22/02/2022, §148.

³¹⁹ L'article 53 proposait, parmi les critères acceptables, « *la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution* » (Dir. 2004/18, art. 53 §1 a).

³²⁰ Dir. 2014/24/UE, art. 67 §3.

pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur indique les critères par ordre décroissant d'importance »³²¹. De même que ce texte n'impose pas la publication de la méthode de notation³²². Pour que cette latitude accordée aux acheteurs ne confine à l'arbitraire, la *directive 2014/24* prévoit plusieurs garde-fous au premier rang desquels la publication des critères d'attribution, aussi bien dans l'avis de marché que dans l'avis d'attribution³²³, ainsi que l'injonction faite aux pouvoirs adjudicateurs d'offrir des « *précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaire* »³²⁴.

En second lieu, la *directive de 2014* étend le champ des variantes. Auparavant limitées aux cas dans lesquels le marché était attribué à l'offre la plus avantageuse, les variantes peuvent désormais être autorisées ou exigées³²⁵ par l'acheteur dans n'importe quelle hypothèse. En dehors de cet élément de simplification, le régime européen des variantes n'apparaît pas particulièrement sécurisant pour les praticiens. Cette insécurité, couplée aux « *contraintes liées à l'utilisation des variantes et au risque de litige qu'elles peuvent induire* », fait des variantes un véritable « *sujet de crispation* » pour les acheteurs et les opérateurs économiques³²⁶. L'on peut, à cet égard, souligner que si la *directive 2014/24* dispose que les variantes doivent répondre aux « *exigences minimales* » définies par l'acheteur, « *la teneur précise dudit socle n'est définie par aucune norme contraignante et son expression semble donc pouvoir demeurer relativement sommaire* »³²⁷. En outre, la directive ne permet pas de trancher le point de savoir si les variantes se limitent ou non à des aspects techniques. En disposant, enfin, que les pouvoirs adjudicateurs doivent s'assurer que « *les critères d'attribution retenus puissent être appliqués tant aux variantes qui respectent ces exigences minimales qu'aux offres conformes qui ne sont pas des variantes* »³²⁸, la directive complexifie l'analyse des offres. Elle incite ainsi l'acheteur à un classement unique des offres de bases et des variantes, qui peut complexifier « *substantiellement* » l'exercice « *lorsque les propositions à comparer diffèrent sur de nombreux points techniques* »³²⁹.

Tandis que la *directive 2014/24* opère un certain relâchement du régime d'attribution des marchés publics, la *directive 2014/23*, au contraire, resserre ce cadre.

³²¹ Dir. 2014/24/UE, art. 67 §3 al. 5.

³²² CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279.

³²³ Dir. 2014/24/UE, annexe V et art. 67 §5.

³²⁴ *Ibid.*, art. 67 §4.

³²⁵ *Ibid.*, art. 45.

³²⁶ T. Vaseux, « Utiliser les variantes dans les marchés publics », *CMP* août-septembre 2020, étude 8.

³²⁷ J.-Ph Harriague, « Libre variations autour de la notion de variante », *CMP* mai 2022, étude 5.

³²⁸ Dir. 2014/24/UE, art. 45 §2.

³²⁹ J.-Ph Harriague, « Libre variations autour de la notion de variante », *op. cit.*

B. Le cadre resserré de l'attribution des concessions

À rebours de la tendance à l'assouplissement observée pour les marchés publics, la *directive 2014/23* tend à objectiver l'attribution des concessions qui s'opère dorénavant sur la base l'analyse de chacun des critères affichés, et non plus « *après négociation, au regard d'une appréciation globale des critères* »³³⁰.

Pour ce faire, elle dispose d'abord que la concession est attribuée, sur la base de critères d'attribution « *liés à l'objet de la concession* », à l'offre qui présente « *un avantage économique global pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice* »³³¹. Si la formulation est plus imprécise que celle employée dans la *directive Marchés*, elle s'en rapproche pour mieux objectiver le processus d'attribution des concessions. Ensuite, et sans aller jusqu'à imposer aux autorités concédantes une pondération des critères et sous-critères d'attribution, la *directive Concessions* prévoit que ces dernières sont tenues d'établir « *une liste des critères par ordre décroissant d'importance* »³³². Cette obligation de hiérarchisation, certes « *plus souple* »³³³ qu'en matière de marchés publics, se présente comme une « *nouvelle limite à l'attribution intuitu personae des concessions* »³³⁴, cependant qu'on peine à comprendre comment elle peut être mise en œuvre, faute de pondération. Cette limite est d'autant plus importante que l'ordre des critères ne peut plus être modifié, sauf dans l'hypothèse où le « *pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice reçoit une offre proposant une solution innovante présentant des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, qui n'aurait pas pu être prévue malgré la diligence du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice* » et sous réserve que cette modification n'entraîne pas de discrimination³³⁵.

Enfin, la *directive 2014/23* pose une obligation de publicité des critères³³⁶ qui témoigne là encore de la volonté de réduire le caractère discrétionnaire qui gouvernait auparavant l'attribution des concessions. En revanche, ni la hiérarchisation des critères³³⁷ ni la méthode de

³³⁰ CE, 23 déc. 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827.

³³¹ Dir. 2014/23/UE, art. 41 §1.

³³² Dir. 2014/23/UE, art. 41 §3.

³³³ C. Coupé, « Sélection des candidatures et des offres dans le cadre des marchés publics et concessions : points communs et différences », *op. cit.*, p. 19.

³³⁴ S. Dyens, « Les critères d'attribution des concessions : un véritable bouleversement ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, p. 57.

³³⁵ Dir. 2014/23/UE, art. 41 §3 al. 2.

³³⁶ *Ibid.*, annexe V.

³³⁷ Pour une étude détaillée : S. Serpentier-Linarès, « Présentation des obligations de publicité contenues dans la directive concession », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 141, p. 45.

notation ne font l'objet d'une obligation de publication³³⁸. Il convient également de relever que les « *modalités de publicité multiples* »³³⁹ confèrent une certaine souplesse aux autorités concédantes qui peuvent publier ces informations dans « *l'avis de concession ou tout autre document de la concession* »³⁴⁰. Enfin, cette information doit aussi être réalisée après l'attribution du contrat de concession, puisque l'avis d'attribution doit rappeler les « *critères visés à l'article 41 qui ont été utilisés pour l'attribution de la ou des concessions* »³⁴¹.

³³⁸ CE, 20 juin 2018, *Communauté d'agglomération Riviera française*, n° 410730.

³³⁹ S. Dyens, « Les critères d'attribution des concessions : un véritable bouleversement ? », *op. cit.*, p. 58.

³⁴⁰ Dir. 2014/23/UE, annexe V.

³⁴¹ *Ibid.*, art. 32, annexe VII.

AXE 3 : LES OBJECTIFS HORIZONTAUX

Les objectifs désormais associés au droit européen de la commande publique, qualifiés d'objectifs horizontaux ou stratégiques, sont multiples et génèrent en conséquence de nombreux questionnements relatifs notamment à leur articulation avec la concurrence. Il en est ainsi des aspects sociaux du développement durable (**thématique n° 6**), de l'accès des PME à la commande publique (**thématique n° 7**), et de l'innovation (**thématique n° 8**).

THEMATIQUE N° 6 : LES CONSIDERATIONS SOCIALES

La réforme des *directives de 2014* entérine la conversion du droit européen de la commande publique au « *paradigme de la durabilité* »³⁴², au prix cependant de certaines hésitations et ambiguïtés.

Il faut dire que, sans être associée à celle de commande publique, la notion de développement durable n'est pas évidente à appréhender juridiquement, compte tenu de son caractère symbolique. Il est communément admis que le développement durable repose sur trois piliers : économique, social et environnemental. Cette dernière dimension, déjà traitée par la Chaire de droit des contrats publics dans son quatrième rapport sur *l'environnementalisation des marchés publics*, est volontairement exclue du champ de cette étude qui entend se focaliser sur les préoccupations sociales, dont le périmètre particulièrement vaste présente un indéniable intérêt. Les aspects sociaux visent, en effet, des objets très variés : l'insertion des personnes éloignées de l'emploi³⁴³ ; la lutte contre les discriminations ; l'accessibilité des biens et des

³⁴² D. C. Dragos et B. Neamtu, « Sustainable public procurement in the EU : experiences and prospects », in Y. Marique et K. Wauters (Dir.), *EU Directive 2014/24 on Public Procurement : A New Turn for Competition in Public Markets ?*, Ed. Larcier, 2016, p. 302.

³⁴³ Dir. 2014/24/UE, cons. 99.

services³⁴⁴ ; le respect des droits de l'Homme dans la chaîne d'approvisionnement ; les exigences du commerce équitable ou encore la formation et la protection des salariés... Ce choix est d'autant plus justifié qu'il s'inscrit à rebours de la tendance manifeste à une « *perte de vitesse* » des considérations sociales, progressivement « *éclipsées* »³⁴⁵ par les aspects environnementaux et ce, en dépit de leur « *permanence* »³⁴⁶ dans le droit de la commande publique³⁴⁷. Cependant, l'instrumentalisation des contrats de la commande publique au service du progrès social a longtemps paru contredire la neutralité traditionnelle du droit des contrats publics³⁴⁸. C'est au droit européen que l'on doit l'inflexion du droit de la commande publique vers une « *nouvelle neutralité* »³⁴⁹, une « *neutralité bienveillante* », voire « *encourageante* »³⁵⁰. La prise en compte des considérations sociales dans les contrats de la commande publique fut, en effet, admise par la Cour de justice en 1988³⁵¹. Les aspects sociaux dans la commande publique ont ensuite fait l'objet d'une promotion par la Commission européenne³⁵², avant d'être brièvement évoqués par la *directive 2004/18*³⁵³, puis formellement consacrés par les *directives de 2014*.

Dans cette perspective, les *directives Marchés et Concessions* incitent les États membres à adopter une « *approche globale des préoccupations sociales* »³⁵⁴, sans cependant rompre avec

³⁴⁴ *Ibid.*, cons. 3, 99 et 101.

³⁴⁵ M. Amilhat, « La commande publique, support d'une éthique en construction ? », *Droit et ville* 2023, n° 2, p. 96.

³⁴⁶ Ph. Cossalter, « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *CMP* juin 2014, dossier 10.

³⁴⁷ En France, en effet, l'instrumentalisation du droit des marchés publics au service de préoccupations sociales trouve son origine dans les *décrets Millerand* du 10 août 1899 qui disposaient que les cahiers des charges devaient imposer, entre autres, un jour de repos, le paiement aux ouvriers d'un salaire normal pour la profession et la catégorie ainsi que limiter la durée du travail.

³⁴⁸ En ce sens : CE, 25 janv. 1895, *Ville de Paris*, S. 1896, III, p. 146, note Hauriou : sont déclarées illégales les clauses de salaire minimum imposées aux adjudicataires ; CE, 25 juill. 2001, *Cne de Gravelines*, n° 229666, *Lebon* : cette décision exigeait un lien entre le critère de sélection et le besoin à satisfaire ce qui revenait à « *neutraliser toute potentialité au critère social, puisqu'il est bien évident qu'un besoin en travaux, fournitures ou services n'est pas en lien avec un critère social comme par exemple la réinsertion* » (M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, 2^e éd., Lexisnexus, 2017, n° 508). *Ab jur.* CE, 25 mars 2013, *Dpt de l'Isère*, n° 364950, *Lebon* : « *le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres* » dans le cadre de l'attribution du marché. Il admet donc l'introduction d'un critère social si tant est qu'il se rapporte à l'exécution du marché.

³⁴⁹ H. Hoepffner, « La nouvelle neutralité de la commande publique », *CMP* juill. 2023, repère 7.

³⁵⁰ B. Delaunay, « Le développement durable, avenir de la commande publique ? », *Le Moniteur – Contrats publics* 2010, n° 96, p. 3.

³⁵¹ CJCE, 20 sept. 1988, *Gebroeders Beentjes BV c/ Pays-Bas*, aff. C-31/87.

³⁵² Commission européenne, *Communication interprétative sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés*, COM/2001/0566 final.

³⁵³ « *La présente directive est fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social [...]* » (Dir. 2004/18/CE, cons. 2).

³⁵⁴ M. Heintz, « Le développement durable dans la directive 2014/24/UE », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, p. 52.

l'insécurité juridique inhérente au traitement des enjeux sociaux dans le cadre de la commande publique³⁵⁵. Et pour cause, la réglementation européenne pose un cadre très « *permissif* »³⁵⁶ qui contraste avec les exigences adoptées en matière environnementale³⁵⁷, lors même que les aspects sociaux présentent un risque identique de « *surenchère* » et d'instrumentalisation au service du localisme³⁵⁸. Hormis le « *devoir de vigilance* »³⁵⁹ qu'elle impose aux autorités contractantes s'agissant du respect de leurs obligations sociales par les opérateurs économiques, la réforme semble donc pécher par son manque d'ambition. En effet, « *évolution sans révolution* »³⁶⁰, elle se borne bien souvent à confirmer des tendances déjà esquissées par les directives antérieures et la jurisprudence de la Cour de justice, qu'il s'agisse de la validité juridique des clauses sociales d'exécution³⁶¹ ou des critères sociaux d'attribution³⁶². Les directives 2014/24 et 2014/23 codifient également l'exigence jurisprudentielle d'un lien entre ces préoccupations sociales et l'objet du contrat³⁶³, tout en procédant à sa « *libéralisation* »³⁶⁴, sa « *dilatation* »³⁶⁵ ou son « *élargissement* »³⁶⁶ à travers la notion de « *cycle de vie* ». « *Nouveau Graal* »³⁶⁷ des acheteurs publics et véritable innovation des *directives de 2014*, cette notion ne paraît pas englober avec certitude les aspects sociaux. En effet, si la *directive Concessions* l'envisage comme un levier d'intégration des considérations sociales dans les contrats de la commande publique³⁶⁸, l'article 68 de la *directive Marchés*, lui, ne se réfère qu'aux coûts environnementaux, au risque d'en affaiblir le « *plein potentiel* »³⁶⁹. À supposer que les coûts

³⁵⁵ P. Idoux, « Les considérations environnementales et sociales », *RFDA* 2014, p. 260 ; v. égal : F. Dieu, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *BJCP* 2014, n° 96, p. 326 ; F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *Énergie - Environnement - Infrastructures* 2018, dossier 36.

³⁵⁶ C. Cravero, « Principe de la responsabilité sociétale des entreprises et achat public durable en Europe : limites et ouvertures potentielles » in S. de la Rosa et P. Valcarcel-Fernandèz (Dir.), *Les principes des contrats publics en Europe*, Bruylant, 2022, p. 640.

³⁵⁷ D. C. Dragos et B. Neamtu, « Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects », *op. cit.*, p. 331.

³⁵⁸ F. Linditch, « Au secours, le critère social revient ! », *JCP Adm.* 2005, 1085.

³⁵⁹ Certains auteurs critiquent le caractère disproportionné des missions de surveillance et de « *monitoring* » qui sont ainsi imposées aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices (A. Sanchez-Graells, « Regulatory substitution between labour and public procurement law : the EU's shifting approach to enforcing labour standards in public contracts », *European Public Law*, 2018, p. 391).

³⁶⁰ Ph. Cossalter, « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *op. cit.*

³⁶¹ CJCE, 20 sept. 1988, *Gebroeders Beentjes BV c/ Pays-Bas*, *préc.*

³⁶² CJCE, 26 sept. 2000, *Commission c/ France*, aff. C-225/98.

³⁶³ CJCE, 17 sept. 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99.

³⁶⁴ J. Lebiéd, « Le marché public sous couvert d'éthique : le mirage des clauses sociales », in V. Coq (dir.), *L'éthique en droit des marchés publics*, Lexisnexis, 2020, p. 47.

³⁶⁵ F. Allaire, « L'avènement de la commande publique responsable. Libres propos », *JCP Adm.* 2021, act. 501.

³⁶⁶ O. Laffitte, « Définition des besoins et achat public responsable », *Le Moniteur – Contrats publics* 2016, n° 170, p. 41.

³⁶⁷ Ph. Cossalter, « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *op. cit.*

³⁶⁸ Dir. 2014/23/UE, cons. 64.

³⁶⁹ D. C. Dragos et B. Neamtu, « Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects », *op. cit.*, p. 327.

sociaux soient bien compris dans le cycle de vie d'un produit, le problème pour les autorités contractantes se déplace sur le terrain de leur évaluation³⁷⁰. Enfin, si elle étend le périmètre du contrat, l'approche fondée sur le cycle de vie ne permet pas pour autant aux entités et pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte, de manière générale, la politique sociale des entreprises soumissionnaires, limite susceptible de produire des « *résultats contre-productifs* »³⁷¹.

Sous cette réserve d'un lien, même assoupli, avec l'objet du contrat³⁷², les *directives de 2014* autorisent l'expression des aspects sociaux à toutes les étapes de la vie des contrats de la commande publique – de la définition des prestations (§I.), en passant par la sélection des candidats (§II.), jusqu'à l'attribution du contrat (§III.) –, sans cependant tracer une frontière nette entre ce qui est interdit et « *la valorisation du mieux-disant social [...] qui n'a jamais semblé aussi explicitement encouragée* »³⁷³.

§I. Les considérations sociales lors de la définition des prestations

L'ambition sociale d'un contrat de la commande publique peut transparaître au stade de la définition des prestations. En effet, si les directives ne tranchent pas explicitement la question de la validité juridique des spécifications techniques à destination sociale (A.), elles encouragent expressément le recours à des clauses sociales (B.).

A. Les spécifications techniques et les labels sociaux

Les spécifications techniques constituent le terrain d'expression privilégié des préoccupations environnementales. En revanche, la question de savoir dans quelle mesure les aspects sociaux peuvent faire l'objet de spécifications techniques s'est posée avec acuité dans l'affaire *Max Havelaar*³⁷⁴. Dans cette décision, la Cour de justice avait estimé que l'exigence selon laquelle les produits à fournir devaient être munis d'un label attestant qu'ils sont issus du commerce équitable ne correspondait pas à la définition des spécifications techniques de la *directive 2004/18*, sans exclure absolument l'insertion de considérations sociales à ce stade. La réforme de 2014 a permis au législateur européen d'apporter d'utiles précisions sur ce point.

³⁷⁰ Ph. Cossalter, « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *op. cit.*

³⁷¹ F. G. Trébulle, « Marchés publics et responsabilité sociale des entreprises... il reste du chemin à faire », *Énergie – Env. – Infrastr.* 2018, repère 7.

³⁷² Le juge européen paraît cependant de la vider de sa substance, ainsi qu'en témoigne un arrêt du Tribunal de l'Union européenne admettant qu'un critère fondé sur le bien-être des salariés n'est pas sans lien avec l'objet du marché : Trib. UE, 10 févr. 2021, *Sophia Group*, aff. n° T-578/19.

³⁷³ P. Idoux, « Les considérations environnementales et sociales », *RFDA* 2016, p. 269.

³⁷⁴ CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Pays Bas*, aff. C-368/10.

En premier lieu, les *directives Marchés et Concessions* élargissent le « rôle potentiel »³⁷⁵ des spécifications techniques en autorisant les autorités contractantes à se référer « *au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel* »³⁷⁶. En dépit d'une formulation quelque peu ambiguë³⁷⁷, impropre à lever toutes les incertitudes sur ce sujet³⁷⁸, cette disposition paraît bien autoriser les autorités contractantes à incorporer des exigences sociales dans les spécifications techniques, si tant est qu'elles soient non discriminatoires et en lien avec l'objet du contrat. Plusieurs instruments de droit souple vont dans le même sens, au premier rang desquels le *vade-mecum* de l'achat social publié par la Commission européenne. Ce document souligne explicitement que les spécifications techniques « *peuvent inclure des aspects sociaux* », en exigeant, par exemple, l'utilisation de colorants non toxiques pour la fabrication des produits achetés dans le cadre d'un marché de fournitures ou des résultats concernant l'indépendance et le bien-être des bénéficiaires dans le cadre d'un marché de services de soin à domicile pour des personnes âgées³⁷⁹. Le *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique* publié en France offre d'autres illustrations comme l'utilisation de coton issu du commerce équitable pour la fourniture de vêtements professionnels ou du linge et des accessoires en tissu³⁸⁰. La prise en compte, au stade des spécifications techniques, des exigences liées à l'accessibilité des personnes en situation de handicap et de la fonctionnalité pour les utilisateurs est même rendue obligatoire pour les marchés publics³⁸¹, tandis qu'elle est « *fortement recommandée* » pour les concessions³⁸².

³⁷⁵ P. Idoux, « Les considérations environnementales et sociales », *op. cit.*, p. 263.

³⁷⁶ Dir. 2014/24/UE, art. 42 ; Dir. 2014/23/UE, art. 36.

³⁷⁷ La disposition est d'autant moins claire qu'elle ajoute : « *à moins qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché, les spécifications techniques ne font pas référence à une fabrication ou une provenance déterminée ou à un procédé particulier, qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni à une marque, à un brevet, à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits. Cette référence est autorisée, à titre exceptionnel, dans le cas où il n'est pas possible de fournir une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché en application du paragraphe 3. Une telle référence est accompagnée des termes ou équivalent* ».

³⁷⁸ En ce s. F. Dieu, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *op. cit.*, p. 327 ; P. Idoux, « Les considérations environnementales et sociales », *op. cit.*, p. 262.

³⁷⁹ Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, 2e éd., 2021, 2021/C 237/01, p. 44.

³⁸⁰ Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des Affaires juridiques, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, mise à jour en 2023, p. 154.

³⁸¹ Dir. 2014/24/UE, art. 42 § 1 al. 4.

³⁸² Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des Affaires juridiques, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, *op. cit.*, p. 14.

En second lieu, la *directive Marchés* autorise les pouvoirs adjudicateurs à formuler les spécifications techniques – ainsi que les critères d’attribution et les conditions d’exécution – par référence à des labels sociaux³⁸³. Ces labels peuvent, par exemple, l’engagement des soumissionnaires dans la lutte contre le travail des enfants (par exemple le label « SA 8000 ») ou pour l’égalité des chances (par exemple les labels « Égalité » et « Diversité »), mais encore viser à promouvoir des produits issus du commerce équitable (par exemple la certification « Fairtrade International »)³⁸⁴. Si cette promotion des labels s’inscrit dans le cadre d’une « *interprétation plus souple du lien à l’objet du marché* »³⁸⁵, elle n’en est pas moins drastiquement encadrée par la *directive Marchés*. Sur la forme, le respect des principes de liberté et d’égalité d’accès à la commande publique suppose que les entités et pouvoirs adjudicateurs s’ouvrent à la présentation de labels équivalents ou à tout autre moyen de preuve approprié. Sur le fond, le label doit, à l’instar de l’ensemble des spécifications techniques, être en lien avec l’objet du marché³⁸⁶. Le label, doit, en outre, être fondé sur des « *critères vérifiables de façon objective et non discriminatoire* », établi « *par une procédure ouverte et transparente* », « *accessible à toutes les parties intéressées* ». Le texte précise enfin que les exigences en matière de label doivent être fixées par un tiers sur lequel l’opérateur économique qui en demande « *ne peut exercer d’influence décisive* »³⁸⁷. Par leur nombre, ces exigences pourraient décourager les entités et pouvoirs adjudicateurs à se référer à des labels sociaux, d’autant plus facilement qu’en pratique, leur usage suppose des « *compétences techniques solides* »³⁸⁸ permettant d’apprécier les offres sous l’angle des normes techniques qui en sont issues.

À l’inverse des considérations environnementales, majoritairement envisagées dans les spécifications techniques, les considérations sociales sont plus généralement l’objet de clauses insérées dans les conditions d’exécution du contrat, même s’il faut bien convenir que la distinction entre ces différentes techniques contractuelles n’est pas toujours évidente.

³⁸³ Dir. 2014/24/UE, art. 43.

³⁸⁴ Sur ce point, v. Commission européenne, *Acheter social*, *op. cit.*, p. 55.

³⁸⁵ G. Cantillon, « Labels écologiques et sociaux : vers une utilisation facilitée par une extension du lien à l’objet du marché », *Le Moniteur – Contrats publics* 2014, n° 144, p. 28.

³⁸⁶ Dir. 2014/24/UE, cons. 98.

³⁸⁷ *Ibid.*, art. 43.

³⁸⁸ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d’exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

B. Les clauses sociales

Aux termes de l'article 70 de la *directive 2014/24*, « *les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché [qui] peuvent prendre en compte des considérations relatives [...] au domaine social et à l'emploi [nous soulignons]* ». La validité juridique de cette technique contractuelle ne date pas de 2014 : elle est acquise depuis l'arrêt *Beentjes* rendu en 1988 à propos d'une clause d'insertion sociale en faveur de chômeurs longue durée³⁸⁹.

De toute évidence, les conditions d'exécution constituent un vecteur « *privilegié pour encourager la poursuite d'objectifs sociaux* »³⁹⁰, « *la voie la plus sûre* »³⁹¹ sinon le « *seul moyen d'obtenir la prise en compte par les candidats des principes de juste rémunération et de respect des droits fondamentaux des producteurs* »³⁹². En ce sens, une récente étude consacrée à l'impact des politiques d'achat public responsable sur l'accès des PME met en évidence une préférence des autorités contractantes pour les clauses sociales, lesquelles ont « *pris le dessus sur les critères de sélection* » depuis 2017³⁹³. La Commission européenne insiste également sur l'importance de cette étape procédurale dans la mesure où « *c'est au cours de l'exécution d'un marché que les engagements pris dans le cadre d'un MPSR [marché public socialement responsable] sont réellement mis à l'épreuve* », avant d'avertir que « *l'absence de conditions contractuelles appropriées et de moyens permettant de les contrôler et de les faire appliquer* » peut compromettre la valeur sociale du marché³⁹⁴. Force est, en effet, de reconnaître que la clause sociale constitue un outil résolument efficace qui permet d'écarter les offres ne satisfaisant pas aux conditions sociales inscrites dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. La clause sociale est, en outre, destinée à devenir une « *stipulation contractuelle comme une autre* »³⁹⁵ dont la méconnaissance par le cocontractant est susceptible de donner lieu à une sanction financière.

³⁸⁹ CJUE, 20 sept. 1988, *Gebroeders Beentjes BV c/ Pays-Bas*, aff. C-31/87.

³⁹⁰ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

³⁹¹ « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *op. cit.*, p. 333.

³⁹² *Ibid.*, p. 329.

³⁹³ A. Deschamps, *Développement durable et accès des PME aux marchés publics*, Rapport à la DAE, 2024, p. 25.

³⁹⁴ Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, 2e éd., n° 2021/C 237/01, mise à jour du 26/05/2021, p. 58.

³⁹⁵ J. Lebled, « Le marché public sous couvert d'éthique : le mirage des clauses sociales », *op. cit.*, p. 49.

En dépit des nombreux avantages qu'elle présente, la clause sociale ne constitue pas, pour autant, la « *panacée* »³⁹⁶. En effet, les clauses sociales comportent un risque d'atteinte aux principes de liberté et d'égalité d'accès à la commande publique³⁹⁷, plus ou moins élevé selon leur objet. Il en va particulièrement ainsi des clauses imposant aux soumissionnaires, voire aux sous-traitants, des rémunérations minimales. La Cour de justice ne manque pas de mettre en garde les autorités contractantes sur ce sujet politique particulièrement délicat. L'interprétation fournie dans les arrêts *Rüffert*³⁹⁸ et *RegioPost*³⁹⁹ à ce sujet a d'ailleurs été « *consolidé[e] et codifié[e]* »⁴⁰⁰ par la *directive Marchés* dans son considérant n° 98⁴⁰¹. Ainsi, lorsqu'elles souhaitent insérer une clause sociale quelle qu'elle soit, les autorités contractantes doivent se montrer attentives à plusieurs points. D'abord, l'objectif posé par la clause sociale doit en principe être quantifié – pour être contrôlé –, ce qui n'est pas toujours possible, par exemple en matière d'égalité femmes-hommes. C'est pourquoi la clause d'insertion sociale, plus facile à traduire contractuellement et à exécuter, « *reste très majoritairement mobilisée au titre de condition d'exécution du marché puisque cette dernière, seule ou accompagnée d'un critère d'attribution, concerne près de 77 % des marchés* »⁴⁰². Pour être valable, cette clause doit préciser la part de prestation devant être assurée par des personnes en situation d'insertion en nombre d'heures et / ou pourcentage⁴⁰³. Un autre point de vigilance doit retenir l'attention des entités et pouvoirs adjudicateurs, à savoir celui du caractère non discriminatoire des clauses sociales qui ne peuvent pas se référer, sauf exception, à une zone résidentielle précise. Il convient cependant de souligner, avec Isabelle Hasquenoph, que certaines clauses sociales vont avoir automatiquement pour effet de développer l'emploi local. Il en va ainsi des clauses d'insertion sociale dès lors que les heures d'insertion sont généralement attribuées à des

³⁹⁶ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

³⁹⁷ N. Boulouis, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *RFDA* 2014, p. 617.

³⁹⁸ CJCE, 3 avr. 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06, pts 38 et 40.

³⁹⁹ CJUE, 17 nov. 2015, *RegioPost GmbH & Co. KG c/ Stadt Landau in der Pfalz*, aff. C-115/14.

⁴⁰⁰ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁴⁰¹ Aux termes de ce considérant : « *les conditions d'exécution du marché concernant les aspects sociaux du processus de production des travaux, produits ou services à fournir en vertu du marché devraient être appliquées conformément à la directive 96/71/CE, selon l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne, et ne devraient pas être retenues ou appliquées de telle façon qu'ils créent une discrimination directe ou indirecte à l'encontre d'opérateurs économiques d'autres États membres* ».

⁴⁰² Direction des achats de l'État, *Réussir son achat responsable*, Guide thématique n° 2, mise à jour du 01/03/2023, p. 9.

⁴⁰³ G. Cantillon, « Marchés publics et développement durable », *op. cit.*, §96.

entreprises ou structures locales⁴⁰⁴. En France, le « *potentiel discriminatoire* »⁴⁰⁵ des clauses sociales d'exécution a également été mis en lumière par la polémique⁴⁰⁶ autour de la désormais célèbre « *clause Molière* » qui tend à imposer l'usage de la langue française dans les conditions d'exécution des marchés publics de travaux. Le Gouvernement français a considéré que ces clauses, adoptées par plusieurs collectivités territoriales dans le but de lutter contre le *dumping social*, étaient illégales⁴⁰⁷. Le débat autour de leur validité juridique n'est pas définitivement clos. À plusieurs reprises, le Conseil d'État a validé des versions allégées à l'image de la « *clause d'interprétariat* »⁴⁰⁸ ou de la clause imposant l'usage du français dans les relations entre les parties au contrat⁴⁰⁹. Ces deux solutions peuvent faire l'objet d'interrogations au regard de leur conformité « *douteuse* » au droit de l'Union⁴¹⁰.

Dans son entreprise de promotion des aspects sociaux, le législateur européen ne s'est pas systématiquement contenté de codifier la jurisprudence, il a également innové comme en matière de sélection des candidats.

§II. Les aspects sociaux lors de la sélection des candidats

Lors de la sélection des candidats, la prise en compte des considérations sociales présente un risque d'atteinte à la concurrence tel que c'est le « *règne du tout ou rien* »⁴¹¹. En dehors des dispositifs prévus par les *directives de 2014* que sont la réservation des contrats (**A.**) et les critères sociaux d'exclusion et de sélection (**B.**), le principe de neutralité fait toujours obstacle à la prise en compte de la politique de développement durable d'un candidat⁴¹².

⁴⁰⁴ I. Hasquenoph, « Sustainable public procurement and geography », *PPLR* 2021, 2, p. 76.

⁴⁰⁵ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁴⁰⁶ P. Lignières, « "Clause Molière" : le juriste peut-il se contenter d'être un censeur ? », *Dr. Adm.* 2017, repère 4.

⁴⁰⁷ *Instr. min. n° ARCB1710251J*, 27 avr. 2017, relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés.

⁴⁰⁸ CE, 4 déc. 2017, *Préfet de la Région des Pays de la Loire*, n° 413366.

⁴⁰⁹ CE, 8 févr. 2019, *Sté Véolia eau – Cie générale des eaux*, n° 420296.

⁴¹⁰ M. Ubaud-Bergeron, « Retour de la clause Molière devant le Conseil d'État », *CMP* avr. 2019, comm. 110 ; v. égal. F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁴¹¹ N. Boulouis, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *RFDA* 2014, p. 619.

⁴¹² CJUE, 10 mai 2012, *Commission européenne c/ Pays-Bas*, aff. C-368/10 ; v. égal. CE, 15 févr. 2013, *Sté Derichebourg Polyurbaine*, n° 363921, *Inédit*.

A. Les contrats réservés aux opérateurs intervenant dans le domaine social

L'assouplissement des dispositifs de réservation des contrats de la commande publique constitue une « *évolution sensible* »⁴¹³ des *directives de 2014*, majoritairement saluée par la doctrine. Les nouvelles directives prévoient, plus précisément, deux procédures dérogatoires au principe de liberté d'accès à la commande publique, qui permettent de réserver l'attribution de contrats aux opérateurs intervenant dans le secteur social.

La procédure dite des marchés réservés, limitée aux « opérateurs économiques employant une majorité de personnes handicapées » par la *directive 2004/18*⁴¹⁴ a fait l'objet d'une double ouverture en 2014⁴¹⁵. D'une part, elle bénéficie désormais à d'autres structures que celles employant des personnes handicapées – en l'occurrence les établissements et services d'aide par le travail (ESAT) –, à savoir les opérateurs économiques ayant le statut d'entreprise adaptée (EA) et les structures d'insertion par l'activité économique (SIAE) accompagnant les personnes défavorisées. D'autre part, la proportion exigée de travailleurs handicapés ou défavorisés devant être employés par les entreprises pour les rendre éligibles au mécanisme est abaissée de 50 à 30%. Par cet assouplissement, le législateur européen reconnaît explicitement le « *rôle considérable* » joué par ces organismes pour « *garantir l'égalité des chances d'accéder au travail et à l'emploi* », sans occulter le risque qu'ils ne soient pas en mesure de remporter des contrats dans des « *conditions de concurrence normale* »⁴¹⁶. En effet, le dispositif de réservation permet, comme auparavant, d'instaurer une mise en concurrence en « *circuit fermé* » entre les organismes du secteur social *lato sensu*.⁴¹⁷ La difficulté pourrait cependant résider dans la diversité des modes de financement de ces structures : plus elles bénéficient de subventions, plus elles sont susceptibles de présenter une offre compétitive au risque de distordre la concurrence⁴¹⁸. Pour autant, ce dispositif présente un double avantage pour les pouvoirs adjudicateurs puisque tout en leur permettant d'« *intégrer une considération sociale* » dans leur achat ou leur concession, il répond à une politique publique portant sur le « *développement de l'économie sociale et solidaire sur [leur] territoire* »⁴¹⁹.

⁴¹³ D. Taron, « Les marchés réservés dans la nouvelle directive Marchés publics », *AJCT* 2014, p. 601.

⁴¹⁴ Dir. 2004/18/CE, art. 19.

⁴¹⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 20 ; Dir. 2014/23/UE, art. 24.

⁴¹⁶ Dir. 2014/24/UE, cons. 36

⁴¹⁷ D. Taron, « Les marchés réservés dans la nouvelle directive Marchés publics », *op. cit.*, p. 603.

⁴¹⁸ *Idem*.

⁴¹⁹ Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des Affaires juridiques, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, *op. cit.*, p. 24.

Les *directives de 2014* introduisent, par ailleurs, une « *nouvelle procédure* »⁴²⁰ de réservation des contrats pour certains « *services sociaux et autres services spécifiques* »⁴²¹. Cette faculté pour les entités et pouvoirs adjudicateurs est assortie de conditions dont la rigueur⁴²² permet d'expliquer la « *rareté des pratiques* »⁴²³. En premier lieu, les prestations relevant de la catégorie des services sont limitativement énumérées par la *directive Marchés*. Dans le secteur social, les services concernés ont notamment pour objet l'insertion professionnelle, l'hébergement, etc. En deuxième lieu, les organisations doivent satisfaire à plusieurs conditions, parmi lesquelles figurent l'absence de but lucratif, la prise en charge d'une mission de service public⁴²⁴. Enfin, la durée maximale de ces marchés ne peut être supérieure à trois ans⁴²⁵. Ces conditions visent à garantir que la réservation ne « *fausse pas indûment la concurrence* »⁴²⁶. Et pour cause, ces services relèvent d'un régime de passation assoupli dont la définition relève des États membres. Si cette innovation reçoit un accueil doctrinal plutôt favorable, certaines voix s'élèvent cependant pour en souligner la « *portée encore incertaine* », eu égard au hiatus qui existe entre l'objectif affiché par le législateur européen, à savoir « *la continuité des services publics* »⁴²⁷, et les effets probables d'une telle ouverture en l'occurrence « *l'encouragement de l'accès à la commande publique d'entités qui, promouvant une forme de croissance solidaire, représentent une part non négligeable de l'activité en France* »⁴²⁸.

Lorsqu'elles ne réservent pas les contrats de la commande publique à des acteurs de l'économie sociale et solidaire, les autorités contractantes peuvent toujours se référer à des considérations sociales à travers les critères sociaux d'exclusion et de sélection.

⁴²⁰ M. Heintz, « Le développement durable dans la directive 2014/24 », *Le moniteur – contrats publics* 2014, n° 144, p. 51.

⁴²¹ Dir. 2014/24/UE, art. 74 ; Dir. 2014/23, art. 19.

⁴²² Dir. 2014/24/UE, art. 77.

⁴²³ Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des Affaires juridiques, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, *op. cit.*, p. 42.

⁴²⁴ Dir. 2014/24/UE, art. 77 §2.

⁴²⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 77 §3.

⁴²⁶ Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, *op. cit.*, p. 42.

⁴²⁷ Dir. 2014/24/UE, cons. 18.

⁴²⁸ P. Idoux, « Les considérations environnementales et sociales », *op. cit.*, p. 264.

B. Les critères sociaux d'exclusion et de sélection

L'apport des *directives de 2014* sur la sélection des candidats est particulièrement significatif puisque tout en astreignant les candidats à une forme de « *socio-acceptabilité* »⁴²⁹, elles assujettissent les autorités contractantes à un authentique « *devoir de vigilance* »⁴³⁰. Le législateur tend ainsi à imposer à l'ensemble des acteurs de la commande publique une certaine éthique – ce qui rejoint la thématique de la *compliance*⁴³¹ –, qui dispose d'une évidente « *dimension sociale* »⁴³². Pour ce faire, les textes prévoient deux dispositifs : les critères d'exclusion « *axés sur des facteurs négatifs* » susceptibles de faire obstacle à l'attribution d'un contrat à un soumissionnaire et les critères de sélection qui permettent d'identifier positivement les opérateurs économiques « *les mieux placés* » pour mettre en œuvre les aspects sociaux du contrat⁴³³.

Les *directives Marchés et Concessions* prévoient, de manière « *inédite* »⁴³⁴, des motifs sociaux d'exclusion, c'est-à-dire tirés de la méconnaissance d'obligations issues du droit social ou des droits de l'Homme⁴³⁵. Le régime d'exclusion obligatoire vise l'opérateur économique qui a fait l'objet d'une condamnation définitive pour travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains définis à l'article 2 de la *directive 2011/36*, ainsi que le soumissionnaire coupable d'un manquement à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale⁴³⁶. Les motifs d'exclusion facultatifs sont quant à eux d'une portée très étendue puisque l'article 57 §4 permet d'exclure les opérateurs qui ne respecteraient pas les obligations sociales visées à l'article 18, paragraphe 2, notamment celle de verser un salaire minimal⁴³⁷. Ce soutien apporté au « *rayonnement des standards internationaux relatifs au travail* », aussi « *louable* » soit-il, n'en est pas moins porteur d'insécurité juridique⁴³⁸ eu égard au « *flou* » qui entoure l'identification précise des obligations juridiques relevant de

⁴²⁹ F. G. Trébulle, « Marchés publics et développement durable », *RD imm.* 2006, p. 443.

⁴³⁰ F. Michéa, *Op. cit.*

⁴³¹ Pour une étude détaillée : voir la thèse d'A. Oumedjkane, *Compliance et droit administratif*, soutenue en 2022 et les actes du colloque « Compliance et contrats publics », à Montpellier le 12 janv. 2024 (à paraître).

⁴³² M. Amilhat, « La commande publique, support d'une éthique en construction ? », *Droit et ville* 2023, n° 2, p. 98.

⁴³³ Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, *Op. cit.*, p. 49.

⁴³⁴ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁴³⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 57 ; dir. 2014/23/UE, art. 38.

⁴³⁶ Dir. 2014/24/UE, art. 57, §§1 et 2.

⁴³⁷ CJUE, 17 nov. 2015, *RegioPost*, aff. C-115/14.

⁴³⁸ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

l'article 18⁴³⁹. En outre, cet article renvoie aux conventions internationales mentionnées en annexe qui ont été ratifiées par tous les États membres. Cette limitation est paradoxale puisqu'elle conduit à exclure des conventions de l'OIT qui auraient vocation à être ajoutées, mais auxquelles il manque la ratification de certains États membres⁴⁴⁰. Un autre motif d'exclusion facultatif réside dans la commission, par l'opérateur économique, d'une « *faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité* », ce qui renvoie au cas où les opérateurs auraient manqué à des obligations sociales, y compris aux règles d'accessibilité pour les personnes handicapées⁴⁴¹ ou celles contenues dans les conventions collectives de l'Union européenne⁴⁴². Cette exclusion paraît « *bien plus radicale* »⁴⁴³ que sous l'empire du droit antérieur, puisqu'elle intervient avant même l'examen au fond des capacités et ne peut être évitée par la fourniture d'autres éléments. Enfin, la législation nationale peut même prévoir que le pouvoir adjudicateur vérifie s'il existe des motifs d'exclusion, obligatoires ou facultatifs, frappant les sous-traitants du soumissionnaire et, qu'il puisse, le cas échéant, exiger le remplacement du sous-traitant.

L'intégration des considérations sociales au stade des critères de sélection des candidatures est quant à elle plus douteuse compte tenu du silence des directives sur ce point. En dépit de cette lacune, les textes ne ferment pas la porte aux critères sociaux de sélection. En ce sens, selon le *guide sur l'achat social*, cette étape peut être l'occasion pour l'acheteur d'exiger des soumissionnaires la preuve d'une bonne exécution de marchés antérieurs impliquant des exigences sociales similaires, telles que le recrutement d'apprentis ou de travailleurs défavorisés⁴⁴⁴, qu'ils disposent d'une expertise spécifique en matière d'égalité femmes/hommes ou encore qu'ils fassent foi de leur capacité technique à contrôler les pratiques de travail tout au long de la chaîne d'approvisionnement. Le ministère tchèque du travail et des affaires sociales s'est par exemple servi de ce levier dans le cadre d'un marché public de fourniture de vêtements destinés à être distribués par des organisations caritatives aux personnes dans le besoin en exigeant, au titre des critères de sélection, que les soumissionnaires disposent

⁴³⁹ G. S. Ølykke, « The provision on abnormally low tenders : A safeguard for fair competition ? » in G. S. Ølykke et A. Sanchez-Graells (Dir.), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, p. 146.

⁴⁴⁰ Par exemple, la *Convention n° 187 sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail* est exclue faute de ratification par la Roumanie.

⁴⁴¹ Dir. 2014/24/UE, cons. 101.

⁴⁴² Dir. 2014/24/UE, cons. 39.

⁴⁴³ F. Dieu, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *op. cit.*, p. 334.

⁴⁴⁴ Ces exemples sont tirés du guide publié par la Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, *Op. cit.*, p. 49.

d'un système garantissant que les droits du travail protégés par les conventions de l'OIT (travail des enfants, travail forcé, etc.) n'ont pas été violés lors de la fabrication des biens achetés. Lorsqu'ils entendent conclure un contrat socialement durable, les entités et pouvoirs adjudicateurs doivent se montrer attentifs à certains points. D'abord, ils ne doivent pas fixer des critères financiers susceptibles d'empêcher la participation d'organisations œuvrant dans le domaine social⁴⁴⁵. En outre, et bien que « libéralisé »⁴⁴⁶ par les *directives de 2014*, le critère social de sélection n'en demeure pas moins encadré. Au même titre que n'importe quel critère de sélection, le critère social doit être lié et proportionné à l'objet du marché⁴⁴⁷, c'est-à-dire permettre d'apprécier objectivement l'offre sans discrimination. En définitive, pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices doivent « *naviguer entre deux écueils* » : celui d'une définition « *trop générale* » de ce critère social qui conduirait à évaluer la politique générale de l'entreprise⁴⁴⁸, et celui d'une « *définition trop précise* » qui conduirait à évaluer, non pas les capacités du candidat, mais la valeur de son offre⁴⁴⁹.

Enfin, le critère social de sélection doit être bien distingué du critère d'attribution, ainsi que l'a rappelé la Cour de justice dans un arrêt de 2014⁴⁵⁰. Dans cette affaire, les juges Luxembourgeois ont indiqué que si l'expérience du soumissionnaire lors de contrats précédents est un critère de sélection qualitative, l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché doit être envisagée comme un critère d'attribution.

§III. Les exigences sociales lors de l'attribution du contrat

Les concessions et les marchés publics sont respectivement attribués à l'offre qui présente un « *avantage économique global* »⁴⁵¹ ou à l'« *offre économiquement la plus avantageuse* »⁴⁵², lesquelles peuvent être déterminées sur la base de critères sociaux (A.). Dans le prolongement de cette idée, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de rejeter l'offre

⁴⁴⁵ *Idem.*

⁴⁴⁶ J. Lebiec, « Le marché public sous couvert d'éthique : le mirage des clauses sociales », *op. cit.*, p. 47.

⁴⁴⁷ Dir. 2014/24/UE, art. 58 ; dir. 2014/23/UE, art. 38.

⁴⁴⁸ V. par ex : CE, 15 févr. 2013, *Sté Derichebourg Polyurbaine*, n° 363921.

⁴⁴⁹ F. Dieu, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *op. cit.*, p. 334.

⁴⁵⁰ CJCE, 9 oct. 2014, aff. C-641/13

⁴⁵¹ Dir. 2014/23/UE, art. 41.

⁴⁵² *Ibid.*, art. 67.

anormalement basse, notamment lorsque celle-ci contrevient aux obligations posées par l'article 18 § 2 de la directive (B.).

A. Les critères sociaux d'attribution du contrat

La réforme de 2014 a conduit à « *infléchir le contenu donné à la notion d'offre économiquement la plus avantageuse* » en l'étendant à la recherche du bien commun⁴⁵³. Sous l'empire des nouvelles directives, en effet, cette offre est déterminée sur la base du prix ou du coût, lequel fait l'objet d'approche globale fondée sur le « *cycle de vie* ». Or, toujours selon les textes, le coût du cycle de vie peut être « *évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné* [nous soulignons] »⁴⁵⁴. Admettre ainsi l'utilisation des critères sociaux d'attribution, c'est « *concrètement permettre aux personnes publiques de préférer à prix équivalent un cocontractant vertueux du point de vue social* »⁴⁵⁵.

Cette évolution qui, de toute évidence, « *sécurise* »⁴⁵⁶ le recours aux critères sociaux au stade de l'attribution du contrat, ne modifie pas substantiellement l'état du droit, dès lors que la directive précédente ouvrait d'ores et déjà la voie aux critères sociaux d'attribution⁴⁵⁷. La nouvelle mouture a néanmoins le mérite de préciser que ces critères peuvent, par exemple, porter sur la protection, santé du personnel participant à la production, l'emploi de chômeurs de longue durée, la mise en œuvre de mesures de formation pour les jeunes au cours de l'exécution du marché à attribuer⁴⁵⁸. Plusieurs observateurs jugent cependant « *malvenue* » la distinction opérée par le considérant n° 99 de la *directive Marchés* entre les considérations sociales liées à la protection de la santé et à l'insertion sociale d'une part, et le reste des considérations sociales ou sociétales d'autre part⁴⁵⁹, formulation qui semble exclure les secondes. Cette déduction paraît quelque peu péremptoire puisque ce considérant – qui n'a d'ailleurs aucune valeur contraignante – se borne à évoquer des « *exemples* » sans prétendre à

⁴⁵³ F. Dieu, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *op. cit.*, p. 330.

⁴⁵⁴ Dir. 2014/24/UE, art. 67. La *directive 2014/23* énonce quant à elle que les critères d'attribution « *peuvent inclure, entre autres, des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation* » (art. 41).

⁴⁵⁵ P. Idoux, « La commande publique au service du développement durable », in E. Muller (dir.), *La commande publique, levier pour l'action publique ?*, Dalloz, 2018, p. 108.

⁴⁵⁶ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁴⁵⁷ Dir. 2004/18/CE, cons. 1.

⁴⁵⁸ Dir. 2014/24/UE, cons. 99.

⁴⁵⁹ D. C. Dragos et B. Neamtu, « Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects », *op. cit.*, pp. 319-320.

l'exhaustivité. Dans le même sens, le *guide de la Commission européenne* envisage des critères sociaux d'attribution qui visent d'autres objectifs, à l'image de « *l'approvisionnement éthique des produits livrés* » et de « *l'égalité entre les hommes et les femmes* »⁴⁶⁰. Sur cette base, on peut imaginer, par exemple, un critère d'attribution imposant aux soumissionnaires de détailler leur approche en matière de recrutement et de formation.

La nouvelle *directive Marchés* innove malgré tout en reprenant la formule issue de l'affaire *Max Havelaar* selon laquelle les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché, « *lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie [...] même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel* [nous soulignons] »⁴⁶¹. Par cette présomption, le texte assouplit le lien exigé entre les critères sociaux et l'objet du marché, sans toutefois conférer une liberté de choix illimitée aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices. La disposition rappelle que ces critères doivent satisfaire plusieurs conditions de forme et de fond. Formellement, ces derniers doivent être fixés à l'avance dans les documents du marché et peuvent être formulés sous forme de labels, si tant est que les acheteurs s'ouvrent à des équivalences. Substantiellement, ces critères doivent être non discriminatoires, de sorte qu'ils ne peuvent pas servir à évincer des entreprises qui, par exemple, auraient recours à certains types de contrats de travail. Pour respecter les principes fondamentaux, ces critères doivent enfin faire l'objet d'une « *juste pondération* »⁴⁶² qui n'est pas évidente à déterminer. En effet, « *le risque pour le pouvoir adjudicateur est de pondérer trop fortement le critère social* » avantageant ainsi certaines entreprises qui ont une dimension sociale⁴⁶³. Pour ne pas tomber dans cet écueil, des auteurs suggèrent « *de n'attribuer à la notation de la performance sociale qu'une pondération inférieure à 20 % et de définir des sous-critères objectifs* »⁴⁶⁴.

La réforme des critères sociaux d'attribution reçoit un accueil doctrinal plutôt favorable, à cela près qu'elle se situe « *en net retrait par rapport à l'obligation imposée en matière environnementale* »⁴⁶⁵. À l'inverse, l'obligation de rejeter l'offre anormalement basse

⁴⁶⁰ Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, *Op. cit.*, p. 52.

⁴⁶¹ Dir. 2014/24/UE, art. 67 §3.

⁴⁶² P. Idoux, « Les considérations environnementales et sociales », *op. cit.*, p. 269.

⁴⁶³ F. Dieu, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive marchés du 26 février 2014 », *op. cit.*, p. 332.

⁴⁶⁴ G. Cantillon, « Marchés publics et développement durable », *op. cit.*, § 166.

⁴⁶⁵ M. Amilhat, « La commande publique, support d'une éthique en construction ? », *op. cit.*, p. 98.

semble mieux adaptée pour sanctionner la méconnaissance par l'opérateur des obligations qui s'imposent à lui en matière sociale.

B. Le rejet des offres anormalement basses

En vertu de la *directive Marchés*, la détection des offres anormalement basses constitue un « *élément essentiel* » des marchés publics socialement responsables⁴⁶⁶, sinon l'ultime « *outil* » pour écarter les offres qui se situent bien en deçà des « *standards environnementaux et sociaux* » requis par la législation⁴⁶⁷.

L'article 69 de la *directive Marchés* dispose, en effet, que « *les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services* », étant précisé que les explications peuvent concerner le respect des obligations en droits social et du travail visées à l'article 18 § 2. Le dispositif repose, de manière générale, sur une logique probatoire en vertu de laquelle il revient ensuite à l'acheteur d'évaluer les informations fournies par le soumissionnaire et, le cas échéant, de rejeter l'offre s'il établit qu'elle est « *anormalement basse* », sans que la notion ne soit définie. Par cette imprécision, la directive laisse aux pouvoirs adjudicateurs et, le cas échéant, aux juridictions nationales, le soin de la caractériser « *à l'aide de critères hésitants* »⁴⁶⁸. Outre cette imprécision, on peut également regretter que l'obligation de rejet posée par le texte soit limitée, en matière sociale, aux hypothèses où « *les pouvoirs adjudicateurs établissent que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables visées à l'article 18 § 2 [de la directive]* », lors même que les disparités de salaires en Europe permettent à des entreprises de présenter des « *offres très compétitives sans être anormalement basses* ». Le guide publié par la Commission européenne sur l'achat social rappelle qu'en vertu du principe d'égalité de traitement, les « *soumissionnaires de pays tiers peuvent légitimement être en mesure de proposer des prix inférieurs* », étant cependant précisé qu'« *il est important de vérifier le respect de l'ensemble de la législation sociale et du travail applicables* » dans le secteur et dans l'État concerné⁴⁶⁹. Les pouvoirs adjudicateurs sont

⁴⁶⁶ Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁶⁷ G. Cantillon, « Marchés publics et développement durable », *op. cit.*, §169.

⁴⁶⁸ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁴⁶⁹ Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, *op. cit.*, p. 57.

non seulement invités à connaître le secteur économique, mais aussi à se doter d'une véritable culture géopolitique puisqu'il leur est recommandé d'être attentifs à la situation de certaines zones géographiques, réputées « moins respectueuses des droits de l'Homme »⁴⁷⁰, suggestion « *qui en découragera plus d'un* »⁴⁷¹.

Dans l'ensemble, les nombreuses références aux exigences sociales constituent une « *tendance remarquable* »⁴⁷² des *directives de 2014*. Cependant, cette alliance entre le développement durable et la commande publique n'a, à ce jour, produit que des « *effets limités* »⁴⁷³ ou, selon, des « *résultats en demi-teinte* »⁴⁷⁴. Ainsi, le faible recours aux « *marchés stratégiques* » en matière de développement durable dans la majorité des États membres – où le nombre de marchés attribués au moins-disant reste élevé⁴⁷⁵ –, témoigne du caractère inachevé de cette évolution. Une récente étude permet de mettre en évidence que « *l'écart entre le recours aux considérations sociales et environnementales* » se creuse depuis 2015, au détriment des premières⁴⁷⁶. En France, l'utilisation de la clause sociale dans environ 10% des marchés publics et l'usage de critères sociaux dans à peine un pourcent d'entre eux donnent ainsi à la première des allures de « *mirage* »⁴⁷⁷ et au second l'image d'une « *illusion* »⁴⁷⁸.



THEMATIQUE N° 7 : L'ACCES DES PME

Les petites et moyennes entreprises (« PME » ci-après) occupent une place centrale, sinon prépondérante, dans l'économie européenne. En 2011, elles représentaient près de 99%

⁴⁷⁰ Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des achats de l'État, *Réussir son achat responsable. Comment veiller au respect des droits de l'Homme au travail dans les chaînes d'approvisionnement ?* Guide thématique n° 1, mise à jour du 01/04/2021, p. 10.

⁴⁷¹ F. Lindicth, « Comment veiller au respect des droits de l'Homme dans la chaîne d'approvisionnement ? », *CMP* oct. 2021, alerte 43.

⁴⁷² F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *Énergie - Environnement - Infrastructures* 2018, dossier 36.

⁴⁷³ D. C. Dragos et B. Neamtu, « Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects », *op. cit.*, p. 331.

⁴⁷⁴ F. Michéa, « Le droit européen des marchés publics mis au service d'exigences sociales : une alliance aux résultats en demi-teinte », *op. cit.*

⁴⁷⁵ Rapport de la 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*, 2023, n° 28/2023, p. 34.

⁴⁷⁶ A. Deschamps, *Développement durable et accès des PME aux marchés publics*, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁷⁷ J. Lebiéd, « Le marché public sous couvert d'éthique : le mirage des clauses sociales », *op. cit.*, p. 48.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 45.

de la totalité des entreprises de l'Union et contribuaient à plus de la moitié du PIB⁴⁷⁹. Paradoxalement, la question de leur participation à la commande publique – difficile à évaluer avec exactitude⁴⁸⁰ – a longtemps constitué un angle mort du droit européen des marchés publics, prioritairement tourné vers l'horizon du marché unique, la libre et l'égale concurrence. De ce point de vue les *directives de 2014* opèrent un changement de « *perspective formelle* »⁴⁸¹ en énonçant que « les règles de passation des marchés publics [...] devraient être révisées et modernisées pour accroître l'efficacité de la dépense publique, *en facilitant notamment la participation des petites et moyennes entreprises (PME) aux marchés publics* [nous soulignons] »⁴⁸², mais encore qu'il « *convient d'accorder une importance particulière à l'amélioration des possibilités d'accès des PME aux marchés des concessions de l'Union* »⁴⁸³.

La portée de cette évolution est pour le moins incertaine. Il est permis, plus précisément, de se demander si la promotion des PME peut s'assimiler à un objectif « horizontal » ou « stratégique » du droit de la commande publique. La doctrine ne permet pas de trancher avec certitude cette question fondamentale ; l'accès des PME étant tantôt qualifié d'objectif « *secondaire* »⁴⁸⁴, « *majeur* »⁴⁸⁵ ou « *transversal* »⁴⁸⁶ de la réforme de 2014, tantôt exclu du champ des objectifs stratégiques⁴⁸⁷. À rebours, plusieurs arguments conduisent à envisager la promotion des PME au prisme des objectifs horizontaux fixés par les *directives Marchés* et *Concessions*. Positivement d'abord, la promotion des PME, grandes pourvoyeuses d'emplois, se présente comme une politique publique au service de laquelle le droit de la commande publique est instrumentalisé depuis 2014. Ainsi, même à considérer que l'accès des PME à la commande publique ne constitue pas, *per se*, un objectif horizontal ou stratégique du droit de

⁴⁷⁹ G. Wessel Thomassen et al., *L'accès des PME aux marchés publics*, 2014, p. 5.

⁴⁸⁰ En ce sens, plusieurs études ont été élaborées sur la part des contrats conclus par les PME au sein de l'Union européenne. La part moyenne des PME dans les marchés publics dépassant les seuils fixés par les directives sur les marchés publics était évaluée à 64% en nombre et 42% en valeur par la Commission européenne en 2008 (*Code européen des bonnes pratiques*, 2008, p. 4) tandis qu'une étude datant de 2014 évaluait cette part à 56% en nombre et 29% en valeur (*ibid.*, pp. 24-42).

⁴⁸¹ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », in Y. Marique et K. Wauters (dir.), *EU Directive 2014/24 on Public Procurement : A New Turn for Competition in Public Markets ?*, Ed. Larcier, 2016, p. 110.

⁴⁸² Dir. 2014/24, cons. 2.

⁴⁸³ Dir. 2014/23, cons. 1.

⁴⁸⁴ M. Karpenschif, « Le contrat au service des politiques publiques "contrat public et Union européenne" », *RFDA* 2014, p. 423.

⁴⁸⁵ F. Llorens et P. Soler Couteaux, , *CMP* 2017, repère 10.

⁴⁸⁶ G. Delaloy, « Les objectifs horizontaux de la commande publique, des obstacles à l'efficacité ? », *JCP Adm.* 2022. 2321.

⁴⁸⁷ En ce s. F. Llorens et W. Zimmer, « L'instrumentalisation du droit de la commande publique », *CMP* juin 2014, repère 6 : les auteurs évoquent, parmi les objectifs horizontaux, l'achat durable et l'innovation. François Lichère affirme plus clairement encore que cet objectif n'entre pas en contradiction avec celui de concurrence et que c'est peut-être là ce qui le « *distingue des objectifs dit secondaires ou stratégiques du droit des marchés publics* » (F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*)

la commande publique au sens des *directives de 2014*, ce dernier entre, en tout état de cause, dans le champ des préoccupations sociales placées au cœur de l'achat durable⁴⁸⁸. Négativement, ensuite, on voit difficilement comment l'accès des PME pourrait s'assimiler à un objectif premier d'un droit de la commande publique traditionnellement neutre, et ce faisant, rétif à l'élaboration de règles spécifiques à une catégorie d'opérateurs économiques⁴⁸⁹. Il suffit, pour s'en convaincre de se souvenir que la *Directive 2004/18* contenait une seule référence aux PME, tandis que le *Code des bonnes pratiques* élaboré par la Commission européenne en 2008 se présentait comme un instrument de droit souple, n'appelant pas de réforme des États membres. À rebours, la *directive 2014/24*, qui encourage d'ailleurs les pouvoirs adjudicateurs à se référer au *Code des bonnes pratiques*⁴⁹⁰, affiche la promotion des PME comme un objectif à part entière – 23 occurrences au total⁴⁹¹ –, aux côtés de l'achat durable et de l'innovation. Certes, le considérant n° 2 distingue formellement l'accès des PME des « *objectifs sociétaux communs* », avant de l'adosser aux objectifs d'efficacité de la dépense publique et de concurrence, mais cette présentation pourrait bien s'analyser comme « *un simple habillage pour légitimer tant bien que mal un soutien aux PME, porteur de risques de discrimination* »⁴⁹². En effet, parce qu'elle conduit mécaniquement à l'attribution préférentielle de marchés aux entreprises locales⁴⁹³, la promotion des PME porte en elle le germe d'une contradiction avec la neutralité traditionnelle et les principes fondamentaux du droit de la commande publique. À cet égard, les termes employés par le préambule de la *directive Marchés* – « *ne pas entraver indument* », « *faciliter* » ou « *améliorer* » l'accès – trahissent « *l'embarras des auteurs* » à aménager un régime préférentiel attaché au statut de PME⁴⁹⁴. La conciliation harmonieuse de ces exigences, parfois contradictoires, doit ainsi beaucoup à la souplesse des dispositifs envisagés, à savoir

⁴⁸⁸ L'achat durable est expressément élevé au rang d'objectif sociétal commun par la *directive Marchés*.

⁴⁸⁹ M. Assis Raimundo, « "Aiming at the market you want" : a critical analysis of the duties on division into lots under Directive 2014/24/EU », *PPLR* 2018, 4, 167.

⁴⁹⁰ « *Il convient d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à recourir au code des bonnes pratiques présenté dans le document de travail de la Commission du 25 juin 2008 intitulé "Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics", qui fournit des orientations sur la manière dont ils peuvent appliquer le cadre régissant les marchés publics en vue de faciliter la participation des PME* » (Dir. 2014/24, cons. 78).

⁴⁹¹ La *directive 2014/23* relative aux concessions y fait référence à cinq reprises.

⁴⁹² L. Richer, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *CMP* févr. 2015, étude 2.

⁴⁹³ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*

⁴⁹⁴ F. Allaire, « L'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique », in E. Muller (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique ?*, Dalloz, 2018, p. 140.

l'allotissement⁴⁹⁵, le plafonnement du chiffre d'affaires maximal exigé⁴⁹⁶, le document unique de marché européen⁴⁹⁷ et l'encadrement de la sous-traitance⁴⁹⁸.

En effet, la crainte d'établir des mesures de « *discrimination positive* »⁴⁹⁹, à l'image de celles imposées par le *Small Business Act* américain de 1953⁵⁰⁰ ou suite à l'apartheid en Afrique du Sud⁵⁰¹, ainsi que la volonté de préserver la liberté contractuelle des pouvoirs adjudicateurs tout en faisant preuve de réalisme⁵⁰², a conduit les rédacteurs des *directives de 2014* à conférer une portée davantage incitative aux remèdes les plus ambitieux (§I.) et une valeur plus contraignante aux outils qui facilitent indirectement l'accès des PME aux marchés publics⁵⁰³ (§II.). Le caractère obligatoire de ces instruments paraît donc être inversement proportionnel à leur capacité à satisfaire l'objectif d'accès des PME aux marchés publics.

§I. La portée incitative des mesures les plus ambitieuses

Les mesures qui servent plus directement l'objectif d'accroissement de l'accès des PME à la commande publique sont paradoxalement celles qui disposent de la portée la moins contraignante : il en va naturellement ainsi de l'allotissement qui constitue la seule mesure directement destinée à favoriser les PME⁵⁰⁴ (A), mais aussi, dans une moindre mesure, de l'encadrement de la sous-traitance (B).

A. La division facultative des marchés en lots

La *directive 2014/24* consacre un article 46 à la « *division des marchés en lots* », laquelle est directement envisagée comme une mesure de promotion des PME par le considérant 78.

⁴⁹⁵ Dir. 2014/24, dons. 78 à 80.

⁴⁹⁶ Dir. 2014/24, cons. 83.

⁴⁹⁷ Dir. 2014/24, cons. 84.

⁴⁹⁸ Dir. 2014/24, cons. 78.

⁴⁹⁹ C'est tout le sens de la démonstration proposée par Martin Trybus et Maria Andrecka dans leur article « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *EPPPL* 2017, 3, p. 224 et suiv. ; v. égal. F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 110.

⁵⁰⁰ Pour une étude détaillée : L. Richer, « Ce qu'est vraiment le *Small Business Act* aux États-Unis », *Le moniteur TP*, 22 févr. 2008. Une exception notable est issue de la *loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle en Outre-Mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique*, qui s'assimile à une sorte de « *Small Business Act* Ultramarine ». En effet, le texte autorise à titre expérimental les pouvoirs adjudicateurs ultramarins à réserver un tiers de leurs marchés aux PME locales. Pour une étude détaillée : G. Kalfèche, « *Petites et moyennes entreprises ultramarines et commande publique* », *AJDA* 2018, p. 105.

⁵⁰¹ V. *Livre vert sur la réforme des marchés publics en Afrique du Sud*, Ministère des finances et Ministère des travaux publics, avr. 1997.

⁵⁰² Ce réalisme conduit à admettre que la capacité de recourir aux PME dépend du secteur économique concerné et peut varier d'un État à l'autre.

⁵⁰³ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, pp. 109 et s. ; *contra* A. Aleksandrowicz, « L'analyse des capacités des candidats : quelles nouveautés ? », *Le Moniteur – Contrats publics* juin 2014, p. 24.

⁵⁰⁴ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 111.

Particulièrement ambitieuse, cette disposition confère une marge de manœuvre conséquente aux autorités contractantes⁵⁰⁵. En proposant une « *harmonisation minimale* »⁵⁰⁶, sans toutefois rendre l'allotissement obligatoire, le texte de 2014 ne modifie donc pas substantiellement l'état du droit.

En premier lieu, la *directive Marchés* laisse les pouvoirs adjudicateurs libres de décider d'allotir ou non le marché, ainsi que le nombre et la valeur des lots⁵⁰⁷, au risque cependant de compromettre sa capacité à satisfaire l'objectif d'accès aux PME. En effet, certaines études économiques ont mis en évidence que les modalités de la division par lots pouvaient considérablement faire varier le taux de participation et les chances des micro-entreprises de se voir attribuer des marchés⁵⁰⁸. En revanche, le texte rend contraignante la règle du « *diviser ou expliquer* ». En vertu de l'article 46 §1, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'exposer les principaux motifs justifiant leur décision de ne pas subdiviser le marché en lots. La doctrine majoritaire ne manque cependant pas de souligner l'imprécision du texte quant à l'étendue de cette obligation de motivation, tant en ce qui concerne les justifications envisageables – lors même que le considérant 78 en donne quelques exemples⁵⁰⁹ – que les modalités de leur contrôle⁵¹⁰. Cette question relève donc de la marge nationale d'appréciation des États membres qui peuvent aussi bien adopter « *l'approche par défaut* » retenue par le texte, à l'image du Royaume-Uni⁵¹¹ ou, au contraire, élever l'allotissement en règle⁵¹² comme l'Allemagne. Dans cet ordre d'idées, le législateur français a choisi de restreindre les motifs justifiant l'absence de

⁵⁰⁵ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 119 ; v. égal. I. Herrera, L. M. Nes, T. Sikkeland, « Article 46 – Division of contracts into lots » in R. Caranta et A. Sanchez-Graells (Dir.), *European public procurement : commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 500 et suiv.

⁵⁰⁶ M. Trybus, « The division of public contracts into lots under Directive 2014/24 : minimum harmonisation and impact on SMEs in public procurement ? », *European Law Review* 2018, n° 3, pp. 313-342.

⁵⁰⁷ Dir. 2014/24, art. 46 §1.

⁵⁰⁸ Une division en nombreux lots (plus de 10) augmente considérablement la participation et les chances des micro-entreprises voir attribuer le contrat tandis qu'une division en quelques lots (2-4) ne fait qu'accroître leur participation et leurs chances (J. Stake, *SME Participation and Success in Public Procurement*, Södertörn University 2014, p. 23).

⁵⁰⁹ Le considérant 78 expose que « *le pouvoir adjudicateur pourrait par exemple faire valoir qu'il estime que cette division risquerait de restreindre la concurrence ou de rendre l'exécution du marché excessivement coûteuse ou difficile sur le plan technique ou que la nécessité de coordonner les contractants des différents lots pourrait compromettre gravement la bonne exécution du marché* ».

⁵¹⁰ I. Herrera, L. M. Nes, T. Sikkeland, « Article 46 – Division of contracts into lots », *op. cit.*, pp. 501 et s. ; F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, pp. 114 et s. ; M. Trybus et M. Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *EPPPL* 2017, 3, p. 229 et suiv. ; M. Trybus, « The division of public contracts into lots under Directive 2014/24 : minimum harmonisation and impact on SMEs in public procurement? », *op. cit.*, pp. 329 et s.

⁵¹¹ M. Trybus, « The division of public contracts into lots under Directive 2014/24 : minimum harmonisation and impact on SMEs in public procurement? », *op. cit.*, p. 317.

⁵¹² Dir. 2014/24, art. 46 §4.

subdivision des marchés⁵¹³, tandis que le juge administratif exerce un contrôle entier sur la décision de ne pas allouer⁵¹⁴.

Un deuxième élément de flexibilité réside dans la possibilité ouverte aux pouvoirs adjudicateurs d'accepter des offres groupées⁵¹⁵, ainsi que d'attribuer plusieurs lots à un seul opérateur économique⁵¹⁶, lorsque cela paraît plus avantageux précise le considérant 79... La doctrine émet quelques réserves sur ces exceptions qui, tout en préservant l'efficacité de la commande publique, peuvent compromettre l'accès des PME aux marchés publics⁵¹⁷. Pour compenser, le texte prévoit néanmoins que l'acheteur peut limiter le nombre d'offres qu'un même soumissionnaire peut présenter, ou encore limiter le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire. Ce faisant, le texte valide aussi bien les « *barrières à l'entrée* » que les « *barrières à la sortie* »⁵¹⁸, étant entendu que les pouvoirs adjudicateurs sont ici tenus à une obligation de transparence. En effet, ces derniers doivent indiquer dans les documents du marché s'ils acceptent les offres multiples, le nombre maximal de lots pouvant être attribués à un seul soumissionnaire et sur quels « *critères ou règles objectifs et non discriminatoires ils se fondent pour les attribuer* »⁵¹⁹. Certains auteurs déplorent toutefois le silence du texte quant à la possibilité pour l'attributaire de plusieurs lots de présenter des offres alternatives⁵²⁰, d'autant plus qu'autoriser les rabais risque d'« *annihiler* » les effets positifs de l'allotissement⁵²¹. Le législateur français s'est montré particulièrement hésitant sur cette question puisque les rabais qui avaient été interdits dans le *Code des marchés publics* à partir de 2001⁵²², ont été momentanément autorisés par l'ordonnance de transposition de la *directive*

⁵¹³ En ce sens, le *Code de la commande publique* dispose que « *l'acheteur peut décider de ne pas allouer un marché* » dans deux cas précisément identifiés : « 1° Il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ; 2° La dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations » (art. L. 2113-10).

⁵¹⁴ CE, 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n° 333737.

⁵¹⁵ Dir. 2014/24, art. 46 §2.

⁵¹⁶ Dir. 2014/24, art. 46 §3.

⁵¹⁷ I. Herrera, L. M. Nes, T. Sikkeland, « Article 46 – Division of contracts into lots », *op. cit.*, p. 505.

⁵¹⁸ B. Dacosta, « L'accès des PME aux marchés publics dans la nouvelle directive Marchés publics », *BJCP* 2014, n° 96, p. 325.

⁵¹⁹ Dir. 2014/24, art. 46 §2.

⁵²⁰ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 112 ; M. Trybus et M. Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, pp. 229-230 ; M. Trybus, « The division of public contracts into lots under Directive 2014/24 : minimum harmonisation and impact on SMEs in public procurement? », *op. cit.*, pp. 337-338.

⁵²¹ F. Allaire, « L'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique », *op. cit.*, p. 150.

⁵²² *Code des marchés publics*, art. 10.

*Marchés*⁵²³, avant d'être à nouveau prohibés par la *loi du 9 décembre 2016*, sauf pour les entités adjudicatrices⁵²⁴.

La souplesse qui caractérise la réforme de l'allotissement sur le plan européen permet d'abord de ménager la liberté contractuelle des pouvoirs adjudicateurs. Elle est également supposée prévenir certains des dangers inhérents à l'allotissement⁵²⁵ – le risque de protectionnisme⁵²⁶, celui de collusion⁵²⁷ ainsi que les surcoûts éventuels en termes d'exécution et de suivi des contrats⁵²⁸ –, tout en offrant aux PME des « *chances équitables* » de participer à un marché public⁵²⁹. Dans le but de satisfaire cet objectif, les *directives de 2014* accordent une attention toute particulière à la sous-traitance, à tel point que certains regrettent le contraste entre la situation particulièrement risquée des PME lorsqu'elles interviennent en qualité de titulaires et la « *position de force* » dont elles bénéficient en qualité de sous-traitant⁵³⁰.

B. Le timide encadrement de la sous-traitance

Les *directives de 2014*⁵³¹ sont venues concrétiser le souhait exprimé par le législateur européen dix ans auparavant : celui d'édicter des « *dispositions en matière de sous-traitance* » dans le but de « *favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics* »⁵³². En tant que « *principal véhicule* »⁵³³ d'accès des PME à la commande publique, la pratique de la sous-traitance est largement encouragée au niveau européen, tandis que son encadrement fait « *partie d'un ensemble de mesures parfois appelées Small Business Act* »⁵³⁴. Cependant

⁵²³ Ord n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, art. 32. I, dernier al. ; version en vigueur du 1^{er} avril au 11 décembre 2016.

⁵²⁴ Loi n° 2023-937 du 23 oct. 2023, art. 28 ; CPP, art. L. 2151-1.

⁵²⁵ *A contrario* M. Assis Raimundo conteste le bien-fondé des dangers de l'allotissement identifiés par la doctrine (« "Aiming at the market you want" : a critical analysis of the duties on division into lots under Directive 2014/24/EU », *PPLR* 2018, 4, pp. 167 et s.).

⁵²⁶ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 120 ; M. Trybus et M. Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, p. 217 ; M. Trybus, « The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement : A Strategic Objective of the New Public Sector Directive ? », in F. Lichère, R. Caranta et S. Treumer (dir), *Modernising Public Procurement : The New Directive*, Djøf, 2014, p. 260.

⁵²⁷ I. Herrera, L. M. Nes, T. Sikkeland, « Article 46 – Division of contracts into lots », *op. cit.*

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 498 ; M. Trybus et M. Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, p. 226.

⁵²⁹ I. Herrera, L. M. Nes, T. Sikkeland, « Article 46 – Division of contracts into lots », *op. cit.*, p. 505.

⁵³⁰ P. Pintat, « La sous-traitance directe serait-elle la position la plus avantageuse », *Le Moniteur – Contrats publics* nov. 2014, p. 31.

⁵³¹ Dir. 2014/24, art. 71 et Dir. 2014/23, art. 42.

⁵³² Dir. 2004/18, cons. 32.

⁵³³ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 117.

⁵³⁴ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 589.

qu'elles confirment l'émergence d'un « *droit à sous-traiter* »⁵³⁵ particulièrement favorable à la participation des PME à la commande publique, les *directives de 2014* tendent à imposer un minimum de transparence afin de « *s'assurer que le processus de sélection du titulaire du contrat ne soit pas vidé de son sens par un recours incontrôlé à la sous-traitance* »⁵³⁶. Il y a ici une vraie question qui se pose, celle de savoir dans quelle mesure l'encadrement de la sous-traitance cela relève du champ, et donc de la compétence du droit de l'UE.

Dans cette perspective, les *directives Marchés* et *Concessions* prévoient, en des termes identiques, que le pouvoir adjudicateur peut exiger ou être obligé par un État membre à demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés⁵³⁷. Cette mesure, principalement destinée à « *assurer une transparence des conditions d'exécution* » du contrat⁵³⁸, peut néanmoins avoir une incidence positive sur l'accès des PME. En effet, les législateurs nationaux peuvent très bien autoriser les pouvoirs adjudicateurs à tenir plus précisément compte de la part qui sera sous-traitée à des PME. Sur ce point, le législateur français a d'ailleurs opté pour une transposition ambitieuse en prévoyant un seuil de 10 % minimum pour les PME en ce qui concerne les marchés de partenariat, contrats il est vrai peu utilisés en pratique⁵³⁹. En revanche, l'on peut regretter que, conformément à son approche volontariste, la *directive 2014/24* n'impose pas de « *pondération minimale* », au risque de compromettre l'efficacité pratique de ce critère de sélection⁵⁴⁰. Dans le même ordre d'idées, le dispositif de paiement direct prévu par la *directive Marchés*, particulièrement efficace pour favoriser l'accès des PME⁵⁴¹, peut être mis à mal par la marge de manœuvre conséquente laissée aux autorités contractantes. Dans le même temps, cette mesure incitative⁵⁴² est entourée d'un certain nombre de conditions qui constituent d'évidentes limites au paiement direct du sous-traitant. La principale tient à la possibilité offerte aux États membres d'instaurer des mesures d'opposition du contractant principal. Sur le fond, le paiement direct doit, en outre, porter sur des prestations déjà réalisées, ce qui exclut *prima*

⁵³⁵ Sur le débat que suscite cette question : *ibid.*, pp. 603 et s. ; v. égal. F. Lichère et L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2021, n° 1423 et s. Pour une étude détaillée : P. Blanquet, « Le sous-contrat. Étude de droit administratif », Dalloz, 2022, 610 p.

⁵³⁶ R. Noguellou, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA* 2014, p. 858.

⁵³⁷ Dir. 2014/24, art. 71 §2 ; Dir. 2014/23, art. 42 §2.

⁵³⁸ A. Lecourt, « Sous-traitance », *Répertoire de droit européen*, 2021, Dalloz.fr, §48.

⁵³⁹ Code de la commande publique, art. R. 2213-5.

⁵⁴⁰ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 117.

⁵⁴¹ M. Trybus et M. Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, p. 237 ; J. Stalzer, « Article 71 – Subcontracting », *European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU* » in R. Caranta et A. Sanchez-Graells (Dir.), *European public procurement : commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 757 et s.

⁵⁴² Selon François Lichère, cette mesure relève « *plus d'une incitation que d'une autorisation* » (F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 117).

facie l'octroi d'avances par le pouvoir adjudicateur au sous-traitant. À cela, il faut ajouter que le paiement direct doit, en principe, être effectué à la demande du sous-traitant et « *si la nature du contrat le permet* », ce qui laisse entendre, au-delà de l'imprécision textuelle, que tous les marchés de travaux, de services et de fournitures pourraient être visés, si tant est que les prestations concernées sont clairement identifiables⁵⁴³. Sur la forme, il convient de relever que les modalités du paiement direct doivent être exposées dans les documents de marché. La portée de ces exigences ne doit cependant pas être surestimée. En effet, l'article 71 §7 autorise les autorités nationales à aller plus loin, en instaurant, le cas échéant, une obligation générale de paiement direct⁵⁴⁴. Les États peuvent prévoir, « *par exemple* » précise le texte, que le paiement est indépendant de la volonté du sous-traitant, à l'image du législateur français⁵⁴⁵. Sur cette base, il n'est pas interdit d'envisager que la législation nationale autorise le versement d'avances au sous-traitant⁵⁴⁶. Cette mesure ambitieuse présenterait la vertu de prévenir efficacement les difficultés de trésorerie auxquelles les PME sont particulièrement sujettes. Dans le même sens, on regrettera⁵⁴⁷ que la *directive Marchés* ne prévoit pas de mesure destinée à lutter contre les retards de paiement qui ont pourtant une « *incidence majeure sur les PME* » puisque qu'une faillite sur quatre leur serait imputable⁵⁴⁸. Il convient toutefois de relever qu'une *directive de 2011* – dont la révision est actuellement envisagée⁵⁴⁹ – entend précisément lutter contre ce phénomène⁵⁵⁰.

Au-delà, les *directives Marchés* et *Concessions* admettent, dans le prolongement de la jurisprudence⁵⁵¹, des limitations au droit à sous-traiter qui peuvent naturellement entrer en contradiction avec l'objectif d'accroître la participation des PME à la commande publique⁵⁵².

⁵⁴³ J. Stalzer, « Article 71 – Subcontracting », *op. cit.*, p. 766.

⁵⁴⁴ Voir égal. Dir. 2014/24, cons. 105.

⁵⁴⁵ En ce s. « *Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'acheteur est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution. Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite* » (Code de la commande publique, art. L. 2193-11). Pour une étude détaillée : F. Lichère et L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., n°s 1428 et s.

⁵⁴⁶ En ce sens : Code de la commande publique, art. R. 2193-17 et s.

⁵⁴⁷ Sur ce point : S. Saussier, « L'accès des PME aux marchés publics, une analyse économique », in *Les PME et le droit de la concurrence : analyse critique, comparative et prospective*, Paris, Lexis Nexis, Coll. Litec, 2009, pp. 341-360 ; L. Rapp, « 7 solutions pour améliorer l'accès des PME aux contrats de la commande publique », *Le Moniteur – Contrats publics*, nov. 2014, p. 55.

⁵⁴⁸ Commission européenne, *Questions et réponses : le règlement sur les retards de paiements*, en ligne : [Questions et réponses: le règlement sur les retards de paiement \(europa.eu\)](#).

⁵⁴⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, COM (2023) 533 final – SEC (2023) 313 final – SWD (2023) 312 final – SWD (2023) 314 final.

⁵⁵⁰ Dir. 2011/7/UE relative à la lutte contre les retards de paiement dans les relations commerciales.

⁵⁵¹ CJCE 18 mars 2004, *Siemens et ARGE Telekom*, aff. C-314/01.

⁵⁵² P. Devillers, « L'exécution des marchés dans la nouvelle ordonnance : la sous-traitance mieux encadrée », *CMP* oct. 2015, dossier 10.

La principale restriction réside dans la faculté reconnue par la *directive Marchés* aux pouvoirs adjudicateurs de refuser, dès la phase d'attribution, le recours à la sous-traitance pour effectuer certaines « *tâches essentielles* »⁵⁵³. Manifestation de l'*intuitu personae* qui caractérise les contrats publics⁵⁵⁴ et de la liberté contractuelle des pouvoirs adjudicateurs, cette limite n'en est pas moins jugée « *discutable en raison du large pouvoir discrétionnaire qu'elle reconnaît à l'acheteur* » qui « *pourrait constituer un brutal coup d'arrêt pour la sous-traitance [...] pourtant largement promue ces dernières années afin notamment de favoriser l'accès des PME à la commande publique* »⁵⁵⁵. En permettant à l'acheteur d'imposer qu'une part « *qualitativement prépondérante* » soit dévolue au soumissionnaire, le texte rompt également avec l'approche « *quantitative et permissive* » de l'ancien *code des marchés publics* français. La définition incertaine de la notion de « *tâches essentielles* », qui mériterait peut-être d'être précisée tout en ménageant la liberté contractuelle de l'acheteur, vient d'ailleurs complexifier l'analyse de la portée de cette disposition⁵⁵⁶. Sur ce point, la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des finances souligne que cette notion « *dépend de l'objet du marché public et donne donc lieu à une appréciation casuistique* »⁵⁵⁷, qui n'est évidemment pas porteuse de sécurité juridique pour les pouvoirs adjudicateurs. L'ultime limite posée au droit de sous-traiter par la réforme de 2014 réside dans l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de contrôler les motifs d'exclusion du sous-traitant. Pour cela, les *directives Marchés* et *Concessions* invitent les autorités nationales compétentes à prévoir des « *mesures appropriées* » pour assurer le respect par le soumissionnaire principal, mais aussi le sous-traitant, des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales⁵⁵⁸.

Si l'allotissement et l'encadrement de la sous-traitance s'inscrivent dans un cadre résolument permissif et volontariste, les mesures les moins ambitieuses contenues dans les *directives Marchés* et *Concessions* disposent, quant à elles, d'une portée plus contraignante.

⁵⁵³ Dir. 2014/24, art. 62 §2.

⁵⁵⁴ M. Guenou-Ahliouja, « Le sous-contrat en droit public », *RFDA* 2018, p. 915.

⁵⁵⁵ S. Braconnier, *Précis du droit de la commande publique*, Le Moniteur, 5^e éd., 2017, p. 249.

⁵⁵⁶ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 604.

⁵⁵⁷ DAJ, *La sous-traitance*, Fiche, mise à jour le 01/04/2019, p. 3.

⁵⁵⁸ En ce s. Dir. 2014/24, art. 18 §2 ; Dir. 2014/23, art. 30 §3.

§II. Les mesures plus contraignantes facilitant l'accès des PME

Les dispositifs qui permettent de faciliter l'accès des PME sans leur être directement dédiés présentent généralement un caractère contraignant, comme en témoigne le plafonnement impératif du chiffre d'affaires minimal (A.) ou la généralisation « forcée » du document unique de marché européen (B.).

A. Le plafonnement impératif du chiffre d'affaires minimal

Le plafonnement du chiffre d'affaires minimal des candidats est probablement la mesure la « *plus efficace* »⁵⁵⁹ pour faciliter l'accès des PME aux marchés publics. En ce sens, la *directive Marchés* signale que « *les exigences disproportionnées relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur constituent souvent un obstacle injustifié à la participation des PME aux marchés publics [nous soulignons]* »⁵⁶⁰. En effet, la marge d'appréciation des capacités financières des candidats traditionnellement laissée aux pouvoirs adjudicateurs constituait un véritable « *handicap* »⁵⁶¹ pour les PME, de sorte que l'article 58 §3 de la directive vient désormais plafonner le chiffre d'affaires minimal exigé, lequel doit seulement être deux fois supérieur au montant prévisible du marché⁵⁶².

Cette disposition encourage l'accès des PME aux marchés publics, sans cependant s'assimiler à une mesure de faveur à leur égard dès lors qu'elle profite également aux grands opérateurs économiques. On peut, en effet, faire valoir, avec Martin Trybus et Maria Andrecka, que la suppression pure et simple d'un chiffre d'affaires minimal exigé aurait été plus à même d'accroître la participation des PME aux marchés publics⁵⁶³. Mais c'est précisément pour éviter d'adopter une mesure qui s'assimilerait à de la discrimination positive, tout en compensant les risques encourus par les pouvoirs adjudicateurs – spécialement ceux inhérents à une défaillance financière du titulaire⁵⁶⁴ –, que le texte maintient cette exigence de bonne santé financière. Pour cette même raison, la *directive Marchés* aménage une exception au plafonnement en disposant que « *le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser*

⁵⁵⁹ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 116.

⁵⁶⁰ Dir. 2014/24, cons. 83.

⁵⁶¹ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 117.

⁵⁶² La Commission européenne avait initialement proposé de le limiter à trois fois le chiffre d'affaires jusqu'à ce qu'une évaluation publiée sur TED en 2012 montre que cette réduction à deux fois le chiffre d'affaires pouvait améliorer jusqu'à 8% la participation des micro-entreprises.

⁵⁶³ M. Trybus et M. Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, p. 235.

⁵⁶⁴ A. Aleksandrowicz, « L'analyse des capacités des candidats : quelles nouveautés ? », *Le Moniteur – Contrats publics* juin 2014, p. 27.

ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures »⁵⁶⁵. Cette exigence de motivation et de fond est d'interprétation stricte, ce qui devrait dissuader les pouvoirs adjudicateurs d'en abuser⁵⁶⁶.

Au-delà des exigences tenant aux capacités financières des candidats, les PME se heurtent à d'autres « *barrières* »⁵⁶⁷ telles que les lourdeurs administratives, que le document unique de marché européen entend lever.

B. La généralisation du document unique de marché européen

L'instauration du document unique de marché européen (« DUME » ci-après)⁵⁶⁸, qui n'est pas sans rappeler la technique du « *Dites-le-nous une fois* » lancée en France en 2013 à l'occasion du « *choc de simplification* »⁵⁶⁹, s'affiche comme une réponse du législateur européen au sentiment des opérateurs économiques, « *en particulier [d]es PME* », selon lequel « *les lourdeurs administratives découlant de l'obligation de produire un nombre important de certificats ou d'autres documents en rapport avec les critères d'exclusion et de sélection constituent l'un des principaux obstacles à leur participation aux marchés publics* »⁵⁷⁰. En effet, les lourdeurs administratives et financières inhérentes à la passation des marchés publics constituent un véritable « *repoussoir* »⁵⁷¹ pour les PME, qui ne disposent pas toujours des capacités humaines et financières propres à satisfaire les exigences formelles imposées par ce type de procédure.

Le DUME se présente comme une déclaration sur l'honneur préremplie par laquelle le soumissionnaire atteste qu'il n'est pas visé, pas davantage que l'entité tierce sur les capacités de laquelle il se repose le cas échéant, par un motif d'exclusion, mais aussi qu'il satisfait les critères de sélection et d'attribution établis par le pouvoir adjudicateur⁵⁷². Poursuivant

⁵⁶⁵ Dir. 2014/24, art. 58 §3.

⁵⁶⁶ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 117.

⁵⁶⁷ P. Telles, « Article 59 – European single procurement document », in R. Caranta et A. Sanchez-Graells (dir.), *European public procurement*, Edward Elgar publishing, 2021, p. 648.

⁵⁶⁸ Dir. 2014/24, art. 59.

⁵⁶⁹ En ce s. B. Dacosta, « L'accès des PME aux marchés publics dans la nouvelle directive Marchés publics », *op. cit.*, p. 324.

⁵⁷⁰ Dir. 2014/24, cons. 84.

⁵⁷¹ 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*, 2023, p. 52.

⁵⁷² Dir. 2014/24, art. 59 §1.

l'entreprise de simplification, le texte précise, en outre, que « *le DUME ne doit être fourni que sous forme électronique* ». La formulation impérative de l'article 59 – selon laquelle « *lors de la présentation des demandes de participation ou d'offres, les pouvoirs adjudicateurs acceptent le document unique de marché européen [nous soulignons]* » – est suffisamment rare pour être soulignée. Cette utilisation obligatoire du DUME déplace la vérification des documents justificatifs à la dernière étape de la procédure puisque le pouvoir adjudicateur en exige la fourniture juste avant l'attribution du marché public. Il convient toutefois de relever que les pouvoirs adjudicateurs conservent leur faculté de demander aux candidats de fournir des éléments de preuve justifiant leur déclaration, et ce « *à tout moment de la procédure* », précise le texte.

Cette mesure constitue en théorie un facteur de simplification pour les opérateurs économiques, qui peuvent d'ailleurs réutiliser un DUME qui a déjà été utilisé dans une procédure antérieure, à condition de confirmer la validité des informations qu'il contient. L'article 59 de la *directive Marchés* les dispense, de surcroît, de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives « *lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale dans un État membre qui est accessible gratuitement, comme un registre national des marchés publics ou encore le casier judiciaire des membres de l'opérateur économique* ». Au fond, loin d'alléger les charges administratives et financières induites par la passation des marchés, le DUME conduit à les transférer des opérateurs économiques au pouvoir adjudicateur⁵⁷³. Par voie de conséquence, le DUME tend à augmenter « *l'incertitude concernant les délais de procédure* »⁵⁷⁴, eu égard aux vérifications et autres demandes de documents qui incombent désormais aux pouvoirs adjudicateurs. Enfin, le DUME porte en lui le germe d'une rupture d'égalité de traitement dès lors que le pouvoir adjudicateur peut s'apercevoir, seulement avant l'attribution, qu'un candidat n'est pas éligible, par exemple parce qu'il a fourni un document inexact ou frauduleux⁵⁷⁵.

Dans l'ensemble, la doctrine porte un regard plutôt mitigé sur cette réforme dont elle souligne qu'elle ne saurait s'assimiler au « *Small Business Act* » européen⁵⁷⁶. Elle reconnaît

⁵⁷³ M. Trybus et M. Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, p. 232 ; v. égal. P. Telles, « Article 59 – European single procurement document », *op. cit.*, p. 651.

⁵⁷⁴ P. Telles, « Article 59 – European single procurement document », *op. cit.*, p. 653.

⁵⁷⁵ M. Trybus et M. Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, p. 233.

⁵⁷⁶ S. Braconnier, « PME et commande publique : totems... », *Le Moniteur – Contrats publics* nov. 2014, p. 3 ; L. Rapp, « L'accès des PME aux marchés publics : un *small business act* ? », *CMP* 2014, dossier 12.

unanimement que la souplesse qui la caractérise permet une conciliation équilibrée de l'objectif de promotion des PME avec les exigences prioritaires de concurrence, d'utilisation des deniers publics et de non-discrimination⁵⁷⁷. La contrepartie en est que l'efficacité de la réforme était d'emblée conditionnée à la stratégie de transposition des États membres, ainsi qu'à la « *volonté des acteurs* »⁵⁷⁸. Ces éléments permettent d'éclairer le bilan nuancé tiré par la Cour des comptes européenne selon lequel la réforme des directives n'a « *pas eu d'effet démontrable* »⁵⁷⁹ sur l'accès des PME. Dans son rapport de 2023, la Cour constatait plus précisément qu'entre 2016 et 2021 la participation des PME à des procédures de passation ou à des contrats n'avait globalement pas augmenté, étant précisé que ce chiffre est susceptible de varier d'un État à l'autre⁵⁸⁰. En France, la proportion est restée relativement stable, que l'on se fie à l'indicateur « offres des PME »⁵⁸¹ ou à l'indicateur « PME contractantes »⁵⁸². Cette conclusion, somme toute positive⁵⁸³, ne saurait surprendre dès lors que plusieurs des mesures envisagées par la *directive 2014/24* pour améliorer l'accès des PME aux marchés publics existaient déjà sous l'empire du *Code des marchés publics*, à l'image de l'allotissement obligatoire⁵⁸⁴. Certains membres de la doctrine font enfin valoir que l'accroissement de la participation des PME à la commande publique doit passer par « *la pratique* » davantage que par des « *mécanismes juridiques abscons* »⁵⁸⁵.

⁵⁷⁷ M. Assis Raimundo, « "Aiming at the market you want" : a critical analysis of the duties on division into lots under Directive 2014/24/EU », *op. cit.* ; F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, pp. 119-120 ; I. Herrera, L. M. Nes, T. Sikkeland, « Article 46 – Division of contracts into lots », *op. cit.*, pp. 505-506 ; M. Trybus et M. Andrecka, « Favoursing Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *op. cit.*, pp. 224 et suiv. ; M. Trybus, « The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement : A Strategic Objective of the New Public Sector Directive ? », *op. cit.*, pp. 313 et s.

⁵⁷⁸ F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 119.

⁵⁷⁹ 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*, 2023, p. 5.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, pp. 33 et s. ; v. égal. M. Trybus, « The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement : A Strategic Objective of the New Public Sector Directive ? », *op. cit.*, p. 258.

⁵⁸¹ 67,4% en 2016 contre 69, 5% en 2020 (source : tableau de bord interactif élaboré par la Cour des comptes européennes : https://public.tableau.com/app/profile/gti1940/viz/eca_dashboard/Story).

⁵⁸² 47,3% en 2016 contre 42,7 % en 2020 (source : tableau de bord interactif élaboré par la Cour des comptes européennes : https://public.tableau.com/app/profile/gti1940/viz/eca_dashboard/Story).

⁵⁸³ Il serait cependant difficile de fixer abstraitement un taux à partir duquel la participation des PME serait jugée satisfaisante.

⁵⁸⁴ En ce sens, F. Lichère, « L'accès aux PME dans la Directive 2014/24 », *op. cit.*, p. 113.

⁵⁸⁵ S. Braconnier, « PME et commande publique : totems... », *op. cit.*, p. 3.

THEMATIQUE N° 8 : L'INNOVATION

Le droit européen de la commande publique resta longtemps muet sur l'innovation⁵⁸⁶. Les prémices de son intégration datent des années 2000 et résultent de nouvelles politiques européennes générales (qui ne s'appliquent pas uniquement aux marchés publics et concessions)⁵⁸⁷. Pourtant, l'innovation et la commande publique entretiennent des liens étroits, comme le souligne Sophie Meslin-Lière⁵⁸⁸. D'une part, les contrats de la commande publique constituent un outil de promotion de l'innovation, à la fois par l'adaptation au progrès technique de manière générale et par la création récente de nouveaux outils contractuels liés à l'innovation. D'autre part, il existe une interdépendance entre innovation et commande publique, puisque la première peut également être au service de la seconde en participant à la concurrence et à la croissance économique, et que les deux sont dotées d'une fonction commune fondée sur la performance.

La reconnaissance de ces liens ne fut toutefois opérée au sein du droit européen de la commande publique qu'en 2014, par la *directive 2014/24* principalement et, dans une certaine mesure, la *directive 2014/23*⁵⁸⁹.

S'inspirant des travaux de l'OCDE⁵⁹⁰, ces deux directives retiennent une ample définition de l'innovation, « *laiss[ant] une certaine souplesse d'appréciation aux*

⁵⁸⁶ Par exemple, la directive 2004/18/CE (Dir. 2004/18/CE), précédant celle de 2014 sur les marchés publics, ne fait aucune mention de l'innovation.

⁵⁸⁷ L'innovation fut érigée en objectif stratégique de l'UE par la présidence du Conseil européen en 2000, et apparaît à ce titre à treize reprises dans les conclusions de la présidence à l'issue de la réunion extraordinaire du Conseil européen à Lisbonne les 23 et 24 mars 2000 (au-delà de l'intitulé d'une subdivision incluant l'innovation, ce terme apparaît dans plusieurs paragraphes : Conseil européen, Conclusions de la présidence, Lisbonne, 23 et 24 mars 2000, §2, §5, §§12-14, §20, §23, §29, §36, et §41).

Voy. par exemple à ce sujet : J.-L. Piotraut, « Recherche et développement : politique », *Répertoire de droit européen*, mise à jour du 01/03/2014, spéc. §3 et §10.

⁵⁸⁸ S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, Paris La Défense, LGDJ/Lextenso, 2022, pp. 9-14.

⁵⁸⁹ Contrairement à la *directive 2014/24*, la *directive 2014/23* contient huit mentions de l'innovation ou synonymes (comme « *solution innovante* ») mais aucun outil n'y est spécifiquement dédié. L'innovation apparaît dans plusieurs considérant et fait simplement l'objet d'une définition dans un article de la directive (Dir. 2014/23/UE, cons. 3, cons. 53, cons. 73, et art. 5 §13).

Il convient de souligner que la thématique retenue au sein du présent rapport exclut nécessairement les secteurs spéciaux régis par la *directive 2014/25/UE* ainsi que les outils non soumis au droit de la commande publique mais susceptibles d'être mobilisés dans le cadre de l'innovation (tels que les marchés conclus à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, ou les marchés de recherche et de développement).

⁵⁹⁰ Cette définition s'inspire fortement du *Manuel d'Oslo*, réalisé au sein de l'OCDE et portant sur les principes directeurs pour le recueil et l'utilisation des données sur l'innovation. Les quatre éditions à ce jour de ce manuel (la première datant de 1992 et la dernière de 2018) révèlent un élargissement progressif de la définition de l'innovation pour inclure l'ensemble de ses aspects.

acheteurs »⁵⁹¹. En premier lieu, deux cas de figure alternatifs sont inclus : il peut s'agir d'une nouveauté *stricto sensu* ou d'une amélioration sensible d'une solution existante⁵⁹². En second lieu, la nouveauté ou l'amélioration sensible peuvent être celles « *d'un produit, d'un service ou d'un procédé* », étant entendu que ceci recouvre « [l]es procédés de production ou de construction, [...] une nouvelle méthode de commercialisation ou [...] une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise »⁵⁹³. La transcription en droit français apporte une légère nuance, bien qu'ayant *a priori* peu de conséquences en pratique, en indiquant que ces éléments de définition portent non pas sur l'innovation, mais sur le caractère innovant⁵⁹⁴.

Outre la définition de l'innovation, trois dispositions de la *directive 2014/24* procèdent à l'intégration de l'innovation. Il en est ainsi de l'article 31 créant le partenariat d'innovation⁵⁹⁵, de l'article 70 permettant d'inclure l'innovation au sein des conditions particulières d'exécution des marchés publics⁵⁹⁶, et de l'article 76 §2 créant la faculté de prendre en considération l'innovation au stade de l'attribution des marchés publics⁵⁹⁷.

Ces trois dispositions révèlent la volonté d'une promotion diffuse de l'innovation au sein de l'ensemble de la commande publique (§I.). Des freins à la mobilisation de ces outils demeurent toutefois, révélant ainsi les limites de la promotion de l'innovation par la *directive 2014/24* (§II.).

§I. L'intégration transversale de l'innovation

La promotion de l'innovation par la *directive 2014/24* repose naturellement en premier lieu sur la création d'un outil dédié à l'innovation : le partenariat d'innovation (A.). Cet outil

Concernant l'influence de la définition de l'innovation dans les travaux de l'OCDE, voy. par exemple : Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Guide pratique de l'achat public innovant*, mai 2019, p. 5.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 7.

⁵⁹² Dir. 2014/23/UE, cons. 3, art. 5 §13 ; Dir. 2014/24/UE, art. 2 §22.

⁵⁹³ La définition est identique dans les *directives 2014/23* et *2014/24* (Dir. 2014/23/UE, cons. 3, art. 5 §13 ; Dir. 2014/24/UE, art. 2 §22).

Les mêmes éléments de définition sont naturellement repris dans le *Code de la commande publique* (article L. 2172-3).

⁵⁹⁴ Article L. 2172-3 al. 2 du Code de la commande publique : « Sont considérés comme innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise [nous soulignons] ».

⁵⁹⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 31.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, art. 70.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, art. 76 §2.

est complété par l'intégration de l'innovation aux stades de la passation (B.) et de l'exécution (C.) des marchés publics en général, même en dehors des partenariats d'innovation.

A. La création d'une procédure et d'un marché spécifiques : le partenariat d'innovation

Le besoin de créer un outil spécifique dédié uniquement à l'innovation est né d'un constat : celui du manque d'adéquation entre l'innovation et les outils existants de la commande publique. La Commission européenne a elle-même dressé ce bilan en 2007⁵⁹⁸, d'où sa proposition d'un outil non soumis au droit des marchés publics – à savoir, les achats publics avant commercialisation⁵⁹⁹.

Ce dispositif s'est toutefois avéré insuffisant pour promouvoir l'innovation, faute de prendre en compte les spécificités de celle-ci⁶⁰⁰.

Des critiques similaires peuvent être adressées à d'autres outils – soumis au droit de la commande publique cette fois –, tels que les accords-cadres. Si les accords-cadres sont adaptés à l'évolutivité technique qui caractérise l'innovation, ils sont en revanche soumis à des exigences peu compatibles avec l'innovation – comme la définition précise du besoin de l'acheteur, nécessairement entravée par le fait que l'innovation implique quelque chose qui n'existe pas encore⁶⁰¹. Il en est de même des contrats globaux, qui sont susceptibles d'inclure l'innovation dans le cadre d'un équipement public ou d'un service public – par exemple, les communications électroniques, les véhicules électriques, l'éclairage public ou des nouveaux péages –, mais qui manquent de flexibilité pour la gestion des risques suscités par l'innovation (au regard des coûts, de l'incertitude quant au développement d'une solution répondant

⁵⁹⁸ European Commission, *Guide on dealing with innovative solutions in public procurement – 10 elements of good practice*, 2007, SEC(2007) 280.

⁵⁹⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Achats publics avant commercialisation : promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe*, 14 décembre 2007, SEC(2007) 1668, COM/2007/0799 final.

⁶⁰⁰ Comme le soulignent plusieurs auteurs, les achats publics avant commercialisation présentent un intérêt limité, en raison de la distinction sur laquelle ils reposent. Ils séparent en effet deux phases : la phase de recherche et développement et la phase d'acquisition ou de commercialisation de la solution innovante ainsi créée. Cette distinction génère l'obligation de remise en concurrence entre les deux phases, freinant ainsi aussi bien les acheteurs publics (non certains de pouvoir acquérir la solution développée par l'achat public avant commercialisation) que les opérateurs économiques (qui pourraient développer des solutions lors de la première phase sans être tributaires du contrat de commercialisation ou d'acquisition de celle-ci). Voy. à ce sujet : M. Andrecka, « Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues? », *PPLR* 2015, n° 2, pp. 48-62 ; S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, *op. cit.*, pp. 124-126 ; L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *Le Moniteur – Contrats publics* 2023, n° 239, pp. 25-31.

⁶⁰¹ S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, *op. cit.*, pp. 85-89.

réellement aux besoins, ou de l'évolutivité technique)⁶⁰². Un outil français semblait en revanche adapté à l'innovation, car prenant en compte les difficultés liées aux définitions des besoins des acheteurs en la matière, mais fut abrogé pour non-conformité avec le droit européen de la commande publique : les marchés publics de définition⁶⁰³.

Au-delà des techniques d'achat (accords-cadres) ou catégories de contrats (contrats globaux), il a pu être souligné que certaines procédures pourraient être mobilisées pour promouvoir l'innovation – à savoir, la procédure négociée et le dialogue compétitif. Ces procédures ne sont toutefois pas réellement adaptées aux spécificités de l'innovation, au premier rang desquelles la nécessaire sauvegarde des droits de propriété intellectuelle et les garanties accrues devant être accordées au secret des affaires. Ces spécificités s'accommodent difficilement des principes fondamentaux du droit de la commande publique (liberté et égalité de la concurrence), et ces procédures ne prévoient pas de dispositif spécifique pour les concilier avec l'innovation⁶⁰⁴.

D'où la création du partenariat d'innovation, qui constitue « *une procédure de passation spécifique, mais aussi un marché particulier, les deux éléments étant intimement liés* »⁶⁰⁵. Cet outil peut être défini comme « *une procédure ad hoc ayant pour finalité de favoriser l'innovation* » et dotée d'une « *finalité [...] incitative, contrairement à l'objet classiquement assigné au droit de la commande publique, puisque le but est l'acquisition d'un produit ou d'un procédé qui n'existait pas encore* »⁶⁰⁶.

L'une des caractéristiques majeures du partenariat d'innovation, par opposition à d'autres outils préexistants, tient en effet à l'inclusion des deux phases de l'innovation sans

⁶⁰² *Ibid.*, pp. 89-109.

⁶⁰³ Les marchés publics de définition, prévus par l'article 73 du *Code des marchés publics* (éditions de 2004 et de 2006), permettaient la distinction de la définition du besoin et de l'exécution. Cet outil suscita la condamnation de la France par la CJUE, en raison du traitement discriminatoire dont bénéficiaient les titulaires des marchés de définition lors de l'attribution des marchés d'exécution, puisqu'eux seuls pouvaient participer à la procédure de passation des marchés d'exécution (CJUE, 10 décembre 2009, *Commission européenne c/ République française*, aff. C-299/08, §§39-45). Ceci a conduit à l'abrogation des marchés publics de définition l'année suivante (*décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique*, article 40).

⁶⁰⁴ S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, *op. cit.*, pp. 193-227.

⁶⁰⁵ E. Pourcel, « Le partenariat d'innovation, de vraies fausses novations contractuelle et procédurale ? », *CMP* avr. 2015, étude 5, pp. 13-19.

⁶⁰⁶ C. Mialot et Th. Poulard, « Le partenariat d'innovation-retours d'expérience ; Note sous Directive 2014/24/UE du parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2016, n° 6, dossier 49, pp. 29-33.

remise en concurrence entre ces phases : la phase de recherche et de développement, ainsi que celle d'acquisition de la solution ainsi développée⁶⁰⁷.

La mobilisation du partenariat d'innovation est dès lors soumise à la réunion de deux conditions : le caractère innovant des fournitures, travaux ou services selon les éléments de définition préalablement cités, ainsi que l'existence d'une carence du marché en la matière⁶⁰⁸.

Cet outil se caractérise par une souplesse éminemment nécessaire à l'innovation. Ceci transparaît dès la procédure de passation du partenariat d'innovation, puisqu'il s'agit d'une procédure avec négociation⁶⁰⁹. La définition du besoin de l'acheteur se caractérise également par cette souplesse, motivée par l'incertitude des résultats d'activités de recherche et corrélativement des risques inhérents à l'innovation (notamment le risque que la recherche ne permette pas le développement et l'acquisition d'une solution répondant aux besoins). Il s'ensuit que l'exigence de définition du besoin est remplie par l'établissement des « *exigences minimales que doivent respecter toutes les offres* »⁶¹⁰ (étant entendu que les négociations permettront par la suite d'établir les « *niveaux de performance et [...] coûts maximum* »⁶¹¹). Pour les mêmes raisons, la faculté de conclure des contrats avec plusieurs partenaires a été prévue. Cette possibilité permet de maximiser les chances d'obtenir une ou plusieurs solution(s) innovante(s) correspondant aux besoins de l'acheteur⁶¹². En revanche, la procédure de passation du partenariat d'innovation est par certains aspects plus contraignante que la procédure de droit commun des marchés publics. L'aspect le plus emblématique tient à l'obligation pour l'acheteur de prendre en considération les capacités des candidats à élaborer et mettre en œuvre des solutions innovantes⁶¹³.

L'exécution du partenariat d'innovation est également modulée par l'incertitude et les risques inhérents à l'innovation. Trois dispositifs propres à cet outil se démarquent particulièrement à cet égard⁶¹⁴. En premier lieu, la rémunération des partenaires peut évoluer

⁶⁰⁷ Dir. 2014/24/UE, art. 31 §2.

⁶⁰⁸ « *Le partenariat d'innovation est un marché qui a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants ainsi que l'acquisition ultérieure des produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché* » (article L. 2172-3 al. 1 du Code de la commande publique).

⁶⁰⁹ Dir. 2014/24/UE, art. 31 §3.

⁶¹⁰ *Ibid.*, art. 31 §1 al. 2.

⁶¹¹ *Ibid.*, art. 31 §2.

⁶¹² Cette faculté est prévue par l'article 31 §1 al. 3 de la *directive Marchés*.

Voy. par exemple à ce sujet : L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.*

⁶¹³ Dir. 2014/24/UE, art. 31 §6.

⁶¹⁴ Voy. par exemple pour ces traits distinctifs de l'exécution du partenariat d'innovation : L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.* ; N. Bussy, R. Crespelle, L. Guibout et E. Mavroidis, « Les partenariats

en fonction des performances du ou des partenaire(s), à l'aune des objectifs intermédiaires préalablement établis par l'acheteur⁶¹⁵. Le partenariat se structure effectivement en plusieurs sous-phases (au sein des deux phases que sont la recherche et le développement d'une part, et l'acquisition ou la commercialisation d'autre part) auxquelles sont associés des objectifs. Le fait que ces derniers ne soient pas atteints peut conduire à moduler la rémunération. Plus encore et en deuxième lieu, une telle hypothèse peut même conduire à la résiliation du contrat (ou de certains contrats dans l'hypothèse où il y aurait plusieurs partenaires), si cette possibilité est prévue et organisée contractuellement (notamment au regard des conséquences financières)⁶¹⁶. Dans le même ordre d'idées et en troisième lieu, l'acquisition de la solution développée est facultative et est même interdite lorsque celle-ci ne correspond pas aux exigences définies dans le contrat, c'est-à-dire au niveau de performance et coûts maximums⁶¹⁷.

L'ensemble de ces spécificités est à l'origine de plusieurs avantages du partenariat d'innovation par comparaison avec les outils préexistants. Il en est ainsi de la limitation des risques de conflit d'intérêts et d'inégalité de traitement des candidats apparaissant dans le cadre du dialogue compétitif. La définition fonctionnelle par l'acheteur de son besoin (via des « *exigences minimales* »⁶¹⁸) dans le cadre du partenariat d'innovation permet de limiter de tels risques, en conditionnant la participation des candidats à l'appel d'offres au respect de ces exigences⁶¹⁹. Les modalités de la gestion de prise de risque dans l'achat, par la faculté de résiliation du contrat et l'interdiction d'acquisition de la solution développée ne répondant pas aux exigences contractuelles, ont également été favorablement accueillies⁶²⁰. Ainsi, la création du partenariat d'innovation constitue un outil indéniable de promotion de l'innovation⁶²¹.

d'innovation de SNCF Mobilités : l'ingénierie juridique au service de l'innovation », *Le Moniteur – Contrats publics* 2018, n° 184, pp. 53-57.

⁶¹⁵ Dir. 2014/24/UE, art. 31 §2 al. 2.

⁶¹⁶ *Ibid.*, art. 31 §2 al. 3.

⁶¹⁷ *Ibid.*, art. 31 §2.

⁶¹⁸ *Ibid.*, art. 31 §1 al. 2.

⁶¹⁹ M. Andrecka « Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues? », *op. cit.*, pp. 48-62.

⁶²⁰ Voy. par exemple : N. Bussy, R. Crespelle, L. Guibout et E. Mavroidis, « Les partenariats d'innovation de SNCF Mobilités : l'ingénierie juridique au service de l'innovation », *op. cit.*

⁶²¹ Pour un tel constat, voy. par exemple : J.-G. Sorbara, « Marchés publics et innovation », *CMP* juin 2014, dossier 13.

Pour une opinion contraire, relativisant les nouveautés apportées par le partenariat d'innovation en raison de ses similitudes avec des dispositifs préexistants (et abrogés pour certains) comme les marchés publics de définition qui étaient propres au droit français, voy. : E. Pourcel, « Le partenariat d'innovation, de vraies fausses novations contractuelle et procédurale ? », *op. cit.* ; J.-G. Sorbara, « Marchés publics et innovation », *op. cit.*

Le bilan de la promotion de l'innovation par la *directive 2014/24* pourrait ainsi sembler positif et conforté par le fait que la directive prévoit deux autres dispositifs liés à l'innovation (dans le cadre de la passation du marché et dans le cadre de son exécution).

B. L'intégration de l'innovation au sein de la passation du marché

Comme pour l'exécution (analysée ci-après), la directive est peu prolixe quant aux modalités et conséquences de l'intégration de l'innovation au sein de la passation du marché hors partenariat d'innovation.

L'article 76 §2 de la *directive 2014/24* se contente d'indiquer que « [l]es États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs puissent prendre en compte la nécessité d'assurer la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi que l'innovation [nous soulignons] ».

La directive établit donc simplement la possibilité d'intégrer, au stade de l'attribution des marchés publics, la prise en compte de l'innovation, sans en préciser les modalités concrètes et éventuelles limites. Ceci fait d'ailleurs écho au droit français qui prévoyait déjà cette possibilité (sans autre précision) avant 2014, alors même que la *directive 2004/18* était muette à ce sujet⁶²².

⁶²² L'article 53 du *Code des marchés publics* (aussi bien dans la version de 2004 que celle de 2006) prévoyait en effet la faculté d'inclure le caractère innovant de l'offre dans les critères d'attribution des marchés publics, sous les rédactions respectives suivantes :

« II. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations » (édition de 2004) ;

« I.-Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles » (édition de 2006).

Voy. à ce sujet : J.-G. Sorbara, « Marchés publics et innovation », *op. cit.*

L'article 76 §2 de la directive doit toutefois être lu en conjonction avec d'autres dispositions, qui concrétisent et développent dans une certaine mesure l'intégration de l'innovation au stade de la passation des marchés publics.

Ainsi, la procédure avec négociation (hors partenariat d'innovation) et le dialogue compétitif peuvent être mobilisés au seul motif de l'innovation⁶²³.

Plus encore, le critère d'attribution du marché tenant à « *l'offre économiquement la plus avantageuse* »⁶²⁴ intègre l'innovation⁶²⁵.

Enfin, bien que l'innovation ne soit pas mentionnée, il a pu être souligné que l'acceptation des variantes, c'est-à-dire d'une offre différente des spécifications prévues dans les documents de la consultation, peut être un outil de promotion d'innovation en permettant de proposer des solutions innovantes non prévues par l'acheteur⁶²⁶. La faculté pour les candidats de présenter des variantes n'est toutefois pas automatique ou de droit, car elle est soumise à plusieurs conditions, dont l'autorisation des pouvoirs adjudicateurs⁶²⁷. En outre, le recours aux variantes semble, de manière générale (même hors innovation), être freiné par la crainte des acheteurs publics de ne pas respecter les règles de la commande publique lorsqu'ils mobilisent cet outil.

L'intégration de l'innovation au stade de la passation des marchés publics (hors partenariat d'innovation) est donc relative et imprécise, bien qu'elle transparaissent de plusieurs éléments importants de la passation. Il en est sensiblement de même des règles d'exécution des marchés publics susceptibles de promouvoir l'innovation.

⁶²³ Dir. 2014/24/UE, art. 26 §4 a) ii).

⁶²⁴ *Ibid.*, art. 67 §1.

⁶²⁵ « *L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/ prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants :*

a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions » (ibid., art. 67 §2 a)).

⁶²⁶ Voy. par exemple : J.-G. Sorbara, « Marchés publics et innovation », *op. cit.*

⁶²⁷ Dir. 2014/24/UE, art. 45.

C. L'intégration de l'innovation au sein de l'exécution du marché

Seul l'article 70 de la *directive 2014/24* prévoit expressément, au stade de l'exécution des marchés publics, l'intégration de l'innovation : « [l]es pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi [nous soulignons] ».

La souplesse nécessaire à l'innovation semble donc à nouveau prise en compte pour moduler les conditions d'exécution du marché, sans pour autant que les éventuelles limites et modalités d'exercice de cette possibilité ne soient précisées.

Ceci explique le constat dressé à l'encontre des modifications du contrat : il n'existe pas de traitement particulier des changements dus à l'innovation, mais le droit de la commande publique n'interdit pas pour autant les modifications du contrat fondées sur ce motif⁶²⁸. Il est en effet loisible aux parties, sous réserve du respect des règles générales relatives à la modification des contrats de la commande publique⁶²⁹, de prévoir la faculté de faire évoluer le contrat en fonction des innovations. Il s'avère que l'évolution de l'objet du contrat (par opposition à celle de la durée du contrat) est entravée par lesdites règles générales, en particulier lorsque l'innovation porte sur une solution nouvelle et non l'amélioration d'une solution existante. En revanche, la modulation de la durée du contrat pour prendre en compte les changements dus à l'innovation est plus aisée, comme le démontre l'exemple de l'intégration du cycle de vie du produit dans le cadre des marchés publics informatiques⁶³⁰.

Ces éléments expliquent qu'alors même que la *directive 2014/24* est particulièrement laconique sur l'innovation dans le cadre de l'exécution du contrat, il a pu paradoxalement être souligné que les règles relatives à l'exécution sont plus performantes à l'égard de la promotion de l'innovation que celles relatives à la passation, car offrant davantage d'options contractuelles⁶³¹.

⁶²⁸ S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, op. cit., pp. 268-269.

⁶²⁹ Pour de plus amples informations sur la modification des contrats de la commande publique, voy. un précédent rapport de la Chaire de droit des contrats publics : F. Lichère (dir.), *La modification des contrats de la commande publique*, Rapport de la Chaire de droit des contrats publics, 2023.

⁶³⁰ Pour l'ensemble de ces éléments, voy. : S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, op. cit., pp. 293-327.

⁶³¹ *Ibid.*, pp. 427-428.

Cette analyse de l'intégration de l'innovation constitue un premier indice quant au bilan de la promotion de l'innovation par la directive 2014/24. Bien qu'il existe des outils au soutien d'une telle promotion, d'importantes limites apparaissent.

§II. La promotion perfectible de l'innovation

La rareté de la mobilisation des outils liés à l'innovation est consensuelle, en particulier concernant l'outil spécifiquement dédié à l'innovation qu'est le partenariat d'innovation : « [l]e partenariat d'innovation constitue sans doute la forme contractuelle la plus évoluée d'intégration de l'innovation [...]. Pourtant, le partenariat d'innovation constitue un outil sous-estimé – et par voie de conséquence sous-utilisé – par les acheteurs, ces derniers se montrant réticents à y recourir en raison de ses conditions de recours, de sa procédure de passation, de son fonctionnement, voire des compétences et moyens techniques ou juridiques, que peuvent nécessiter son élaboration, sa passation et son exécution »⁶³².

Les motifs de la réticence des acheteurs à utiliser le partenariat d'innovation révèlent les limites des outils de promotion de l'innovation. Celles-ci peuvent être résumées par un constat dressé à l'encontre du partenariat d'innovation, lequel est « jugé peu sécurisant et trop complexe par les acheteurs publics »⁶³³.

L'étude des critiques adressées aux outils de promotion de l'innovation issus de la directive 2014/24 – et par conséquent l'étude des limites de ces outils – révèle que ces limites sont interconnectées et inextricablement liées. Elles peuvent toutefois être classées en deux catégories, selon qu'elles résultent des antinomies avec les exigences de la concurrence (A.) ou des lacunes intrinsèques aux outils de promotion de l'innovation (B.).

A. Des freins liés à la conciliation entre les exigences de la concurrence et l'innovation

Certains freins sont traditionnels, mais revêtent une ampleur plus importante dans le cadre de l'innovation.

⁶³² L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.*, pp. 25-31.

⁶³³ S. Azazi, « La commande publique et la planification urbaine de la ville intelligente », *Gazette de l'Institut de droit public des affaires* sept. 2019, n° 39.

En premier lieu, plusieurs composantes de la phase de passation dénotent les difficultés de conciliation entre les principes fondamentaux de la commande publique (donc les exigences de la concurrence) et l'innovation.

Ainsi, dans le cadre des partenariats d'innovation, la souplesse accordée par la faculté de la définition fonctionnelle des besoins de l'acheteur ne semble pas suffisante. La définition des performances et coûts maximum est peu aisée, et semble insuffisamment adaptée à la nature à la fois évolutive et incertaine du processus d'innovation⁶³⁴. L'absence de certitude quant au temps, aux moyens et aux résultats des activités de recherche est naturellement susceptible d'influencer les coûts maximums par exemple. Le degré minimal de précision de la définition des besoins manque également de clarté, notamment quant à la définition des performances attendues⁶³⁵.

Les exigences de la concurrence que sont la transparence et l'égalité des candidats peuvent par ailleurs entraver certaines garanties essentielles à l'innovation, comme la sauvegarde du secret des affaires⁶³⁶. La directive prévoit simplement, en ce qui concerne le partenariat d'innovation, l'interdiction pour les pouvoirs adjudicateurs de transmettre aux candidats, soumissionnaires ou partenaires des informations confidentielles (dont les solutions innovantes proposées) des autres candidats, soumissionnaires ou partenaires sans l'accord de ces derniers⁶³⁷.

À un stade plus avancé de la passation, d'autres antinomies ou, à tout le moins, d'autres freins à la convergence apparaissent entre les exigences de la concurrence et les spécificités de l'innovation. Il en est ainsi de la comparabilité des offres. Les offres portant sur des solutions qui n'existent pas encore, leur comparaison objective et donc l'égalité de traitement sont entravées⁶³⁸.

En second lieu, certaines difficultés traditionnelles au stade de l'exécution sont également accentuées face à l'innovation.

Il en est ainsi de la continuité *du contrat* en présence d'évolutions techniques. Les règles générales relatives à la modification des contrats de la commande publique (déjà mentionnées)

⁶³⁴ S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, op. cit., pp. 110-120 et pp. 131-136.

⁶³⁵ M. Andrecka, « Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues? », op. cit., pp. 48-62.

⁶³⁶ Voy. par exemple : Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Guide pratique de l'achat public innovant*, préc., p. 4.

⁶³⁷ Dir. 2014/24/UE, art. 31 §4 al. 2, et art. 31 §6 al. 3.

⁶³⁸ S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, op. cit., pp. 166-189.

entravent la promotion de l'évolutivité technique, car elles sont destinées à assurer la dynamique concurrentielle et ainsi à préserver la mise en concurrence initiale⁶³⁹.

Il en est de même de la continuité *de l'activité* cette fois, particulièrement essentielle compte tenu des liens importants entre les contrats de la commande publique et les services publics. À cet égard, l'asymétrie d'informations entre les parties, qui est traditionnelle, constitue un obstacle important (dans la continuité du secret des affaires évoquée précédemment pour la passation). Cette asymétrie résulte du fait que la personne privée cocontractante dispose de plus amples informations que la personne publique, surtout en présence d'une solution innovante qu'elle a développée. La continuité de l'activité objet du contrat suppose la réversibilité, c'est-à-dire la faculté pour la personne publique de prendre en charge elle-même l'activité faisant l'objet du contrat. Cette réversibilité est ainsi entravée par l'asymétrie d'informations, laquelle n'est pas appréhendée par le droit de la commande publique⁶⁴⁰.

L'antagonisme ponctuel entre concurrence et innovation explique d'ailleurs les avantages pour l'innovation que représentent certains monopoles – comme celui de la distribution publique d'électricité⁶⁴¹.

L'ensemble de ces éléments confirme l'inadéquation résiduelle entre certains principes fondamentaux de la commande publique et les spécificités de l'innovation. Les freins à la promotion de l'innovation par la *directive 2014/24* ne se limitent toutefois pas à ces éléments, car il existe des incertitudes propres aux outils de promotion de l'innovation.

B. Des freins propres aux outils de promotion de l'innovation

Un consensus semble exister quant à trois limites propres aux outils de promotion de l'innovation : ils sont généralement considérés comme insuffisamment sécurisants, complexes, et subordonnés à des prérequis exigeants.

Ceci est manifeste concernant un élément pourtant essentiel : la définition de l'innovation, qui s'avère trop imprécise⁶⁴². La définition retenue dans les *directives Concessions* et *Marchés* de 2014 se contente d'énumérer les objets sur lesquels porte

⁶³⁹ *Ibid.*, pp. 247-268.

⁶⁴⁰ Pour l'ensemble de ces éléments : *ibid.*, pp. 373-382.

⁶⁴¹ *Ibid.*, pp. 89-109.

⁶⁴² Le constat de cette imprécision fait consensus. Voy. par exemple : L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.*, pp. 25-31.

l'innovation – un produit, un service, ou un procédé – et d'indiquer que l'innovation résulte aussi bien de la création que de l'amélioration sensible d'une solution existante. Or, aucun élément n'est donné pour les qualifications de nouveauté ou d'amélioration sensible. Il s'ensuit que cette définition n'est pas opérationnelle, conduisant à des risques que les conditions de recours aux outils d'innovation ne soient pas respectées et, plus généralement, à des risques pour la sécurité juridique.

Une nuance peut toutefois être apportée avec le faisceau d'indices développé en France par la DAJ pour déterminer si une solution est ou non innovante. La DAJ propose un schéma contenant plusieurs questions à se poser pour la qualification d'innovation, ainsi que quatre indices : les caractéristiques de la solution proposée, les objectifs poursuivis, le type d'innovation et l'état d'avancement opérationnel de l'innovation proposée, ainsi que les éléments relatifs aux entreprises candidates ou soumissionnaires⁶⁴³. Ce faisceau d'indices n'est toutefois pas contraignant, la DAJ soulignant elle-même la liberté des acheteurs dans la « *méthodologie d'évaluation des achats innovants* »⁶⁴⁴.

Il est également possible de relever que la définition de l'innovation dans les *directives de 2014* contient des orientations, des directions (par la mention des buts : « *aider à relever des défis sociétaux ou à soutenir la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive* »⁶⁴⁵), mais il ne s'agit que de recommandations⁶⁴⁶ qui sont, en outre, imprécises.

Le recours à l'innovation et la décision même d'utiliser un outil qui y soit dédié sont donc empreints de certitude, faute d'une définition suffisamment précise.

Au stade à la fois de la passation et de l'exécution, l'un des enjeux majeurs de l'innovation semble également insuffisamment encadré : il s'agit de la répartition des droits de propriété intellectuelle et des risques corrélatifs de leur violation. La *directive 2014/24* indique simplement que la gestion des droits de propriété intellectuelle dans le cadre des partenariats d'innovation doit être définie par le pouvoir adjudicateur dès les documents de marché⁶⁴⁷.

⁶⁴³ Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Guide pratique de l'achat public innovant*, préc., p. 8.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 9.

⁶⁴⁵ Dir. 2014/23/UE, cons. 3, art. 5 §13 ; Dir. 2014/24/UE, art. 2 §22.

⁶⁴⁶ P. Cerqueira Gomes, « Article 31. Innovation Partnership », in CARANTA (R.) and SANCHEZ-GRAELLS (A.) (Ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 341.

⁶⁴⁷ Dir. 2014/24/UE, art. 31 §6 al. 3.

L'encadrement juridique des droits de propriété intellectuelle implique une réflexion en amont et une forte anticipation de l'acheteur, alors même que le résultat de la recherche demeure incertain et que d'importantes questions se posent quant à l'opportunité pour l'acheteur d'acquérir une grande partie de ces droits. L'acquisition par l'acheteur de l'intégralité ou d'une grande partie des droits de propriété intellectuelle génère en effet des coûts importants (qui s'ajoutent aux coûts de la recherche, du développement et de l'éventuelle acquisition), et constitue de plus un frein pour les candidats qui ne voudraient pas candidater, car ils ne disposeraient que de peu de droits de propriété intellectuelle sur la solution qu'ils auraient créée⁶⁴⁸.

Au stade de l'exécution, un manque de sécurité juridique transparaît concernant la résiliation d'un partenariat d'innovation avec plusieurs attributaires. En effet, la *directive 2014/24* ne détermine pas si les performances des attributaires en cours d'exécution peuvent être comparées pour déterminer si les objectifs intermédiaires du partenariat ont été atteints, et pour décider en conséquence de mettre fin aux contrats de certains attributaires⁶⁴⁹.

De manière plus générale, malgré un panel d'outils contractuels, ces outils sont insuffisants pour encadrer pleinement les risques et inconvénients potentiels de l'innovation afin d'inciter à utiliser ces outils, comme les coûts ou l'incertitude quant aux résultats de la recherche et du développement⁶⁵⁰. À ceci s'ajoute l'absence de réel mécanisme d'incitation à la proposition d'offres innovantes, au-delà de certaines primes dans le cadre de procédures de passation⁶⁵¹. L'opérateur économique supporte ainsi d'importants risques dans le cadre de l'innovation, dont des risques financiers.

Enfin, cette complexité et ce manque de sécurité juridique conduisent à l'existence de prérequis exigeants à la mobilisation de l'innovation dans le cadre de la commande publique.

Le premier prérequis tient au secteur d'activité : le recours à l'innovation n'est pas nécessairement opportun dans tous les secteurs. Il faut que le besoin d'innovation soit suffisant pour remplir les conditions juridiques de recours aux outils promouvant l'innovation et, de

⁶⁴⁸ L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.*, pp. 25-31 ; M. Andrecka, « Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues? », *op. cit.*, pp. 48-62 ; C. Mialot et Th. Poulard, « Le partenariat d'innovation-retours d'expérience ; Note sous Directive 2014/24/UE du parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE », *op. cit.*

⁶⁴⁹ Sur l'incertitude liée à l'égalité de traitement des attributaires d'un partenariat d'innovation au stade de l'exécution : P. Cerqueira Gomes, « Article 31. Innovation Partnership », *op. cit.*, p. 347.

⁶⁵⁰ S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, *op. cit.* pp. 14-22 ; L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.*

⁶⁵¹ S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, *op. cit.*, pp. 227-236.

manière plus pragmatique, pour que les acheteurs publics aient la volonté d'investir dans l'innovation et de prendre le risque de l'échec⁶⁵². Par exemple, le secteur de l'informatique semble peu propice aux partenariats d'innovation malgré l'utilisation de cet outil rapidement après sa création. Une limite est propre à ce secteur : la condition principale de recours à ce partenariat suppose l'inexistence d'une solution sur le marché pour répondre aux besoins de l'acheteur, mais dans le domaine informatique le problème ne tient pas tant à l'absence d'une telle solution qu'à l'inadaptation des solutions disponibles et à l'impossibilité de les adapter pour une application immédiate. Par exemple, pour l'opérateur national de paie, il existait sur le marché des systèmes de paie informatisés, mais ils n'étaient pas adaptés aux spécificités de la demande publique⁶⁵³.

Le second prérequis tient aux caractéristiques de l'acheteur. Ceci fait écho aux quatre facteurs clés du succès de l'achat public innovant identifiés en France par la DAJ : l'anticipation, la maîtrise des risques et le dialogue, le respect des règles de confidentialité, ainsi que le pilotage partenarial⁶⁵⁴. Ces facteurs clés révèlent que l'innovation dans la commande publique suppose certaines caractéristiques et capacités de l'acheteur public. Il en est ainsi en premier lieu de la capacité de l'acheteur public à s'impliquer et à accompagner tout au long du projet. Le partenariat d'innovation le révèle particulièrement, l'expérience démontrant la nécessité d'une collaboration et d'un dialogue renforcés entre l'acheteur et les différents acteurs pour la détermination de la solution la plus optimale⁶⁵⁵. Il en est de même en second lieu de la capacité financière de l'acheteur public. Ce dernier doit financer la phase de recherche et de développement, étant entendu que le processus est long, mais également les études préalables de « benchmarking » pour déterminer si le recours à l'innovation est nécessaire⁶⁵⁶.

⁶⁵² Sur le risque plus grand d'échec de toute démarche liée à l'innovation : L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.* ; Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Guide pratique de l'achat public innovant*, préc., p. 3.

⁶⁵³ Pour l'ensemble de ces éléments, voy. C. Durrleman et P.-A. Mogenier, « Partenariat d'innovation et marchés publics d'informatique », *Le Moniteur – Contrats publics* 2018, n° 184, pp. 58-62.

⁶⁵⁴ Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Guide pratique de l'achat public innovant*, préc., pp. 3-4.

⁶⁵⁵ Sur la nature essentielle du dialogue et de la coopération pour limiter les risques liés à l'exécution d'un achat public innovant, voy. *ibid.*, p. 4.

⁶⁵⁶ Sur les coûts financiers du partenariat d'innovation pour l'acheteur : S. Azazi, « La commande publique et la planification urbaine de la ville intelligente », *op. cit.* ; C. Durrleman et P.-A. Mogenier, « Partenariat d'innovation et marchés publics d'informatique », *op. cit.* ; N. Bussy, R. Crespelle, L. Guibout et E. Mavroidis, « Les partenariats d'innovation de SNCF Mobilités : l'ingénierie juridique au service de l'innovation », *op. cit.*

Plus spécifiquement sur la nécessité pour l'acheteur de démontrer l'absence ou l'indisponibilité des solutions disponibles sur le marché répondant à ses besoins : L. Bidault, « Le recours au partenariat d'innovation », *op. cit.*

Il en résulte que, malgré le fait que la *directive 2014/24* n'ait pas restreint le partenariat d'innovation aux projets de grande ampleur⁶⁵⁷, il est indéniable que les outils juridiques liés à l'innovation (dont naturellement le partenariat d'innovation) ne sont que peu mobilisés et réservés en pratique aux projets et acheteurs présentant certaines caractéristiques.

Le bilan de la promotion de l'innovation par la *directive Marchés* est donc nuancé, les montages contractuels manquant d'efficacité pour contribuer à une telle promotion⁶⁵⁸. En définitive, le constat dressé par un auteur concernant le partenariat d'innovation semble en partie fondé : l'intégration de l'innovation dans le droit européen de la commande publique semble, en l'état, principalement destinée à « *sacraliser un objectif politique* »⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ P. Cerqueira Gomes, « Article 31. Innovation Partnership », *op. cit.*, p. 341.

⁶⁵⁸ S. Meslin-Lière, *L'innovation dans les contrats de la commande publique*, *op. cit.*, p. 137.

⁶⁵⁹ E. Pourcel, « Le partenariat d'innovation, de vraies fausses novations contractuelle et procédurale ? », *op. cit.*

AXE 4 : LES TECHNIQUES D'ACHAT

La *directive Marchés* de 2014⁶⁶⁰ maintient l'existence de l'accord-cadre et du système d'acquisition dynamique, mais les qualifie de techniques d'achat au lieu de les classer parmi les procédures⁶⁶¹. S'ils ne constituent pas les seules techniques d'achat⁶⁶², leur origine européenne, mais également l'attrait et les difficultés qu'ils semblent susciter en pratique, justifient que le présent rapport se cantonne à leur étude.

Si l'accord-cadre est plus ancien que le système d'acquisition dynamique⁶⁶³, les deux ont été intégrés au droit européen des marchés publics hors secteurs spéciaux par les *directives de 2004*⁶⁶⁴. Ils poursuivent tous deux des objectifs similaires : accroître la souplesse et l'efficacité de certains achats par une procédure en amont. Ainsi, le système d'acquisition

⁶⁶⁰ Il en est de même pour la directive dédiée aux secteurs spéciaux (Dir. 2014/25/UE), mais cette dernière est exclue du présent rapport.

⁶⁶¹ Au sein de la *directive Marchés* de 2004, l'accord-cadre et le système d'acquisition dynamique figuraient dans le Chapitre V dédié aux procédures (Dir. 2004/18/CE, Titre II, Chapitre V). À l'inverse, dans la *directive Marchés* de 2014, ils apparaissent dans un chapitre distinct des procédures, intitulé « *Techniques et instruments pour les marchés électroniques et agrégés* » (Dir. 2014/24/UE, Titre II, Chapitre II).

⁶⁶² Sept éléments distincts figurent dans le chapitre y relatif de la *directive Marchés* de 2014, mais ce chapitre n'est pas exclusif aux techniques d'achat puisqu'il est également dédié aux « *instruments pour les marchés électroniques et agrégés* ». Il est ainsi possible d'exclure les instruments et de retenir la liste fournie par le *Code de la commande publique*, opérant une transposition des directives européennes, y compris les techniques d'achat propres aux secteurs spéciaux : l'accord-cadre, le concours, le système de qualification (en ce qui concerne uniquement les entités adjudicatrices), le système d'acquisition dynamique, le catalogue électronique, et les enchères électroniques (article L. 2125-1 du Code de la commande publique).

⁶⁶³ L'accord-cadre a été créé par le droit de l'UE dès 1993 (Dir. 93/38/CEE, notamment art. premier §5, et art. 5).

⁶⁶⁴ L'accord-cadre était initialement réservé aux secteurs spéciaux, avant d'être intégré à la *directive Marchés* de 2004 (cette directive lui consacrait notamment une disposition : Dir. 2004/18/CE, art. 32).

Le système d'acquisition dynamique fut créé en 2004 et ainsi directement intégré à la *directive Marchés* de 2004 (Dir. 2004/18/CE, notamment art. 33).

dynamique est par exemple qualifié par la doctrine d' « *instrument de flexibilité et de modernisation de l'achat public* »⁶⁶⁵ ou d' « *instrument de planification et d'optimisation de l'achat public* »⁶⁶⁶. Dans le même sens, la DAJ en France souligne que l'accord-cadre est un « [i]nstrument de planification et d'assouplissement de la commande publique »⁶⁶⁷.

La *directive Marchés* de 2014 indique d'emblée l'absence d'évolution de grande ampleur concernant ces deux techniques d'achat (§I.). Pourtant, des modifications ou indications supplémentaires auraient été opportunes pour clarifier de nombreuses questions portant sur l'accord-cadre (§II.).

§I. La stabilité du cadre juridique des techniques d'achat

Le préambule de la *directive Marchés* reconnaît que ce texte poursuit un objectif modeste en ce qui concerne les modifications de l'accord-cadre et du système d'acquisition dynamique. Il est ainsi mentionné, concernant le premier (l'accord-cadre), qu' « [i]l convient donc de le maintenir en l'état pour l'essentiel », bien qu'il soit « *cependant nécessaire d'en clarifier certains aspects* »⁶⁶⁸. De prime abord, les dispositions du préambule relatives au système d'acquisition dynamique pourraient révéler des modifications plus ambitieuses, en soulignant qu' « *il est également nécessaire d'adapter les règles régissant les systèmes d'acquisition dynamique, pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs de tirer pleinement parti des possibilités qu'offre cet instrument. Il convient de simplifier ces systèmes [...]* »⁶⁶⁹. En réalité, la poursuite de la lecture de ce considérant révèle que les évolutions envisagées portent principalement sur la nature de la procédure – restreinte ou ouverte – et sont ainsi d'une ampleur relative. Il s'ensuit que la *directive Marchés* de 2014 procède à des ajustements sur certains aspects précis (A.), tout en maintenant la différence entre ces deux techniques d'achat pour faciliter l'identification de la technique la plus appropriée (B.).

A. Des modifications ciblées

Il est possible de souligner, parmi les changements adoptés par la *directive Marchés*, trois modifications non substantielles et trois modifications plus significatives.

⁶⁶⁵ H. Pongérard-Payet et T. Bangui, « La procédure de l'accord-cadre : un nouvel instrument du droit de la commande publique », *AJDA* 2007, pp. 1055 et s.

⁶⁶⁶ *Idem.*

⁶⁶⁷ Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, Fiche technique, mise à jour en avr. 2019, p. 1.

⁶⁶⁸ Pour les deux citations reproduites dans cette phrase : Dir. 2014/24/UE, cons. 60.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, cons. 63.

Le changement le plus limité porte sur les motifs de recours au système d'acquisition dynamique. Cette technique d'achat peut désormais être mobilisée pour des « *achats d'usage courant dont les caractéristiques, tels qu'ils sont communément disponibles sur le marché, répondent aux besoins des pouvoirs adjudicateurs* »⁶⁷⁰. La seule modification repose sur les caractéristiques de ces achats : la *directive Marchés* de 2014 remplace « *les achats d'usage courant dont les caractéristiques généralement disponibles* [nous soulignons] »⁶⁷¹ par « *les achats d'usage courant [...] tels qu'ils sont communément disponibles* [nous soulignons] ». Un autre changement relatif peut être souligné concernant cette fois l'accord-cadre et, plus précisément, l'accord-cadre multi-attributaire. Le minimum du nombre d'attributaires exigé par la *directive Marchés* de 2004 (trois attributaires)⁶⁷² n'apparaît plus dans celle de 2014. Ce changement apporte ainsi davantage de souplesse pour l'accord-cadre multi-attributaire.

Un troisième changement d'une ampleur modérée porte sur les parties aux marchés fondés sur un accord-cadre. La *directive Marchés* de 2014 indique que les pouvoirs adjudicateurs « *clairement identifiés à cette fin dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt* »⁶⁷³ peuvent conclure des marchés fondés sur un accord-cadre (avec des opérateurs économiques parties à cet accord). Cela semble potentiellement élargir l'accord-cadre à des pouvoirs adjudicateurs non formellement parties à celui-ci, tout en créant une ambiguïté pour déterminer les pouvoirs adjudicateurs qui sont « *clairement identifiés* »⁶⁷⁴.

L'une des modifications de plus grande ampleur a trait au système d'acquisition dynamique, mais relève de la procédure applicable à la passation d'un marché dans le cadre de ce système. La procédure ouverte, figurant dans la *directive Marchés* de 2004⁶⁷⁵, a été remplacée en 2014 par la procédure restreinte⁶⁷⁶.

Une autre modification significative concerne cette fois les deux techniques d'achat étudiées – l'accord-cadre et le système d'acquisition dynamique : il s'agit de la durée maximale de ces techniques d'achat. Les *directives de 2014* adoptent à cet égard une approche différente

⁶⁷⁰ *Ibid.*, art. 34, §1.

⁶⁷¹ Dir. 2004/18/CE, art. premier, §6.

⁶⁷² *Ibid.*, art. 32 §4 al. 1^{er}.

⁶⁷³ Dir. 2014/24/UE, art. 33 §2 al. 2.

La *directive Marchés* de 2004 se contentait d'indiquer que les marchés fondés sur un accord-cadre ne pouvaient être conclus « *qu'entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques originellement parties à l'accord-cadre* » (Dir. 2004/18/CE, art. 32 §2 al. 2).

⁶⁷⁴ La directive ne définit pas l'identification claire des pouvoirs adjudicateurs et n'indique pas comment procéder pour déterminer si les pouvoirs adjudicateurs ont été « *clairement identifiés* ».

⁶⁷⁵ Dir. 2004/18/CE, art. 33 §2.

⁶⁷⁶ Dir. 2014/24/UE, art. 34 §2.

de celle retenue en 2004. D'une part, elles suppriment la durée maximale de quatre ans (« *sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés* ») prévue pour les systèmes d'acquisition dynamique⁶⁷⁷. D'autre part, cette même durée maximale de quatre ans pour les accords-cadres des pouvoirs adjudicateurs est maintenue, et une durée maximale de huit ans pour les accords-cadres conclus par les entités adjudicatrices est créée. Quelle que soit la nature de l'autorité contractante partie à l'accord-cadre, l'exception de la durée maximale est conservée et repose sur « *des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre* »⁶⁷⁸.

Enfin, le dernier changement qu'il semble important de souligner a uniquement trait à l'accord-cadre et concerne la modification de celui-ci. Les conditions et limites de modification d'un marché s'appliquent à l'accord-cadre⁶⁷⁹. Bien qu'il ait pu être souligné que ceci constitue probablement l'un des apports les plus importants des *directives de 2014* concernant l'accord-cadre⁶⁸⁰, il s'agit en réalité d'une avancée significative des *directives de 2014* sur la modification en général, même hors accord-cadre. En effet, les directives précédentes étaient silencieuses quant à la modification⁶⁸¹. Ainsi, les dispositions relatives à la modification de l'accord-cadre s'inscrivent davantage dans la lignée de la réglementation européenne de la modification des marchés qu'elles ne révèlent un changement significatif et propre à l'accord-cadre.

L'absence de « révolution » des règles applicables à l'accord-cadre et au système d'acquisition dynamique contribue à préserver les différences entre ces deux techniques d'achat.

⁶⁷⁷ Cette durée maximale et cette exception concernant le système d'acquisition dynamique étaient prévues par les deux directives de 2004 : Dir. 2004/17/CE, art. 15 §7 al. 1^{er} ; Dir. 2004/18/CE, art. 33 §7 al. 1^{er}.

⁶⁷⁸ Dir. 2014/24/UE, art. 34 §1 al. 3 ; Dir. 2014/25/UE, art. 51 §1 al. 3.

⁶⁷⁹ L'article 72 de la *directive Marchés* de 2014, dédié à la modification des marchés en cours d'exécution, est expressément applicable aux accords-cadres, et l'article 33 relatif à l'accord-cadre mentionne l'impossibilité d'apporter des modifications substantielles à l'accord-cadre par les marchés subséquents (Dir. 2014/24/UE, art. 33 §2 al. 3, et art. 72).

⁶⁸⁰ Voy. par exemple : C. Risvig Hamer, « Regular purchases and aggregated procurement: the changes in the new Public Procurement Directive regarding framework agreements, dynamic purchasing systems and central purchasing bodies », *PPLR* 2014, n° 4, pp. 201-210.

⁶⁸¹ Voy. à ce sujet un précédent rapport de la Chaire de droit des contrats publics dédié à la modification (F. Lichère (dir.), *La modification des contrats de la commande publique*, Rapport de la Chaire de droit des contrats publics, 2023), ainsi qu'une partie du présent rapport (*infra*, Axe n° 5).

B. Le maintien du contraste entre les deux techniques d'achat

La distinction entre l'accord-cadre et le système d'acquisition dynamique semble plutôt aisée, en raison de leurs importantes différences se déclinant sur plusieurs aspects⁶⁸².

Concernant tout d'abord les différences relatives à la procédure, la plus importante d'entre elles semble être la nature ouverte ou fermée de la technique d'achat. En effet, seul le système d'acquisition dynamique permet l'intégration d'opérateurs économiques tout au long de sa validité (système ouvert)⁶⁸³ :

*« Aujourd'hui, de nombreux pouvoirs adjudicateurs ont recours aux accords-cadres en tant qu'outil efficace pour acheter des biens, des services et des travaux. Cependant, les accords-cadres ont pour effet de fermer le marché en question à tous les autres fournisseurs qui n'en font pas partie. [...] L'utilisation de SAD [systèmes d'acquisition dynamiques] représente un moyen de surmonter cet obstacle, dès lors que de nouveaux fournisseurs peuvent y adhérer à tout moment. Cette technique d'acquisition permet aux pouvoirs adjudicateurs de disposer d'un éventail particulièrement large d'offres et donc de garantir une utilisation optimale des deniers publics grâce à une large concurrence en ce qui concerne les produits, travaux ou services d'usage ou d'emploi courant qui sont généralement disponibles sur le marché. »*⁶⁸⁴

D'autres différences peuvent être décelées, comme la nature intégralement électronique du système d'acquisition dynamique⁶⁸⁵, contrairement à l'accord-cadre. La nature systématique ou non de la remise en concurrence pour l'exécution participe également de la distinction entre le système d'acquisition dynamique et l'accord-cadre. En effet, la remise en concurrence est

⁶⁸² Pour des différences générales ainsi qu'un tableau récapitulatif des éléments communs et distinctifs entre l'accord-cadre et le système d'acquisition dynamique, voy. : Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics en ligne (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, Guide d'utilisation, 2022, p. 32, §11.9.

⁶⁸³ La mise en œuvre de l'accord-cadre, par l'émission de bons de commande ou la conclusion de marchés subséquents, est limitée aux « opérateurs économiques qui sont parties à l'accord-cadre tel qu'il a été conclu » (Dir. 2014/24/UE, art. 33 § 2 al. 2).

À l'inverse, la directive Marchés de 2014 prévoit en ce qui concerne le système d'acquisition dynamique que « [l]es pouvoirs adjudicateurs accordent, pendant toute la durée de validité du système d'acquisition dynamique, la possibilité à tout opérateur économique de demander à participer au système aux conditions visées au paragraphe 2 » (Dir. 2014/24/UE, art. 34 §5 al. 1^{er}).

⁶⁸⁴ Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics en ligne (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, préc., p. 5, §3.

⁶⁸⁵ « Ce système [le système d'acquisition dynamique] fonctionne comme un processus entièrement électronique [...] » (Dir. 2014/24/UE, art. 34 §1).

obligatoire pour la conclusion d'un marché dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, alors qu'elle n'est pas systématiquement nécessaire pour les accords-cadres. En effet, la remise en concurrence n'est pas exigée s'agissant des accords-cadres qui définissent l'ensemble des conditions de réalisation des prestations et permettent d'identifier l'opérateur économique en charge de les fournir (c'est-à-dire implicitement pour les accords-cadres donnant lieu à des bons de commande). Elle doit en revanche être mise en œuvre pour les marchés subséquents résultant d'un accord-cadre multi-attributaire⁶⁸⁶.

Au regard de leurs avantages respectifs, le système d'acquisition dynamique présente notamment deux atouts pour les opérateurs économiques : la souplesse quant au moment d'intégration du système d'acquisition dynamique (en raison de sa nature ouverte), combinée à la souplesse dans la soumission d'offres – les opérateurs faisant partie du système n'étant pas tenus de soumettre une offre pour les marchés conclus dans le cadre dudit système⁶⁸⁷. En ce qui concerne les autorités contractantes, le système d'acquisition dynamique leur permet par exemple de bénéficier de « *la possibilité d'exécuter les procédures plus rapidement que d'autres* »⁶⁸⁸ et, plus généralement, « *d'approfondir [leur] connaissance du secteur économique concerné avant de procéder à un achat, afin d'optimiser l'attribution des marchés* »⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ La directive Marchés de 2014 indique, en ce qui concerne le système d'acquisition dynamique, la nécessité de publication d'un avis d'appel à la concurrence pour conclure des marchés dans le cadre d'un tel système, ainsi que les modalités de cette remise en concurrence – dont l'invitation à participer de tous les opérateurs économiques qualifiés, et la présentation par ceux-ci d'une offre (Dir. 2014/24/UE, art. 34 §4 et §6).

Pour l'accord-cadre en revanche, la directive prévoit expressément les différentes hypothèses en présence d'un accord-cadre multi-attributaire. Le texte établit ainsi l'absence de mise en concurrence lorsque l'accord-cadre « *définit toutes les conditions régissant la fourniture [des prestations] [...] et les conditions objectives permettant de déterminer quel opérateur économique partie à l'accord-cadre est chargé de l'exécution* » (Dir. 2014/24/UE, art. 33 §4 a)). La directive prévoit également, dans l'hypothèse où ces conditions ne seraient pas intégralement définies par l'accord-cadre, une remise en concurrence totale ou partielle (Dir. 2014/24/UE, art. 33, § 4, b) et c)).

⁶⁸⁷ Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics en ligne (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, préc., pp. 1-2, §1.6.

Cette liste d'atouts pour les opérateurs économiques n'est aucunement exhaustive, le même document indiquant d'autres avantages comme la possibilité de demander plusieurs fois la qualification pour intégrer le système et la pratique de l'allotissement (Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics en ligne (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, préc., p. 20, §8.3).

⁶⁸⁸ Le document dont cette idée est extraite fait référence aux pouvoirs adjudicateurs (plutôt qu'aux autorités contractantes), mais cet avantage est *a priori* également valable pour les entités adjudicatrices : Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics en ligne (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, préc., p. 2, §1.6.

⁶⁸⁹ Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Dématérialisation des marchés publics*, Guide pratique, décembre 2012, p. 16.

Comme pour les avantages aux yeux des opérateurs économiques, les exemples donnés des atouts que présente le système d'acquisition dynamique pour les autorités contractantes ne sont pas exhaustifs. Pour une liste plus complète, voy. par exemple : Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics en ligne (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, préc., pp. 18-19, §8.1.

Le gain de temps pour l'autorité contractante constitue également l'un des atouts de l'accord-cadre : « [l']accord-cadre permet à l'acheteur public de bénéficier d'une grande réactivité des prestataires au moment de l'apparition des besoins, alors que les procédures de droit commun supposent, dans de nombreux cas, une publicité préalable avec des délais de procédure plus longs »⁶⁹⁰. Cette technique d'achat dispose également d'atouts qui lui sont propres, comme le choix entre les deux formes d'exécution de l'accord-cadre – l'émission de bons de commande (qui n'apparaît pas sous cette appellation dans la directive⁶⁹¹) ou la conclusion de marchés subséquents. Cette possibilité permet de renforcer l'adéquation entre le degré de définition du besoin de l'autorité contractante et l'exécution de l'accord-cadre, les bons de commande impliquant une définition plus précise du besoin (et ne nécessitant donc pas de remise en concurrence), contrairement aux marchés subséquents⁶⁹².

Pour les limites respectives de ces deux techniques d'achat, il est possible de citer, en ce qui concerne le système d'acquisition dynamique, trois inconvénients principaux pour les autorités contractantes : le temps nécessaire pour la qualification des opérateurs au sein du système, l'incertitude quant au prix définitif, et l'incertitude relative au nombre d'opérateurs soumettant des offres⁶⁹³. Du point de vue des opérateurs économiques, il est possible de relever la rareté de l'utilisation de ce système, qui conduit à un manque d'expérience dans son maniement par les opérateurs, ainsi que le faible taux de chance de remporter des marchés en présence de nombreux autres opérateurs qualifiés, surtout dans l'hypothèse où les critères sont peu précis⁶⁹⁴. L'accord-cadre semble, de prime abord, présenter des inconvénients principalement pour les opérateurs économiques. Ceci résulte essentiellement de la nature même de l'accord-cadre, c'est-à-dire de l'incertitude quant au moment de survenance du besoin, à la quantité de prestations nécessaires ainsi qu'au montant réel final. En réalité, le régime

⁶⁹⁰ Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, préc. p. 2, §1.1.

⁶⁹¹ Pour rappel, la *directive Marchés* évoque, parmi les modalités d'exécution de l'accord-cadre, l'hypothèse dans laquelle l'accord-cadre « définit toutes les conditions régissant la fourniture [des prestations] [...] et les conditions objectives permettant de déterminer quel opérateur économique partie à l'accord-cadre est chargé de l'exécution », ce qui désigne implicitement les bons de commande pour reprendre l'appellation française (Dir. 2014/24/UE, art. 33, §4, a))

⁶⁹² « Par comparaison aux accords-cadres à bons de commande, l'accord-cadre exécuté au moyen de marchés subséquents offre la possibilité de ne pas définir à l'avance, de manière précise, les règles qui prévaudront pour le choix du prestataire appelé à exécuter les prestations et de pouvoir mettre en concurrence les titulaires de l'accord-cadre afin de bénéficier, tout au long de l'accord cadre, de la meilleure qualité au meilleur prix » (Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, préc., p. 2, §1.1).

⁶⁹³ Pour ces exemples ainsi qu'une liste exhaustive des limites du système d'acquisition dynamique, voy. : Groupe d'experts des parties prenantes sur les marchés publics en ligne (EXEP), Commission européenne, *Systèmes d'acquisition dynamiques*, préc., p. 19, §8.2.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 20, §8.4.

juridique de l'accord-cadre est empreint d'incertitude juridique, et génère ainsi des risques juridiques importants pour les autorités contractantes notamment⁶⁹⁵.

Bien que le souhait de clarification de l'accord-cadre apparaisse dans la *directive Marchés* de 2014, ce texte ne met pas fin à l'ensemble des incertitudes entourant cette technique d'achat, qui constituent autant d'obstacles à l'existence d'un cadre juridique sécurisant.

§II. Les difficultés cristallisées relatives à l'accord-cadre

Alors même que les conditions de recours à l'accord-cadre semblent particulièrement simples et aisément réunies, des contraintes se sont progressivement renforcées et interrogent quant à l'étendue de la marge de manœuvre des autorités contractantes (A.). Les formes que l'accord-cadre est susceptible de revêtir, c'est-à-dire ses modalités d'exécution par les bons de commande ou les marchés subséquents, constituent une difficulté supplémentaire. Ceci remet en cause la nature de l'accord-cadre et, plus précisément, la qualification de technique d'achat adoptée par la *directive Marchés* de 2014 (B.). Ces éléments accentuent également les difficultés propres à l'exécution de l'accord-cadre, l'ensemble des questions et hypothèses n'étant pas envisagé par la directive (C.).

A. Les difficultés portant sur le recours à l'accord-cadre

Dans la continuité des précédentes directives européennes contenant des dispositions relatives à l'accord-cadre⁶⁹⁶, la *directive Marchés* de 2014 n'établit aucune condition de recours à l'accord-cadre et prévoit une seule limite. Ainsi, « [l]es accords-cadres ne devrait pas être utilisés de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence »⁶⁹⁷. Les règles du recours à l'accord-cadre apparaissent, de prime abord, facilement identifiables et particulièrement souples.

⁶⁹⁵ Cette opinion n'est toutefois pas consensuelle. Il a pu être affirmé, par exemple, que « [d]e par ses caractéristiques générales attractives et la pléthore d'avantages qu'elle est susceptible de présenter en pratique, la procédure de l'accord-cadre risque de susciter un engouement certain auprès des acheteurs publics, en dépit des ambiguïtés et des risques qu'elle renferme, mais qui n'apparaissent pas de nature dirimante » (H. Pongérard-Payet et T. Bangui, « La procédure de l'accord-cadre : un nouvel instrument du droit de la commande publique », *op. cit.*).

⁶⁹⁶ Concernant la limite du recours à l'accord-cadre : Dir. 93/38/CEE, art. 5 §4 ; Dir. 2004/17/CE, art. 14, §4 ; Dir. 2004/18/CE, cons. 61 al. 3 et art. 32 §2 al. 5.

⁶⁹⁷ Dir. 2014/24/UE, cons. 61 al. 3.

Toutefois, une première difficulté apparaît concernant cette limite, cette exception, à la liberté de mobiliser l'accord-cadre. Ceci résulte de l'absence de définition de l'usage abusif de l'accord-cadre :

« [...] *ce standard reste indéterminé et l'on ne peut qu'émettre des hypothèses sur les limites qui s'imposent, à travers lui, aux acheteurs. Il est ainsi possible de supposer que ce caractère abusif pourrait résulter non seulement de la propension de l'acheteur à recourir à l'accord-cadre, mais aussi de la façon dont il définit, dans l'accord, l'équilibre des obligations incombant aux parties.* »⁶⁹⁸

À l'échelle européenne⁶⁹⁹, seule une exigence concrétise l'interdiction de l'usage abusif de l'accord-cadre ou de son usage distordant la concurrence. Cette exigence, postérieure aux *directives de 2014* et issue de la jurisprudence, repose sur la valeur et la quantité des prestations couvertes par l'accord-cadre. La CJUE a d'abord émis un lien direct entre la limite du recours à l'accord-cadre et la précision, au sein d'un tel accord, du « *volume et [du] montant des prestations que couvrira cet accord* »⁷⁰⁰. La Cour a plus récemment renforcé et précisé cette exigence, en imposant aux autorités contractantes d'indiquer au sein de l'accord-cadre « *la quantité ou la valeur maximale que couvrira cet accord* »⁷⁰¹.

⁶⁹⁸ M. Lavaine, « La réforme de l'accord-cadre », *AJDA* 2016, pp. 1905 et s.

⁶⁹⁹ Il est possible de souligner qu'à l'échelle française, les débats récents relatifs à l'usage abusif ou distordant la concurrence de l'accord-cadre se concentrent sur les prestations de conseil. À ce titre, des membres de l'Observatoire de l'Éthique Publique ont émis en juillet 2023 trois propositions alternatives : « [i]nterdire la technique de l'accord-cadre (option 1) », « [c]entraliser les accords-cadres au sein de la Direction des achats de l'État (option 2) », et « [i]mposer le recours aux marchés subséquents pour les accords-cadres conclus (option 3) » (J.-F. Kerléo et M. Amilhat, « Recours par l'État aux cabinets de conseil : des réformes toujours nécessaires », Observatoire de l'Éthique Publique, note 33, 20/07/2023, pp. 12-14, disponible en ligne : <http://observatoireethiquepublique.com/assets/files/propositions/notes/note-33.pdf> [consulté le 11/07/2024]).

La transposition de ces propositions à l'échelle européenne ne semble toutefois pas être la solution la plus opportune, puisque seule la troisième serait applicable à l'échelle européenne – l'obligation de marchés subséquents – et que cela ne pourrait résoudre les risques d'abus que pour les accords-cadres portant sur des prestations de conseil et non les autres accords-cadres – d'autant que les prestations de conseil juridique sont par exemple exclues des directives européennes de la commande publique.

⁷⁰⁰ « [...] *exiger du pouvoir adjudicateur originairement partie à l'accord-cadre qu'il précise dans l'accord-cadre le volume et le montant des prestations que couvrira cet accord concrétise l'interdiction, posée à l'article 32, paragraphe 2, cinquième alinéa, de la directive 2004/18, de recourir aux accords-cadres de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence* » (CJUE, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust et Coopservice*, 19 décembre 2018, aff. C-216/17, §69).

⁷⁰¹ « *Il s'ensuit que le fait d'exiger du pouvoir adjudicateur originairement partie à l'accord-cadre qu'il indique dans l'accord-cadre la quantité ou la valeur maximale des prestations que couvrira cet accord concrétise l'interdiction de recourir aux accords-cadres de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence* » (CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen & Weel*, aff. C-23/20, §67).

Ces éléments interrogent quant aux contraintes relatives au recours à l'accord-cadre et, corrélativement, aux éventuels inconvénients de la souplesse de cette technique d'achat :

« Outre les contraintes liées au respect du droit de la concurrence, il faut revenir sur la problématique des minima/maxima en valeur ou en quantité, dont l'absence constitue assurément un élément de souplesse pour l'acheteur public. Néanmoins, la liberté de celui-ci constitue en même temps une source d'insécurité pour les opérateurs économiques. Ainsi, en l'absence de limites, ces derniers seront incités à ne pas proposer le tarif le plus bas afin de s'assurer un minimum de revenus pour le cas où les quantités commandées seraient faibles. Le manque de limites ou de visibilité comporte donc un coût auquel le pouvoir adjudicateur doit prêter attention dans son intérêt. Aussi est-il conseillé à l'administration de fixer un minimum ainsi qu'un maximum chaque fois que cela sera possible. »⁷⁰²

La *directive Marchés* de 2014 semble donc insuffisamment précise en ce qui concerne la limite du recours à l'accord-cadre. Il semble ainsi opportun *a minima* de codifier, au sein des prochaines directives européennes, la seule concrétisation de l'interdiction de l'usage abusif ou distordant la concurrence de l'accord-cadre, c'est-à-dire l'exigence d'indication de la quantité ou valeur maximale de chaque accord-cadre. Des *guidelines* ou un faisceau d'indices pour caractériser une distorsion de la concurrence par un accord-cadre ou un usage abusif de cette technique d'achat pourraient également être utiles, afin de sécuriser le recours à l'accord-cadre.

B. L'éclaircissement insuffisant de la nature de l'accord-cadre

Il semblerait de prime abord que la *directive Marchés* de 2014 clarifie la nature de l'accord-cadre en le qualifiant de technique d'achat. Toutefois, la jurisprudence relative à la faculté d'exercer un recours contre l'accord-cadre interroge quant à cette qualification. En effet,

⁷⁰² H. Pongérard-Payet et T. Bangui, « La procédure de l'accord-cadre : un nouvel instrument du droit de la commande publique », *op. cit.*

Sur les conséquences de l'indication d'un montant minimum, particulièrement au regard de l'éventuel droit à indemnisation du ou des opérateur(s) économique(s) attributaire(s) d'un accord-cadre, voy. par exemple : Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, préc., pp. 4-5, §1.2.4.1.

reconnaître qu'il est possible d'intenter un recours contre un accord-cadre signifie que ce dernier constitue un contrat.

Ainsi, la CJUE a récemment reconnu qu'un accord-cadre constitue un contrat au sens de la première *directive Recours*⁷⁰³.

Le juge administratif français a également implicitement qualifié l'accord-cadre de contrat, concernant spécifiquement les accords-cadres multi-attributaires. Dans son avis *Association Imedi* du 24 novembre 2023⁷⁰⁴, il a estimé que les titulaires d'un accord-cadre multi-attributaire constituent des tiers à un tel accord, au sens de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*⁷⁰⁵, « en tant que celui-ci [l'accord-cadre] a été conclu avec les autres opérateurs »⁷⁰⁶. Il s'ensuit que ces attributaires peuvent exercer un recours contestant la validité de l'accord-cadre conclu avec un autre attributaire ou de certaines de ses clauses, mais ne peuvent pas obtenir « la résiliation ou l'annulation de l'accord-cadre dans son ensemble »⁷⁰⁷.

La doctrine a pu émettre l'hypothèse selon laquelle la nature contractuelle de l'accord-cadre serait casuistique, car tributaire du contenu et du nombre d'attributaire(s) de celui-ci⁷⁰⁸. En effet, l'accord-cadre pourrait être considéré comme un contrat en présence d'obligations précises ne nécessitant pas de précision supplémentaire pour être mises en œuvre, et ne nécessitant donc pas de remise en concurrence⁷⁰⁹.

Une telle hypothèse semble rejoindre les deux modalités de mise en œuvre de l'accord-cadre, c'est-à-dire les bons de commande et les marchés subséquents – les premiers supposant que l'ensemble des termes ait été fixé dans l'accord-cadre, les seconds impliquant une remise en concurrence et des précisions supplémentaires. La *directive Marchés* de 2014 prévoit ces

⁷⁰³ Dir. 89/665/CEE.

« D'emblée, il convient de constater que l'article 1^{er}, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665 prévoit expressément que la notion de "contrats", au sens de cette directive, inclut les accords-cadres. [...] il convient de répondre aux sixièmes questions dans les affaires C-274/21 et C-275/21 que l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 doit être interprété en ce sens que la conclusion d'un accord-cadre avec un seul opérateur économique, conformément à l'article 33, paragraphe 3, de la directive 2014/24, correspond à la conclusion du contrat visé à l'article 2 bis, paragraphe 2, de la directive 89/665 » (CJUE, 14 juillet 2022, *EPIC Financial Consulting*, aff. C-274/21 et C-275/21, §61 et §64).

⁷⁰⁴ CE, Avis, 24 novembre 2023, *Association Imedi*, n° 474108.

⁷⁰⁵ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

⁷⁰⁶ CE, Avis, 24 novembre 2023, *Association Imedi*, préc., §3.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, §4.

⁷⁰⁸ Voy. par exemple : M. Ubaud-Bergeron et L. Coutron, « Besoin d'un nouveau cadre pour l'accord-cadre ? », *CMP* 2021, repère 11 ; M. Andhov, « Article 33. Framework agreements », *op. cit.*, pp. 375-376, §33.44.

⁷⁰⁹ Ceci pourrait faire écho à l'ancienne distinction réalisée par la Commission européenne entre le « *contrat-cadre* », c'est-à-dire « les accords-cadres qui fixent tous les termes », et « l'accord-cadre stricto sensu » – désignant à l'inverse les accords-cadres ne fixant pas tous les termes (Commission européenne, *Accords-cadres – Directive classique*, Fiche explicative, 14/07/2005, CC/2005/03_rev1FR).

deux formes de mises en œuvre de l'accord-cadre, sans reprendre cette terminologie. Ce texte évoque en effet les « *marchés fondés sur un accord-cadre* »⁷¹⁰, c'est-à-dire les marchés subséquents, et, à l'inverse, l'exécution de l'accord-cadre « *sans remise en concurrence, selon les clauses et conditions de l'accord-cadre, lorsque celui-ci définit toutes les conditions régissant la fourniture des travaux, des services et des produits concernés, et les conditions objectives permettant de déterminer quel opérateur économique partie à l'accord-cadre est chargé de l'exécution* »⁷¹¹ – c'est-à-dire les bons de commande.

Il serait ainsi possible d'imaginer que l'accord-cadre dispose d'une nature contractuelle lorsqu'il est exécuté par des bons de commande, mais que tel n'est pas systématiquement le cas en présence de marchés subséquents – seules certaines clauses de l'accord-cadre, régissant par exemple la conclusion des marchés subséquents, pourraient être suffisamment précises pour être de nature contractuelle par elles-mêmes.

En tout état de cause, un hiatus semble apparaître entre la qualification de technique d'achat dans le cadre de la *directive Marchés* et la qualification de contrat au sens des normes régissant les recours contractuels – qu'il s'agisse des directives *Recours* ou du droit interne. Les futures directives européennes pourraient à cet égard gagner en clarté soit en indiquant que la qualification est susceptible de varier selon la « branche » du droit concernée – les règles de fond régissant l'accord-cadre ou les règles applicables aux recours –, soit en établissant clairement les hypothèses dans lesquelles l'accord-cadre dispose par lui-même d'une nature contractuelle – par exemple en s'appuyant sur la distinction entre les bons de commande et les marchés subséquents, ou sur le nombre d'attributaires, ou en indiquant que l'accord-cadre est systématiquement de nature contractuelle.

C. Les indications lacunaires concernant l'exécution de l'accord-cadre

La *directive Marchés* de 2014 semble trop lapidaire concernant certains aspects de l'exécution de l'accord-cadre. Les questionnements principaux identifiés ont trait aux droits dont dispose(nt) le ou les attributaire(s) d'un accord-cadre.

À ce titre, une première question semble essentielle : celle de l'exclusivité dont disposerai(en)t le ou les attributaire(s) de l'accord-cadre. À l'instar des précédentes directives,

⁷¹⁰ Dir. 2014/24/UE, notamment art. 33 §2 al. 1.

⁷¹¹ *Ibid.*, art. 33 §4 a).

la *directive Marchés* de 2014 est silencieuse quant à l'existence ou non d'une exclusivité du ou des attributaire(s) d'un accord-cadre, c'est-à-dire quant à la faculté pour une autorité contractante de conclure un marché avec un autre opérateur économique en-dehors d'un accord-cadre pour satisfaire un besoin déjà couvert par un accord-cadre⁷¹². Les interrogations à ce sujet semblent se renforcer, en raison de l'alignement opéré par certains droits internes sur le droit de l'UE. Il en est ainsi du droit français, qui n'indique plus expressément l'exclusivité du ou des attributaire(s) d'un accord-cadre et ne prévoit plus en conséquence les règles régissant les clauses de non-exclusivité⁷¹³. La DAJ souscrit toutefois au maintien du principe d'exclusivité⁷¹⁴

⁷¹² Il serait possible d'interpréter le considérant 60 de la *directive Marchés* comme instaurant une exclusivité, mais ce considérant renvoie en réalité à la nature fermée de l'accord-cadre, c'est-à-dire à l'impossibilité d'intégrer un nouvel opérateur économique (le considérant 60 indique notamment qu'« *une fois conclu, un accord-cadre ne devrait pas être ouvert à de nouveaux opérateurs économiques* »). Voy à ce sujet : F. Linditch, « Exclusivité et accord-cadre, l'éternel retour », *JCP Adm.* 2018, 2345.

⁷¹³ L'évolution est par exemple retranscrite dans une réponse à une question ministérielle : « [l']article 77 de l'ancien code des marchés publics prévoyait que, par exception au principe du droit à l'exclusivité détenu par le titulaire sur les prestations objet d'un marché public, l'acheteur pouvait, si ce marché était un accord-cadre à bons de commande, s'adresser à un autre prestataire, pour des besoins occasionnels de faible montant, pour autant que le montant cumulé de ces achats ne dépassait pas 1% du montant total du marché ni la somme de 10 000 euros HT. Le décret no 2016-360 du 25 mars 2017 relatif aux marchés publics ne prévoit plus une telle limitation et apporte un assouplissement au principe de l'exclusivité susmentionné. Un accord-cadre demeure, sous l'empire des textes entrés en vigueur le 1er avril 2016, un système fermé pendant toute sa durée d'exécution. Une fois l'accord-cadre conclu, seuls son ou ses titulaires peuvent se voir attribuer les bons de commande ou marchés subséquents faisant l'objet de ce marché public. Cependant, les acheteurs publics ont désormais une liberté plus grande de prévoir contractuellement des exceptions à ce principe d'exclusivité. Ils peuvent définir, dans l'accord-cadre, les limites de leur engagement contractuel » (Question ministérielle n° 3542-3, Réponse du ministre de l'économie et des finances, publiée au JO le 20/02/2018, p. 1435).

⁷¹⁴ « Dans le silence de l'accord-cadre, il convient de considérer par principe que l'exclusivité est garantie au titulaire. En conséquence, les acheteurs devront prêter attention sur ce point lors de la rédaction des documents contractuels. Le recours à d'autres marchés publics, pour un même type de prestations que celles prévues dans l'accord-cadre, ne doit pas être constitutif d'une faute contractuelle à l'égard du titulaire de l'accord-cadre. Tel pourrait être le cas si ce dernier était privé de l'exécution des prestations qu'il pouvait raisonnablement attendre au vu de l'estimation d'un accord-cadre à bons de commande » (Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, préc., p. 6, §3.1.1). *A contrario*, le tribunal administratif de Grenoble semble avoir rejeté l'exclusivité au sein de l'accord-cadre, mais les propos manquent de clarté et, en tout état de cause, cette jurisprudence semble isolée : « [l]a requérante soutient qu'en concluant en 2020 un marché avec une autre entreprise pour des prestations identiques, le département aurait méconnu le principe d'exclusivité prévu pour les accords-cadres à attributaire unique. Toutefois, si les pièces du marché prévoient un montant minimal de commandes au profit de l'attributaire, aucune disposition législative ou réglementaire relative aux accords-cadres, ni aucune clause spécifique du marché en litige, n'interdit à l'un des membres du groupement de commandes de recourir, y compris pour certaines prestations similaires ou substituables, à d'autres prestataires. En tout état de cause, même si certains produits, tels que les baguettes, les petits pains et certaines viennoiseries pouvaient être fournis dans le cadre des deux marchés, ils n'étaient pas substituables au vu de certaines caractéristiques prévues dans le second marché telles que l'utilisation exclusive de produits locaux et les actions éducatives. Par suite, la SAS Pani n'est pas fondée à soutenir qu'en concluant ce nouveau marché, le département aurait méconnu les principes régissant les accords-cadres » (TA Grenoble, 26 mars 2024, n° 210475, §8).

et recommande de s'inspirer des précédentes dispositions françaises régissant la non-exclusivité⁷¹⁵ tout en proposant des *guidelines* pour déroger à l'exclusivité⁷¹⁶.

Il serait ainsi opportun d'instaurer expressément le principe d'exclusivité du ou des attributaire(s) de l'accord-cadre, non seulement pour sécuriser le cadre juridique, mais également afin d'assurer l'efficacité de la commande publique :

*« L'attention des acheteurs est attirée sur le fait que l'efficacité de l'achat public doit être préservée. En ce sens, il convient d'être conscient qu'en ne garantissant ni un minimum de commande ni une exclusivité aux titulaires, les opérateurs économiques ne seront pas incités à proposer des offres attractives, notamment en termes de prix. »*⁷¹⁷

Le cas échéant, les futures directives européennes devraient, dans la lignée des anciennes dispositions françaises et des recommandations de la DAJ, encadrer les exceptions à cette exclusivité et ainsi guider la rédaction des clauses de non-exclusivité. La limitation du montant des marchés de prestations déjà couvertes par les accords-cadres semble pertinente, mais n'est pas exclusive. D'autres cas de figure peuvent être envisagés pour permettre de déroger à l'exclusivité même pour des montants élevés, comme l'incapacité du ou des attributaire(s) à fournir la prestation (exemple donné par la DAJ), ou un prix rédhibitoire du ou

⁷¹⁵ « Rien n'interdit à l'acheteur de s'inspirer des dispositions du VII de l'article 76 ou du III de l'article 77 de l'ancien code des marchés publics lorsqu'il rédige une clause dérogeant au principe d'exclusivité des titulaires. L'acheteur peut déterminer des limitations différentes de celles qui étaient prévues par ces dispositions » (Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, préc., p. 6, §3.1.1). Les deux dispositions du code des marchés publics citées ci-dessus prévoyaient la faculté de déroger à l'exclusivité « [p]our des besoins occasionnels de faible montant » avec deux limites financières – à savoir, le maximum 1% du montant total du marché et le maximum de 10 000 euros HT.

⁷¹⁶ « Afin de se prémunir de tout risque contentieux, les clauses contractuelles dérogeant au principe d'exclusivité du ou des titulaires devront être suffisamment précises. Elles devront indiquer le périmètre des prestations concernées, le montant estimatif ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Le recours à des tiers au contrat doit être justifié par des raisons objectives et être précédé de mesures de publicité et de mise en concurrence applicables dans le respect des règles relatives à l'estimation de la valeur des besoins, sauf si l'acheteur est en mesure de démontrer qu'il entre dans l'une des hypothèses permettant de passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence, prévues par les articles R. 2122-1 à R. 2122-9 ainsi que R. 2122-10 et R. 2122-11 du code de la commande publique.

[...]

Ex. : l'acheteur pourra valablement recourir à un tiers en cas d'incapacité des titulaires de l'accord-cadre de lui fournir les prestations, par exemple en cas de rupture de stocks pour l'achat de médicaments, si cela est prévu dans l'accord-cadre.

[...]

[...] l'acheteur prendra garde, en rédigeant la clause, à ne pas prévoir des cas de recours à des tiers trop larges, ce qui pourrait être assimilé à un détournement de procédure » (Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, préc., p. 6, §1.3.1).

⁷¹⁷ *Idem*.

des attributaire(s) – exemple fourni par la doctrine,⁷¹⁸ mais qui semble appeler un encadrement rigoureux afin d’éviter des qualifications abusives de prix rédhibitoire par les autorités contractantes, par exemple en indiquant un pourcentage d’augmentation du prix par rapport à l’offre soumise pour l’attribution de l’accord-cadre (pourcentage non lié à l’inflation des matières premières par exemple).

Au-delà d’un potentiel cumul entre un accord-cadre et un marché avec d’autres opérateurs économiques, l’exécution de l’accord-cadre semble susciter des questions importantes concernant la modification, qui ne sont pas intégralement réglées par le droit de l’UE. Il en est ainsi des limites de la modification à l’égard d’un seul attributaire d’un accord-cadre multi-attributaire, mais également de la modification de certains aspects d’un accord-cadre – qu’il soit mono-attributaire ou multi-attributaire.

La première hypothèse s’inscrit dans la continuité de l’ambiguïté de la nature de l’accord-cadre – contrat ou technique d’achat – car elle interroge sur la possibilité de modifier, à l’égard d’un seul des attributaires, un accord-cadre multi-attributaire. Ceci implique de déterminer si l’accord-cadre constitue un instrument ou un contrat unique pour l’ensemble des attributaires, ou se divise en autant d’instruments ou de contrats que d’attributaires. Bien que la *directive Marchés* de 2014 n’apporte pas de réponse à ce sujet, des pistes de réflexion apparaissent à la lecture de la jurisprudence administrative française. Le Conseil d’État semble en effet accepter de résilier ou annuler un accord-cadre en ce qui concerne certains de ses attributaires seulement⁷¹⁹. Il serait possible d’appliquer ce raisonnement à la modification et d’en conclure qu’il est possible de procéder à une modification d’un accord-cadre à l’égard d’un seul de ses attributaires.

Ceci conduit à s’interroger sur les facultés de modification de l’accord-cadre à l’égard de son seul attributaire (accord-cadre mono-attributaire) ou de l’intégralité des attributaires

⁷¹⁸ Voy. par exemple : F. Linditch, « Exclusivité et accord-cadre, l’éternel retour », *op. cit.*.

⁷¹⁹ Cela semble résulter implicitement de l’avis déjà cité du Conseil d’État *Association Imedi* (CE, Avis, 24 novembre 2023, *Association Imedi*, n° 474108) et d’un arrêt antérieur du Conseil d’État (CE, 3 juin 2022, *Collectivité européenne d’Alsace*, n° 462256). Dans le premier cas, le Conseil d’État s’est uniquement prononcé sur la résiliation pour l’un des attributaires et a expressément reconnu que cela était possible : « [...] *saisi par l’un des titulaires d’un recours en contestation de la validité de l’accord-cadre en tant qu’il a été conclu avec d’autres opérateurs économiques [...] le juge du contrat peut prononcer, le cas échéant, la résiliation ou l’annulation de cet accord en tant qu’il a été attribué à ces autres opérateurs dès lors qu’il est affecté de vices qui ne permettent pas la poursuite de son exécution* ». Dans le second cas de figure, la requête a été rejetée pour défaut d’intérêt à agir, mais le juge administratif n’a pas affirmé que la résiliation d’un accord-cadre multi-attributaire à l’égard d’un seul de ses attributaires était impossible.

Voy. à ce sujet les conclusions du rapporteur public N. Labrune, sur CE, Avis, 24 novembre 2023, *Association Imedi*, n° 474108, 7 p.

(accord-cadre multi-attributaire). La *directive Marchés* de 2014 prévoit l'application des mêmes règles à la modification des marchés et à celle des accords-cadres⁷²⁰. Se pose toutefois une question propre aux accords-cadres résultant de l'évolution jurisprudentielle récente : le montant maximum figurant dans l'accord-cadre (et devant obligatoirement être indiqué depuis peu) peut-il faire l'objet d'une modification ? Si oui, cette modification est-elle intégrée à l'accord-cadre directement ou peut-elle être opérée par les bons de commande ou marchés subséquents ? La CJUE a apporté des éléments de réponse récemment, en soulignant tout d'abord que l'atteinte du maximum (en valeur ou en quantité) signifie que « *cet accord-cadre a[...] épuisé ses effets* »⁷²¹. Il s'ensuit qu'en principe, aucun marché subséquent ne peut être conclu une fois le maximum de l'accord-cadre atteint, « *sauf si cette attribution [du marché subséquent] ne modifie pas substantiellement* »⁷²² l'accord-cadre. Il est possible d'en déduire que la modification du maximum (en valeur ou en quantité) de l'accord-cadre peut être réalisée sous deux réserves – avec l'accord du ou des attributaire(s) et si cela n'entraîne pas de modification substantielle – et selon plusieurs modalités : soit par anticipation (avant l'atteinte de ce maximum) via un avenant⁷²³ ou une clause de réexamen⁷²⁴, soit implicitement par l'attribution d'un marché subséquent excédant le maximum prévu par l'accord-cadre⁷²⁵. Cette dernière hypothèse semble toutefois restreinte à l'émission d'un bon de commande ou d'un

⁷²⁰ Dir. 2014/24/UE, art. 72.

La CJUE a d'ailleurs rappelé des hypothèses classiques de modification des marchés qui s'appliquent aux accords-cadres dans l'arrêt *Simonsen & Weel* établissant l'exigence d'un montant maximum indiqué dans l'accord-cadre : « [d]'une part, sont admises, conformément à l'article 33, paragraphe 2, troisième alinéa, et à l'article 72 de la directive 2014/24, les modifications de l'accord-cadre qui ne revêtent pas un caractère substantiel, étant entendu que, par principe, une telle modification revêt un caractère consensuel de sorte que l'accord de l'adjudicataire est requis » (CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen & Weel*, préc., §70).

⁷²¹ CJUE, 14 juillet 2022, *EPIC Financial Consulting*, aff. C-274/21 et C-275/21, §66.

⁷²² *Ibid.*, §67.

L'impossibilité d'apporter, par un marché subséquent, une modification substantielle de l'accord-cadre est prévue par la *directive Marchés* de 2014 : Dir. 2014/24/UE, art. 33 §2 al. 3.

⁷²³ La DAJ en France a émis la possibilité de modification du maximum par avenant dès 2019, sous réserve que cela ne constitue pas une modification substantielle « *sauf exception des circonstances imprévues le justifiant* » (Ministère de l'Économie, Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique, *Les accords-cadres*, préc., p. 5, §1.2.4.1).

⁷²⁴ Deux auteurs proposent en ce sens une formulation d'une telle clause de réexamen : « [l]orsque 90 % du maximum du présent accord-cadre / lot de l'accord-cadre a été atteint, l'acheteur en informe le/les titulaires. Dans un délai de xx jours à compter de ce signalement, les parties échangent sur la possibilité de modifier à la hausse le maximum de l'accord-cadre / lot de l'accord-cadre dans la limite de 10/ 15 % / 20 % du maximum initial. En cas d'accord entre les parties en vue d'augmenter le maximum de l'accord-cadre, l'acheteur transmet au/ aux titulaire(s) un projet d'avenant pour signature. Le maximum modifié de l'accord-cadre / du lot n'est applicable qu'après notification par l'acheteur de l'avenant signé au(x) titulaire(s) » (K. Picavez et F. Cassan, « Dépassement du montant maximum d'un accord-cadre : quelles conséquences sur l'accord-cadre et comment l'anticiper ? », *JCP Adm.* 2022, 2308).

⁷²⁵ Pour ces trois possibilités, voy. *idem*.

marché subséquent avant l'échéance de l'accord-cadre, c'est-à-dire avant que le maximum n'ait été atteint⁷²⁶.

Même si des éléments de réponse peuvent être décelés dans la jurisprudence européenne ou française, les règles applicables à certains aspects de la modification de l'accord-cadre semblent insuffisantes au sein de la *directive Marchés* de 2014. Des dispositions propres à l'accord-cadre pourraient être insérées dans les futures directives, afin de déterminer les possibilités et limites de modification d'un accord-cadre pour un attributaire seulement (dans la continuité de la clarification de la nature de l'accord-cadre) ou de la modification du maximum indiqué dans cet instrument.

⁷²⁶ La *directive Marchés* de 2014 prévoit une hypothèse qui semble similaire mais concernant la durée, en établissant expressément que les bons de commande et les marchés subséquents peuvent disposer d'une durée excédant celle de l'accord-cadre (durée maximale de quatre ou huit ans selon la nature de l'autorité contractante) s'ils sont émis ou conclus avant la fin de l'accord-cadre : Dir. 2014/24/UE, préc., considérant 62 ; CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen & Weel*, préc., §65.

AXE 5 : LA DUREE ET LA FIN DES CONTRATS

Pour la première fois, les directives européennes s'intéressent à la durée et à la fin des marchés publics et des concessions. Et pour cause, ces étapes de la vie d'un contrat intéressent directement le droit européen, tant il est vrai qu'une durée excessive, qu'elle soit fixée *ab initio* ou imputable à l'absence de résiliation en cours d'exécution, peut conduire à méconnaître les principes fondamentaux et les objectifs du droit de la commande publique.

Dans cette perspective, il est surprenant de constater que la *directive 2014/24* ne contient aucune disposition relative à la durée des marchés publics. La liberté des cocontractants en la matière n'est cependant qu'apparente dès lors que l'exigence d'une remise en concurrence périodique conduit nécessairement à limiter la durée des marchés publics. À rebours, le considérant n° 52 de la *directive 2014/23* expose pour quels motifs le législateur européen a entendu encadrer la durée des concessions. Il s'est agi, en l'occurrence, d' « éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence » et de ne pas « nuire à la libre circulation des services et la liberté d'établissement ». Pour ce faire, la *directive Concessions* propose deux alternatives : une durée de cinq ans sans motivation ou une durée supérieure lorsqu'elle apparaît justifiée par l'amortissement des investissements réalisés par le concessionnaire. Cette disposition tend ainsi à éviter les « rentes de situation »⁷²⁷, sans cependant aller jusqu'à affirmer, à l'instar du Conseil d'État français, qu'une « évolution particulièrement importante et durable de la rémunération des capitaux investis par le concessionnaire et de ses bénéfices » conduit « à une altération profonde et irréversible de l'équilibre économique de la concession » propre à justifier sa résiliation anticipée⁷²⁸. Dans une moindre mesure il est vrai, les directives européennes contiennent des dispositions relatives à

⁷²⁷ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 486.

⁷²⁸ CE, avis, 8 juin 2023, portant sur la sécurisation des mesures permettant d'assurer une meilleure prise en compte de l'intérêt public dans l'équilibre des contrats de concession autoroutière, n° 407003.

la résiliation des marchés publics et des concessions. En énumérant trois motifs non limitatifs de résiliation – identiques du reste –, les *directives de 2014* ambitionnent d’harmoniser les pratiques entre des États membres particulièrement favorables à une rupture unilatérale des contrats et des États très attachés à la liberté contractuelle. Ce faisant, ces textes s’inscrivent dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de justice qui élève la « *résiliation comme remède* »⁷²⁹ pour la simple et bonne raison qu’elle ne considère plus les contrats conclus « *comme des vaches sacrées* »⁷³⁰. En dépit des efforts louables du législateur européen, on peut se demander si les dispositions des *directives de 2014* relatives à la durée et à la fin des contrats sont suffisamment précises, étant cependant entendu que ces thématiques n’entrent dans le champ de compétence de l’Union européenne que dans la mesure où elles ont des rapports avec la transparence et la concurrence. Certains, à l’image de Laurent Richer, regrettent par exemple que ces textes soient lacunaires sur les suites à donner à la fin d’un contrat, spécialement sur la situation du candidat sortant à sa propre succession, eu égard, à l’incidence qu’elle peut avoir sur la libre concurrence⁷³¹. On peut également s’interroger sur l’opportunité pour le droit européen d’encadrer les conditions d’indemnisation post-résiliation, à tout le moins lorsque celles-ci sont susceptibles de rétroagir sur la concurrence.

Il est vrai que les *directives de 2014* brillent par leur souplesse voire leur imprécision, qu’il s’agisse des dispositions relatives à la durée des contrats (§I.) ou à la résiliation (§II.).

§I. La souplesse des dispositions relatives à la durée des contrats

La durée des contrats de la commande publique ne saurait être illimitée⁷³² en dépit de ce que laisse à penser le silence de la *directive Marchés (A.)*, et comme l’entérine expressément la *directive Concessions (B.)*.

⁷²⁹ M.-K. Halonen, « Termination of a public contract - lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive », *PPLR* 2017, n° 4, p. 189.

⁷³⁰ S. Treumer, « Towards an obligation to end end contracts conclus in breach of the E.C. Public procurement rules », *PPLR* 2007, n° 16, p. 370.

⁷³¹ L. Richer, « La fin des contrats », *RFDA* 2016, p. 294.

⁷³² En ce sens, le *Code de la commande publique* français dispose que les contrats de la commande publique « *sont conclus pour une durée limitée* » (art. L. 5).

A. La libre durée « en trompe-l'œil » des marchés publics

À l'instar de celle qui la précède, la *directive 2014/24* apparaît « *peu prescriptive* »⁷³³ s'agissant de la durée des marchés publics qu'elle n'encadre pas⁷³⁴, à quelques exceptions près. Il serait péremptoire d'en déduire que tout est permis en ce que la durée des marchés publics est limitée, *de jure*, par les principes fondamentaux du droit de la commande publique.

La *directive Marchés* est peu disserte en ce qui concerne la durée des contrats auxquels elle s'applique, à deux exceptions près. Elle limite d'abord la durée de l'accord-cadre⁷³⁵ à quatre ans, « *sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre* »⁷³⁶ et précise, par ailleurs, que « *la durée des différents marchés fondés sur un accord-cadre ne doit pas nécessairement coïncider avec celle dudit accord-cadre, mais pourrait, selon le cas, être plus courte ou plus longue* »⁷³⁷. Elle prévoit ensuite que la durée maximale des marchés réservés est de trois ans⁷³⁸, ce qui permet de limiter la distorsion de concurrence induite par ce dispositif. Il convient enfin de remarquer que la *directive 2014/24* envisage des modalités de calcul de la valeur des marchés publics de fournitures et de services différents en fonction du caractère déterminé ou non de leur durée⁷³⁹.

En dehors de ces rares dispositions, la *directive 2014/24* ne limite pas expressément la durée des marchés publics. On pourrait être tenté d'en déduire que la fixation de la durée d'un marché public fait l'objet d'une libre négociation entre l'autorité contractante et l'attributaire. Il ne faut pas s'y tromper, il s'agit là d'une « *liberté en trompe-l'œil* »⁷⁴⁰, qui apparaît toute « *relative* »⁷⁴¹. En effet, cette liberté contractuelle doit être conciliée avec les principes fondamentaux du droit de la commande publique, spécialement avec la liberté et l'égalité d'accès des opérateurs économiques à la commande publique, qui supposent une remise en concurrence périodique⁷⁴². Dans le prolongement de cette idée, la *directive Marchés* prévoit

⁷³³ Pour une étude détaillée : B. Mounier, « La durée dans les marchés publics globaux », *Le Moniteur – Contrats publics* janv. 2015, p. 28.

⁷³⁴ En revanche, le *Code de la commande publique* français contient plusieurs dispositions encadrant expressément la durée de certains marchés publics. Pour une étude détaillée : Ph. Terneyre, « La durée des contrats », *RFDA* 2016, pp. 276 et s.

⁷³⁵ Pour une étude détaillée de la durée de l'accord-cadre : voir l'axe n° 4 relatif aux techniques d'achat.

⁷³⁶ Dir. 2014/24/UE, art. 33 §1 al. 2.

⁷³⁷ *Ibid.*, cons. 62.

⁷³⁸ *Ibid.*, art. 77 §3.

⁷³⁹ *Ibid.*, art. 5 §§11 et 12.

⁷⁴⁰ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, op. cit.

⁷⁴¹ N. Saïdi, « Fixer la durée d'un marché public », *Le Moniteur – Contrats publics* novembre 2016, p. 57.

⁷⁴² En ce sens, le *Code de la commande publique* français dispose que la durée d'un marché est fixée en tenant compte de « *la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique* [nous soulignons] » (art. L. 2111-5).

une obligation de transparence relative à cette durée du marché, laquelle doit figurer dans l'avis de pré-information « *lorsqu'il sert de moyen d'appel à la concurrence* »⁷⁴³ et/ ou dans l'avis de marché « dans la mesure du possible [nous soulignons] »⁷⁴⁴. Ces dispositions permettent donc de conclure que la durée des marchés publics doit être fixée à l'avance, à tout le moins pour les contrats ayant une exécution échelonnée et ayant vocation à se répéter (services et fournitures courants)⁷⁴⁵, et qu'elle doit, *a fortiori*, faire l'objet d'une stipulation expresse dans le contrat.

À l'inverse de la *directive Marchés*, la *directive Concessions* entend encadrer plus fermement la durée de ces contrats.

B. L'encadrement textuel de la durée des concessions

La *directive 2014/23*, contrairement à la *directive 2014/24*, aborde « *très précisément – et donc avec effet direct* »⁷⁴⁶ – la question de la durée de concessions.

Ce texte prévoit, d'abord, en des termes très généraux, que « *la durée des concessions est limitée* » et doit être fixée par les autorités concédantes « *sur la base des travaux ou des services demandés* »⁷⁴⁷. Il précise, ensuite, que la durée de la concession n'a pas à être justifiée si elle est inférieure ou égale à cinq ans et qu'au-delà, elle ne doit pas excéder « *le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques* »⁷⁴⁸. Le considérant n° 52 livre une sorte de « *vade-mecum* »⁷⁴⁹ à destination des cocontractants leur permettant de justifier des durées substantielles au cours desquelles « *on peut raisonnablement escompter que le concessionnaire recouvre les investissements consentis pour l'exploitation des travaux et des services et obtienne un retour sur les capitaux investis dans des conditions d'exploitation normales, compte tenu des objectifs contractuels spécifiques à la réalisation desquels le concessionnaire s'est engagé pour respecter les exigences*

⁷⁴³ Dir. 2014/24/UE, annexe V, partie B, II.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, annexe V, partie C.

⁷⁴⁵ Lorsque l'objet du marché porte sur une prestation unique (fourniture ou service particulier, construction d'un ouvrage déterminé), imposer dans les textes une modalité de détermination de la durée maximale paraît, en tout état de cause, dénué de pertinence.

⁷⁴⁶ Ph. Terneyre, « La durée des contrats », *op. cit.*, p. 278.

⁷⁴⁷ Dir. 2014/23/UE, art. 18 §1.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, art. 18 §2.

⁷⁴⁹ Ph. Terneyre, « La durée des contrats », *op. cit.*, p. 278.

concernant, par exemple, la qualité ou le prix pour les utilisateurs ». La doctrine majoritaire se montre assez favorable au principe de limitation de la durée des contrats de concession qui tend, selon elle, à éviter les « rentes de situation [nous soulignons] »⁷⁵⁰. Des voix dissidentes s'élèvent cependant pour critiquer le caractère « *tautologique* » de cet alinéa qui révélerait, *in fine*, un « *défaut de logique doublé d'une mise à l'écart des principes comptables de base* »⁷⁵¹. Certains auteurs nuancent en soulignant que les dispositions de la *directive 2014/23* ne modifient pas substantiellement l'état du droit antérieur, qu'elles précisent, « *de manière parfois presque bavarde* »⁷⁵². Paradoxalement, le texte s'avère particulièrement imprécis sur certains points, de sorte qu'il n'offre pas toute la sécurité juridique que l'on peut espérer d'une telle disposition.

À cet égard, il convient de relever que l'article 18 de la directive, relatif à la durée des concessions, n'indique ni le point de départ de la durée normale d'amortissement⁷⁵³ ni son mode de calcul. En revanche, le considérant n° 52 offre quelques pistes pour comptabiliser cette durée au regard des investissements réalisés lorsqu'il énonce que « *l'estimation devrait être valable au moment de l'attribution de la concession* » avant d'ajouter qu'« *il devrait être possible d'inclure les investissements initiaux et ultérieurs jugés nécessaires pour l'exploitation de la concession, en particulier les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel ainsi que les frais initiaux [nous soulignons]* ». L'article 18 est, par ailleurs, muet sur la question de la prolongation du contrat au-delà de sa durée. Cette opération se trouve donc encadrée par les seules dispositions relatives à la modification des concessions⁷⁵⁴, ce qu'a récemment confirmé la Cour de justice⁷⁵⁵. Au regard de ces dispositions, la prolongation paraît autorisée dans trois hypothèses : lorsqu'elle est prévue dans le contrat par une clause de réexamen ; lorsqu'elle est rendue nécessaire par des circonstances imprévisibles ou lorsqu'elle ne revêt pas un caractère substantiel⁷⁵⁶.

⁷⁵⁰ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 486.

⁷⁵¹ Ph. Delelis, « Contenu et exécution des contrats de concessions », *CMP* mars 2016, dossier 5.

⁷⁵² Ph. Terneyre, « La durée des contrats », op. cit., p. 277.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 278. Sur ce point, le Conseil d'État français estime que le point de départ à prendre en compte pour le calcul de la durée d'amortissement est, en principe, la date d'achèvement et de mise en service (CE, 8 févr. 2010, *Cne de Chartres*, n° 323158).

⁷⁵⁴ Dir. 2014/23/UE, art. 43.

⁷⁵⁵ CJUE, 18 sept. 2019, *Comm. c/ République italienne*, aff. C-526/17 : la prorogation pendant 18 ans de la durée d'exploitation d'un contrat de concession de travaux – initialement fixée à 35 ans – dans le seul but d'en maintenir l'équilibre économique constitue une modification substantielle nécessitant la publication d'un avis de concession.

⁷⁵⁶ En ce s. H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., pp. 657 et s.

Enfin, la directive est parfaitement muette sur la question du contrat qui succède à un contrat arrivé à son terme⁷⁵⁷, lors même que le législateur européen entend régir, à des fins d'harmonisation, la résiliation des contrats de la commande publique.

§II. Une harmonisation minimale du régime de résiliation des contrats

Les *directives de 2014* contiennent des dispositions identiques relatives à la résiliation des marchés publics et des concessions. Dans un cas comme dans l'autre, l'harmonisation prévue par le législateur européen peut être qualifiée de minimale.

En effet, les directives disposent, de manière générale, que « *les États membres veillent* » à ce que les autorités contractantes aient « la possibilité *de résilier* [nous soulignons] » un marché public ou une concession, « dans les conditions prévues par le droit national [nous soulignons] »⁷⁵⁸ dans trois hypothèses : une modification du contrat qui aurait requis une nouvelle procédure d'attribution conformément aux dispositions relatives à la modification a eu lieu (a) ; le cocontractant se trouvait, lors de l'attribution du contrat, visé par un motif d'exclusion de plein droit (b) ou « *en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par les traités et la présente directive, qui a été établi par la Cour de justice de l'Union européenne* » (c). Ces textes se présentent ainsi comme une tentative d'harmonisation minimale des pratiques très hétérogènes des États membres en matière de résiliation des contrats. En effet, on peut dénombrer, avec Laurent Richer⁷⁵⁹, cinq types de situations. En France, le pouvoir de résiliation pour motif d'intérêt général fait partie des règles générales applicables aux contrats administratifs, tandis qu'il est consacré par un principe général en Espagne et en Belgique. Dans d'autres États membres, comme le Portugal et l'Italie, ce pouvoir est reconnu par la loi, alors qu'il est prévu par des clauses types au Danemark et en Finlande. Enfin, en Allemagne, pays très attaché à la liberté contractuelle, le pouvoir de résiliation doit être prévu par le contrat et il est considéré comme exceptionnel⁷⁶⁰. En définitive, ces dispositions imposent seulement aux États membres dans lesquels le droit est muet d'introduire un pouvoir général de résiliation au profit du pouvoir adjudicateur. En France, les textes de transposition ont reconnu « sans

⁷⁵⁷ L. Richer, « La fin des contrats », *op. cit.*, p. 294.

⁷⁵⁸ Dir. 2014/23/UE, art. 44 ; Dir. 2014/24/UE, art. 74.

⁷⁵⁹ L. Richer, « La fin des contrats », *op. cit.*, p. 294.

⁷⁶⁰ M.-K. Halonen, « Termination of a public contract - lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive », *op. cit.*, p. 188.

nuance »⁷⁶¹ un pouvoir de résiliation unilatérale à l'acheteur public⁷⁶² et l'autorité concédante⁷⁶³, qu'ils relèvent du droit public ou du droit privé.

Au-delà du principe commun, ces dispositions aménagent une marge de manœuvre conséquente, aussi bien aux États membres qu'aux autorités contractantes. En premier lieu, les États membres demeurent libres d'envisager d'autres motifs de résiliation. À cet égard, en disposant que la résiliation est envisageable lorsqu'« au moins une des conditions suivantes est réunie [nous soulignons] », les *directives de 2014* établissent une « *liste minimale* »⁷⁶⁴ dont l'absence d'exhaustivité laisse aux États membres tout le loisir d'en prévoir d'autres. En outre, il appartient aux États membres de fixer les modalités procédurales de la résiliation, qu'il s'agisse de ses effets temporels (rétroactifs, immédiats ou différés)⁷⁶⁵, de sa portée ou de l'indemnisation du cocontractant. Cette marge de manœuvre, aussi pragmatique soit-elle, peut cependant entrer en contradiction avec les objectifs visés par le législateur européen que sont l'effectivité du droit de l'Union européenne⁷⁶⁶ et l'égalité de traitement des candidats⁷⁶⁷, susceptibles de « subir » une résiliation unilatérale pour un motif qui est envisagé dans seulement certains États membres, situation qui peut s'assimiler à une discrimination à rebours. Un dispositif plus ambitieux aurait pu reposer sur le caractère limitatif de la liste des motifs de résiliation. En second lieu, les directives confèrent un pouvoir d'appréciation particulièrement étendu aux autorités contractantes, qui se voient reconnaître la « *possibilité* » de résilier dans l'un des trois cas de figure qu'elles énumèrent. À s'en tenir à la lettre particulièrement permissive du texte, la résiliation constitue une simple faculté pour les acheteurs et autorités concédantes, qui doivent néanmoins en faire usage dans le respect du principe de proportionnalité⁷⁶⁸. On peut cependant convenir que « *la résiliation est susceptible de devenir une obligation* »⁷⁶⁹ dans l'hypothèse d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne, spécialement lorsqu'il s'agit des règles de publicité et de mise en

⁷⁶¹ L. Richer, « La fin des contrats », *op. cit.*, p. 295.

⁷⁶² Ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, art. 49, 58 et 65.

⁷⁶³ Ord. n° 2016-65 du 29 janv. 2016 relative aux contrats de concession, art. 43, 49, 55.

⁷⁶⁴ M.-A. Simovart, « The power of termination under art. 73(a) of Directive 2014/24/EU: the challenges of balancing implementation », *PPLR* 2018, n° 6, p. 280.

⁷⁶⁵ K.-M. Halonen s'interroge sur la faculté des parties de convenir d'un délai de préavis (M.-K. Halonen, « Termination of a public contract - lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive », *op. cit.*, p. 194).

⁷⁶⁶ En ce sens, la *directive 2014/24* dispose que « [l]es pouvoirs adjudicateurs sont parfois confrontés à des circonstances dans lesquelles ils doivent résilier un marché public afin de se conformer à des obligations relevant du droit de l'Union dans le domaine des marchés publics [...] » (cons. 112).

⁷⁶⁷ M.-A. Simovart, « The power of termination under art. 73(a) of Directive 2014/24/EU: the challenges of balancing implementation », *op. cit.*, p. 282.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, pp. 283 et s.

⁷⁶⁹ L. Richer, « La fin des contrats », *op. cit.*, p. 294 ; v. égal. M.-K. Halonen, « Termination of a public contract - lifting the veil on art. 73 of 2014/24 Directive », *op. cit.*, p. 190.

concurrence qui s'imposent lors de la passation d'un contrat⁷⁷⁰. En effet, il est le seul des trois motifs prévus qui requiert explicitement une intervention de la Cour de justice. Le caractère facultatif de la résiliation peut également apparaître douteux en ce qui concerne la deuxième hypothèse, celle de la découverte en cours d'exécution d'un motif d'exclusion obligatoire qui visait l'opérateur économique au moment de la passation⁷⁷¹. Certes, le motif d'exclusion de plein droit ne contraint pas l'autorité contractante à exclure *a priori* le candidat ou à résilier *a posteriori* le contrat, ce d'autant moins que l'opérateur économique peut toujours faire valoir qu'il a mis en œuvre des mesures d'auto-réhabilitation. Cependant, on voit difficilement comment le pouvoir adjudicateur ou l'autorité concédante pourraient éviter la résiliation lorsque la condamnation définitive du titulaire en cours d'exécution est assortie d'une peine complémentaire d'exclusion des procédures de passation des marchés publics. À rebours, la résiliation pour modification substantielle illicite semble pouvoir être évitée dans au moins deux cas de figure : soit dans le cas où l'annulation du seul avenant suffit à exciper l'illégalité du contrat⁷⁷², soit parce qu'au regard de la moindre gravité de l'illicéité de la modification, la résiliation anticipée par le pouvoir adjudicateur porterait une atteinte disproportionnée aux droits du cocontractant.

⁷⁷⁰ Cette disposition s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice qui a jugé que dans le cas de violation grave du droit communautaire, les États ont l'obligation de faire cesser les effets du contrat concerné (CJCE, 18 juill. 2007, *Commission c/ Allemagne*, aff. C- 503/ 04).

⁷⁷¹ Le droit français a opéré une double surtransposition de cette disposition puisqu'il prévoit que la résiliation peut être prononcée pour un motif d'exclusion obligatoire ou facultatif et cela même si le motif intervient en cours d'exécution, non pas seulement au moment de la passation.

⁷⁷² Dans ce cas de figure, on peut se demander si l'avenant seul peut être annulé. Selon Laurent Richer, la résiliation peut être évitée si l'annulation du seul avenant permet de ramener le contrat à son « *état antérieur* » (L. Richer, « La fin des contrats », *op. cit.*, p. 298).

SYNTHESE DES ENTRETIENS ET DES SONDAGES

PARTIE 2 – SYNTHÈSE DES ENTRETIENS ET DES SONDAGES

INTRODUCTION

Les enquêtes de terrain. Le dixième anniversaire des *directives 2014/23* (« directive Concessions ») et *2014/24* (« directive Marchés »)⁷⁷³ invitait à tirer des enseignements destinés à inspirer le législateur européen pour une éventuelle réforme de ces textes. Pour ce faire, la Chaire de droit des contrats publics a procédé à des enquêtes de terrain qualitative et quantitative.

L'enquête qualitative. Cette synthèse recense l'ensemble des données relatives aux retours d'expérience sur le bilan et la réforme des *directives de 2014*, récoltées auprès de 5 avocats spécialisés dans le domaine, des services juridiques de 7 autorités contractantes et de 7 opérateurs économiques, ainsi qu'un universitaire, entre mai et juin 2024.

	AC 1	AC 2	OE 1	AV 1	OE 2	AV 2	AC 3
Date de l'entretien	22/05	23/05	27/05	28/05	30/05	30/05	03/06
	OE 3	OE 4	AC 4	U 1	AV 3	AV 4	AV 5
Date de l'entretien	03/06	04/06	04/06	05/06	05/06	06/06	06/06
	AC 5	AC 6	OE 5	OE 6	OE 7	AC 7	
Date de l'entretien	06/06	11/06	11/06	11/06	13/06	13/06	

⁷⁷³ La directive 2014/25 dite « Secteurs spéciaux » a été exclue du champ de l'étude.

Figure 1 : Dates des entretiens⁷⁷⁴

Le panel des interviewés. L'échantillon des participants à l'enquête qualitative se compose des 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, qui ne comprend qu'un seul enquêté, la catégorie universitaire.

Ainsi, le panel d'interviewés regroupe :

- **Pour la catégorie « Avocats » :** les 5 avocats interrogés conseillent aussi bien des autorités contractantes que des opérateurs économiques, principalement pour des marchés publics et plus rarement pour des concessions ;
- **Pour la catégorie « Autorités contractantes » :** 2 sont des établissements publics industriels et commerciaux ; 1 est un établissement de coopération intercommunale ; 4 sont des sociétés à capitaux publics ;
- **Pour la catégorie « Opérateurs économiques » :** 1 intervient dans le secteur de l'informatique et de la télécommunication, 3 dans le secteur du BTP et de la construction⁷⁷⁵, 1 dans le secteur de la maîtrise d'œuvre, 1 est un concessionnaire.
- **Pour la catégorie « Universitaire » :** 1 seul interviewé.

Les modalités. Les entretiens semi-directifs ont été menés sur la base de différentes grilles d'entretien établies par la Chaire de droit des contrats publics en avril 2024 pour chaque thématique de recherche. L'ensemble des entretiens a été réalisé 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. Ces notes ont été revues par les interviewés et, le cas échéant, modifiées.

Enquête quantitative. Dans la continuité de cette enquête qualitative, une enquête quantitative a été menée au moyen de sondages en ligne destinés aux autorités contractantes, aux opérateurs économiques et aux avocats spécialisés dans le droit de la commande publique. Pour une meilleure comparaison des résultats, la structure des onze questionnaires thématiques

⁷⁷⁴ AV : Avocat ; AC : Autorité contractante ; OE : Opérateur économique ; U : Universitaire.

⁷⁷⁵ L'un d'entre eux apporte essentiellement des conseils juridiques aux entreprises du secteur.

suivait celle des guides d'entretien de l'enquête qualitative et ne comprenait, à l'exception des questions relatives au profil du sondé, aucune question à réponse obligatoire. Les sondages étaient accessibles du 13 juin 2024 au 12 juillet 2024 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 143 personnes ont ouvert un des sondages, 73 d'entre elles ont répondu à au moins une question de fond de l'un des questionnaires. Précisément, le panel des sondés se compose de la manière suivante :

- **Pour la catégorie « Autorités contractantes » :** 58 autorités contractantes ont participé à l'enquête quantitative. Parmi elles, 42 n'ont donné aucune précision sur la catégorie à laquelle elles appartiennent, 7 sont des collectivités territoriales, 2 sont des établissements de coopération intercommunale, 1 est un établissement public, 1 est établissement public de l'État, 1 est un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, 1 service déconcentré de l'État, 1 est un GIP, 1 est un CHU, 2 organismes privés partiellement soumis au Code de la commande publique. Si 2 des autorités contractantes ayant répondu au sondage sont des petites structures de moins de 50 agents, 22 emploient entre 51 et 500 agents, et 34 plus de 501 agents. Enfin, les principaux contrats publics conclus par ces organismes sont majoritairement des marchés publics de fournitures et de services (55 sur 58), des marchés publics de travaux (43 sur 58) et des marchés publics de maîtrise d'œuvre (39 sur 58), puis, minoritairement, des marchés globaux ou de partenariat (16 sur 58), des contrats de concession de services (15 sur 58), des conventions d'occupation du domaine public (6 sur 58), des contrats de concession de travaux (3 sur 58) et de concession d'aménagement (2 sur 58).
- **Pour la catégorie « Opérateurs économiques » :** 6 opérateurs économiques ont participé à l'enquête quantitative, dont 4 entreprises de plus de 500 employés et 2 qui emploient entre 51 et 500 salariés. Ceux-ci sont principalement titulaires de marchés publics de travaux (5 sur 6), de marchés publics de fournitures et services (2 sur 6), de marchés globaux ou de partenariat (2 sur 6), de contrats de concession de services (1 sur 6) et de marchés publics de maîtrise d'œuvre (2 sur 6).
- **Pour la catégorie « Avocats » :** 4 avocats ont participé à l'enquête quantitative. Les dossiers sur lesquels les avocats sondés sont saisis concernent

majoritairement des marchés publics de fournitures et de services (3 sur 4), des marchés publics de travaux (2 sur 4), des marchés publics de maîtrise d'œuvre (2 sur 4), des conventions d'occupation du domaine public (2 sur 4) et minoritairement des marchés globaux ou de partenariat (1 sur 4), des contrats de concession de service (1 sur 4), de travaux (1 sur 4) et d'aménagement (1 sur 4).

- **Pour la catégorie « Autre »** : 5 des personnes sondées ne sont pas classées dans aucune des trois catégories précédentes. Parmi elles, 1 est professeur, 1 autre est juriste spécialisé dans la commande publique et les 3 autres ne donnent aucune indication supplémentaire.

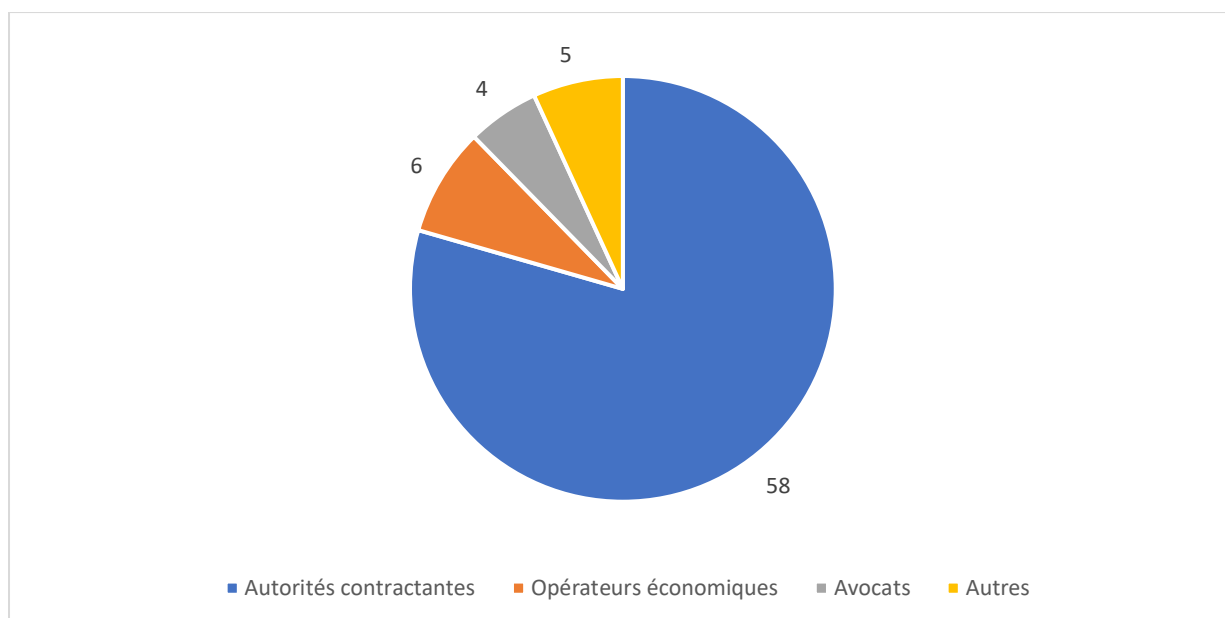


Figure 2 : Profil des sondés

Les thèmes abordés. Eu égard à l'ampleur du champ de recherche, les enquêtés étaient invités à sélectionner une ou plusieurs thématiques sur lesquelles ils souhaitaient échanger en priorité parmi les onze retenues par la Chaire de droit des contrats publics. Ces thématiques pouvaient porter sur le champ d'application des directives (**axe n° 1**), la concurrence (**axe n° 2**), les objectifs « *horizontaux* » ou stratégiques (**axe n° 3**), les techniques d'achat (**axe n° 4**) et / ou l'exécution des contrats (**axe n° 5**).

AXE 1 : LE CHAMP D'APPLICATION DES DIRECTIVES

L'objectif des enquêtes. Pour appréhender les difficultés que suscite la détermination du champ d'application des *directives Marchés* et *Concessions* de 2014, les enquêtés pouvaient être interrogés sur la définition des marchés publics et des concessions arrêtée par ces textes (**thématique n° 1**), sur celles des autorités contractantes auxquels ils s'adressent (**thématique n° 2**) et / ou sur les contrats exclus de leur champ d'application (**thématique n° 3**).

THEMATIQUE N°1 : LA DEFINITION DES CONTRATS

Le déroulement des enquêtes. Les enquêtés⁷⁷⁶ ayant sélectionné cette thématique étaient invités à aborder la distinction entre les marchés publics et les concessions, centrale dans l'articulation entre les *directives 2014/23* et *2014/24* (§I.), avant de traiter plus précisément les définitions adoptées par le législateur européen pour chaque type de contrat (§II.).

§I. La distinction clarifiée entre marchés publics et concessions

La clarté de la distinction. Dans leur écrasante majorité, les enquêtés jugent la distinction entre les marchés publics et les concessions issue des *directives de 2014* parfaitement limpide.

Plus précisément, les interviewés⁷⁷⁷ n'éprouvent aucune difficulté à distinguer les contrats « *one shot* » que sont les marchés publics – pour reprendre la formulation d'un opérateur économique –, des contrats de longue durée nécessitant des investissements, que sont

⁷⁷⁶ 7 interviewés et entre 20 et 30 sondés.

⁷⁷⁷ 2 AC et 2 OE.

les concessions. Cette tendance est confirmée par les résultats de l'enquête quantitative puisque 86,95 % des sondés (soit 20 sur 23)⁷⁷⁸ estiment que les définitions adoptées par les *directives* 2014/23 et 2014/24 permettent aisément de distinguer les marchés publics des concessions. Les 13,04 % restants (soit 3 sur 23)⁷⁷⁹ ne savent pas, avant de préciser qu'ils ne mobilisent pas directement le droit européen dans leur pratique.

Par voie de conséquence, la plupart des enquêtés militent pour le maintien d'un *statu quo*, à l'exception d'un universitaire interviewé qui suggère une distinction alternative. Il propose en effet de distinguer les contrats complexes mobilisant des investissements privés d'une part, et les contrats plus simples ne mobilisant pas d'investissements privés d'autre part. Cette proposition trouverait des justifications tant dans la théorie économique que dans la pratique eu égard, notamment, aux questions juridiques communes soulevées par certaines concessions et certains marchés publics, à l'image des problématiques d'exécution liées aux droits réels et à la propriété des ouvrages. Cependant, l'enquêté concède que le travail de refonte serait d'une envergure telle que cette proposition ne devrait pas aboutir dans les prochaines directives européennes.

La pertinence du critère du risque d'exploitation. La plupart des enquêtés – soit 4 interviewés et 20⁷⁸⁰ des 33 sondés⁷⁸¹ – jugent le critère distinctif du risque d'exploitation plus pertinent que celui fondé sur le mode de rémunération du concessionnaire. À ce sujet, 1 opérateur économique interviewé souligne que « [l]a notion de risque reflète à la fois l'investissement du concessionnaire et la liberté de gestion dont il jouit ».

Les sondés nuancent cependant cet apparent consensus dans leurs commentaires. Parmi eux, 1 autorité contractante juge le critère du risque d'exploitation « *trop restrictif* » en ce qu'il n'englobe pas le « *risque travaux* », tandis que 2 autres sondés relevant de la même catégorie soulignent son caractère « *théorique* »⁷⁸². Dans le prolongement de cette idée, 1 opérateur économique n'estime pas que le risque d'exploitation, risque « *ordinaire* » dans la vie d'une entreprise, soit caractéristique de la situation du concessionnaire.

La délicate évaluation du risque d'exploitation. Si le critère du risque d'exploitation est globalement bien appréhendé par les enquêtés, ces derniers n'en éprouvent

⁷⁷⁸ 15 AC, 1 OE, 1 AV et 3 AU.

⁷⁷⁹ 4 AC.

⁷⁸⁰ 15 AC, 1 OE, 1 AV, 2 AU.

⁷⁸¹ Les autres répondant par la négative (5 sur 33) ou par « *peut-être* » (8 sur 33).

⁷⁸² Elles expliquent n'avoir pas connaissance de cas dans lesquels un concessionnaire aurait fait faillite en raison de son exposition à ce risque d'exploitation.

pas moins de sérieuses difficultés à le quantifier, c'est-à-dire à appréhender le seuil à partir duquel la part transférée sera considérée comme n'étant pas « *négligeable ou purement nominale* » au sens de la *directive 2014/23*⁷⁸³. À cet égard, 1 autorité contractante interviewée souligne que ce critère peut être malaisé à appliquer eu égard aux circonstances propres à chaque contrat, tandis qu'une autre explique qu'il s'agit d'un sujet central des négociations précédant la conclusion d'un contrat de concession. Dans le même sens, 3 autorités contractantes sondées observent que le risque d'exploitation peut être « *difficile à évaluer* » ou « *à appréhender* ».

L'indétermination souhaitée du seuil. En dépit de ces difficultés, la question de savoir si le législateur européen devrait fixer un seuil chiffré de rémunération du concessionnaire divise les enquêtés. Parmi les interviewés, une majorité⁷⁸⁴ répond par la négative pour différents motifs : la crainte d'une réduction inopportune de la marge de manœuvre des parties à un contrat de concession pour 1 opérateur économique ; un véritable « *danger* » dans certains secteurs comme les transports où des contrats plus rétributifs sont parfois plus risqués que des contrats apparemment moins rentables pour 1 autorité contractante. L'universitaire souligne, pour sa part, que cette proposition comporte un risque non négligeable de requalification de certains contrats comme les concessions d'eau, sans compter qu'elle suppose d'adopter une méthodologie et des indicateurs pertinents, ce qui est loin d'être évident⁷⁸⁵. Une minorité d'interviewés, composée de 2 avocats, répond par la positive en soulignant qu'un tel seuil serait gage de sécurité juridique, à tout le moins pour les petites collectivités territoriales et les contrats de moindre envergure. Ils estiment cependant qu'il faudrait conserver de la souplesse dans l'appréciation du risque pour les projets les plus importants.

Le caractère clivant de la question est confirmé par les résultats de l'enquête quantitative. En effet, 28,12 % (soit 9 sur 32)⁷⁸⁶ des sondés souhaiteraient que le législateur européen fixe un seuil chiffré aux motifs soit de faciliter l'identification du risque d'exploitation⁷⁸⁷, soit de rompre avec le caractère « *symbolique et artificiel* » du risque lié aux impayés⁷⁸⁸. À rebours, 34,37 % (soit 11 sur 32)⁷⁸⁹ sont défavorables à une telle proposition,

⁷⁸³ Dir. 2014/23, art. 5 §1 al. 2.

⁷⁸⁴ 2 AC, 1 OE et 1 U.

⁷⁸⁵ Selon 1 U, 1 AC et 1 OE.

⁷⁸⁶ 9 AC.

⁷⁸⁷ 1 AC.

⁷⁸⁸ 1 AC.

⁷⁸⁹ 9 AC, 1 OE, 1 AV.

tandis que la majorité, soit 37,50 % (soit 12 sur 32)⁷⁹⁰ adopte une réponse plus nuancée du type « *peut-être* » ou « *ne sais pas* ». Ces derniers s'en expliquent dans leurs commentaires : selon 1 avocat cette entreprise engendrerait davantage de « *complexité* » que de simplicité⁷⁹¹. D'autres sondés soulignent, quant à eux, l'infaisabilité de cette mesure, soit en raison des spécificités de chaque secteur⁷⁹², soit parce que ce seuil n'est pas toujours « *chiffable* »⁷⁹³ ou évaluable⁷⁹⁴, sauf à admettre une part d'« *arbitraire* »⁷⁹⁵ dans sa détermination.

Au-delà de la distinction entre marchés publics et concessions, il apparaissait essentiel d'interroger les praticiens sur les définitions propres aux concessions et aux marchés publics, respectivement arrêtées par les *directives 2014/23* et *2014/24*.

§II. Les définitions propres à chaque contrat

Le déroulement des enquêtes. Après avoir répondu à des questions générales, les enquêtés étaient interrogés, en fonction de leur domaine d'activité, sur les définitions des concessions (A.) et des marchés publics (B.) adoptées par le législateur européen en 2014.

A. La définition unifiée des concessions

Les difficultés internes posées par la définition européenne. À la question de savoir si la définition unifiée des concessions est porteuse de sécurité juridique, une majorité des sondés, soit 58,06 % (soit 18 sur 31)⁷⁹⁶ répondent « *oui* » contre 6,45 % qui répondent « *non* » (soit 2 sur 31)⁷⁹⁷ et 35,48 % (soit 11 sur 31)⁷⁹⁸ qui n'émettent pas d'avis tranché. Au regard de ces résultats, l'unité paraît être un gage de sécurité, cependant que l'enquête qualitative incite à nuancer cette conclusion provisoire. En ce sens, 1 opérateur économique interviewé interroge la pertinence de la distinction opérée par la *directive 2014/23* entre les concessions de travaux et les concessions de services qui n'est assortie d'aucune conséquence juridique⁷⁹⁹. Il serait préférable, selon lui, d'opter pour une catégorie unique – la concession –,

⁷⁹⁰ 9 AC, 1 OE, 1 AV, 1 AU.

⁷⁹¹ 1 AV.

⁷⁹² 1 OE.

⁷⁹³ 1 AC.

⁷⁹⁴ 1 AC.

⁷⁹⁵ 1 AC.

⁷⁹⁶ 14 AC, 1 OE, 1 AV, 2 AU.

⁷⁹⁷ 1 AC et 1 AU.

⁷⁹⁸ 10 AC et 1 AV.

⁷⁹⁹ 1 OE.

laquelle serait plus sécurisante. Dans le même sens, 1 avocat suggère de pousser cette logique à son paroxysme au niveau interne :

« Il faudrait aller au bout de la logique européenne d'unification du régime des concessions en supprimant la catégorie interne des délégations de service public, sans cependant en gommer toutes les spécificités inhérentes à ces contrats ».

Dans le prolongement de cette idée, 1 avocat interviewé estime que la principale difficulté soulevée par la définition européenne tient au « *sens historique français du terme concession* » qui ne permet pas au juriste français de concevoir la réalisation de travaux et l'exploitation d'un ouvrage indépendamment d'une délégation de service public⁸⁰⁰. Une autorité contractante sondée souscrit à cette analyse en soulignant la confusion qui peut être faite entre la concession au sens du droit européen et les catégories juridiques internes d'affermage, de concession et de délégation de service public. C'est également ce qui ressort des réponses apportées par les 22 sondés à la question de savoir si la distinction entre concession de service et délégation de service public soulève des problèmes. Si 14 d'entre eux répondent négativement (soit 63,63 %)⁸⁰¹, 8 répondent positivement (soit 36,36 %)⁸⁰² en insistant notamment sur les problématiques posées par ce *distinguo* aux collectivités territoriales.

La distinction délicate entre concessions et conventions domaniales. Les enquêtés interrogés sur la distinction entre les concessions et les conventions domaniales apparaissent particulièrement divisés, ce dont témoignent parfaitement les résultats de l'enquête quantitative. En effet, sur les 27 sondés, 14⁸⁰³ sont mitigés (« *ne sais pas* » ou « *peut-être* »), 7⁸⁰⁴ n'éprouvent pas de difficulté à les différencier et les 6⁸⁰⁵ restants estiment cette distinction délicate. Une majorité d'interviewés (3 sur 4)⁸⁰⁶, à l'exception d'un opérateur économique, souscrit à cette réponse. Ces derniers ont ainsi fait part de leurs difficultés à différencier les concessions de services d'une part, et les conventions⁸⁰⁷ voire les autorisations domaniales⁸⁰⁸, d'autre part. L'universitaire souligne, à cet égard, que le « *flou* » qui s'est installé entre ces

⁸⁰⁰ 1 AV.

⁸⁰¹ 10 AC, 1 OE, 1 AV, 2 AU.

⁸⁰² 6 AC, 1 AV et 1 AU.

⁸⁰³ 12 AC et 2 AU.

⁸⁰⁴ 5 AC, 1 OE et 1 AV.

⁸⁰⁵ 4 AC, 1 AV et 1 AU.

⁸⁰⁶ 1 OE, 1 AV et 1 U.

⁸⁰⁷ 1 OE et 1 AV.

⁸⁰⁸ 1 U.

notions est aggravé par la jurisprudence récente de la Cour de justice qui a pu analyser une concession de service à l'aune de la *directive services*⁸⁰⁹. En conséquence, ce dernier estime qu'une clarification serait la bienvenue pour faciliter l'articulation entre la *directive 2014/23* et la *directive 2006/123* :

« Il serait opportun de traduire juridiquement le fait qu'une concession n'est pas nécessairement un service public, mais un service d'intérêt général sur lequel la personne publique exerce des prérogatives ».

Si la définition unifiée des concessions est une nouveauté de la réforme de 2014 – ce qui explique qu'elle soit porteuse de difficultés inédites –, celle des marchés publics s'inscrit dans la continuité des précédentes *directives Marchés*.

B. La définition stabilisée des marchés publics

Les clarifications attendues à la marge. Les enquêtés sont majoritairement satisfaits de la définition générale des marchés publics arrêtée dans la *directive 2014/24* selon laquelle il s'agit de « *contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* »⁸¹⁰. En revanche, 1 opérateur économique interviewé fait valoir que la définition des marchés de travaux mériterait d'être clarifiée, spécialement en ce qui concerne la notion d'« *influence déterminante* » de l'autorité contractante sur la conception de l'ouvrage, ce que confirment les résultats de l'enquête quantitative. En effet, à la question de savoir si cette notion est difficile à appréhender, une majorité (soit 12⁸¹¹ sur 26) des sondés répond positivement, tandis qu'une minorité répond négativement (soit 5 sur 26)⁸¹² ou se dit mitigée (soit 9 sur 26)⁸¹³.

En outre, un opérateur économique interviewé qualifie d'« *illisible* » la définition – interne – des marchés de partenariat ou de l'ancien marché de conception, réalisation, exploitation ou maintenance avec paiements différés. Pour leur part, 9⁸¹⁴ des 28

⁸⁰⁹ En ce s. CJUE, 19 janv. 2023, *CNAE e.a*, aff. C-292/21.

⁸¹⁰ Dir. 2014/24, art. 2 §5.

⁸¹¹ 9 AC, 2 AV et 1 AU.

⁸¹² 4 AC et 1 OE.

⁸¹³ 7 AC et 2 AU.

⁸¹⁴ 8 AC et 1 AU.

sondés estiment que la détermination du régime des marchés mixtes est porteuse de difficultés⁸¹⁵. Ces derniers avancent plusieurs arguments au soutien de leur position : 1 avocat doute de la pertinence de la notion, dès lors que, selon lui, « *tous les marchés publics sont mixtes par nature* »⁸¹⁶ ; 2 autorités contractantes font valoir que la notion n'est « *pas clairement circonscrite* »⁸¹⁷ ou trop casuistique⁸¹⁸. Un dernier sondé relevant de cette catégorie estime quant à lui que la notion de mixité est « *mal connue* » et, ce faisant, « *ignorée (volontairement ou non)* » des acheteurs publics⁸¹⁹.

La frontière tenue avec les appels à projets. Lors de l'enquête qualitative, 2 répondants⁸²⁰ avaient mis en exergue un phénomène de multiplication des appels à projets ou des appels à manifestation d'intérêt en dehors des secteurs non marchands. Ces derniers avaient alerté sur le double risque que portait en germe cette tendance, à la fois celui d'un dévoiement et d'une requalification de ces appels à projets ou appels à manifestations d'intérêt en marchés de service. Ces craintes sont largement partagées par les sondés. En effet, sur les 30 interrogés, 16 relevant de toutes les catégories estiment que la frontière est tenue (soit 53, 33 %)⁸²¹, contre seulement 6 qui n'éprouvent pas de difficulté (soit 20%)⁸²² et 8 qui ne savent pas (soit 26,66 %)⁸²³.

Les enquêtés sont en revanche particulièrement divisés sur les remèdes à apporter à ce problème. Certains d'entre eux appellent de leurs vœux une réforme du droit dur, à l'instar d'un opérateur économique interviewé qui envisage deux pistes d'amélioration : l'une consistant à introduire dans la directive l'idée de « *satisfaction du besoin* » dans la définition générale du marché public, voire à mettre en avant le niveau de maturité de ce besoin. L'autre piste consisterait à insister sur le critère de l'onérosité du contrat, en rappelant qu'il permet de distinguer l'appel à projets qui donne seulement lieu au versement d'aides publiques précaires et révocables, tandis que le marché public est nécessairement assorti du versement d'un prix. Dans le prolongement de cette idée, plusieurs sondés⁸²⁴ souhaiteraient que le législateur propose une définition de l'appel à projets ou fixe des critères distinctifs afin de rompre avec la pratique

⁸¹⁵ En revanche, 12 sondés n'identifient pas de difficulté particulière et 7 ne savent pas.

⁸¹⁶ 1 AV.

⁸¹⁷ 1 AC.

⁸¹⁸ 1 AC.

⁸¹⁹ 1 AC.

⁸²⁰ 1 OE et 1 AV.

⁸²¹ 12 AC, 1 OE, 2 AV et 1 AU.

⁸²² 5 AC et 1 AU.

⁸²³ 7 AC et 1 AU.

⁸²⁴ 1 AC et 1 OE.

qui consiste à qualifier négativement ces dispositifs, c'est-à-dire par *a contrario* de la définition de marché public. Plus radicalement encore, 1 autorité contractante sondée semble favorable à un rapprochement des régimes de passation, en termes de mise en concurrence, des marchés publics et des appels à projets. À l'inverse, 1 autorité contractante sondée invite à ne pas « rigidifier » ces dispositifs par des textes de droit dur, leur préférant de la « *documentation (circulaire ou doctrine largement diffusée)* ».

THEMATIQUE N° 2 : LA DEFINITION DES AUTORITES CONTRACTANTES

Le déroulement des enquêtes. Les vingt-quatre enquêtés ayant sélectionné cette thématique étaient interrogés sur l'auto-qualification des autorités contractantes (§I.), ou les conditions exigées pour la qualification de pouvoir adjudicateur (§II.) ou celle d'entité adjudicatrice (§III.), ou encore la distinction entre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices (§IV.).

Les réponses peu concluantes des participants à l'enquête quantitative concernant les évolutions et perfectionnements potentiels des directives. Huit sondés⁸²⁵ étaient amenés à se prononcer sur les modifications les plus importantes contenues dans les *directives de 2014* concernant la définition des autorités contractantes. La moitié⁸²⁶ n'a pas émis d'avis sur le sujet⁸²⁷, l'un⁸²⁸ a répondu qu'il n'y avait aucune évolution à son sens, un autre a souligné – à l'inverse – l'augmentation de la lisibilité⁸²⁹, et les deux derniers⁸³⁰ ont évoqué le *in house* – qui relève de la thématique suivante relative aux contrats exclus. Parmi ces huit sondés, quatre ont également répondu à la question de savoir si des éléments ou notions leur semblaient perfectibles dans la définition des autorités contractantes. Deux n'ont pas émis

⁸²⁵ 2 AU, 1 OE, et 5 AC.

⁸²⁶ 1 AU et 3 AC.

⁸²⁷ Ces sondés ont répondu « *je ne sais pas encore (jeune juriste)* » (1 AU), « *aucun avis* » (1 AC), « *[a]ucune idée, je ne connais pas la situation antérieure à 2014* » (1 AC), et « *[j]e n'ai jamais comparé ces évolutions avec la réglementation antérieure. C'est un sujet intéressant mais qui s'adresse davantage à la doctrine qu'aux praticiens, qui, finalement, exercent avec les textes qu'on leur impose* » (1 AC).

⁸²⁸ 1 AU.

⁸²⁹ 1 OE.

⁸³⁰ 2 AC.

d'opinion tranchée⁸³¹, un⁸³² a indiqué que « *cela me semble plutôt clair* », et le quatrième⁸³³ a mis en cause la « [c]larté de la définition du PA [pouvoir adjudicateur] (*par exemple pour des fonds de dotation structure opaque par excellence*) ».

§I. Une difficulté générale : l'auto-qualification des autorités contractantes

Les difficultés importantes résultant de l'auto-qualification. Cinq interviewés⁸³⁴ et treize sondés⁸³⁵ ont mis en exergue les difficultés rencontrées par de nombreux organismes pour déterminer s'ils constituent des autorités contractantes et, le cas échéant, pour identifier la catégorie d'autorités contractantes dont ils font partie. Cette question s'avère pourtant déterminante dans le cadre de l'identification du régime juridique applicable, donc de l'éventuelle soumission au droit de la commande publique. Or, il n'existe pas de qualification systématique par une entité tierce aux autorités contractantes, en amont d'un processus contractuel, ni de liste exhaustive des autorités contractantes ou de guide pour ce processus d'auto-qualification⁸³⁶. Comme le révèle un avocat interviewé, certaines structures ne se posent jamais la question de savoir si elles constituent des autorités contractantes jusqu'à la consultation d'un conseil.

Les facteurs influençant les difficultés d'auto-qualification. Deux interviewés ont identifié des entraves à l'auto-qualification, au-delà de l'absence de qualification automatique (par une liste exhaustive ou un organisme tiers).

L'un des premiers facteurs identifiés repose sur l'insuffisance du droit pour déterminer aisément si une situation concorde avec les éléments et conditions expressément prévus par le droit. De manière générale, un opérateur économique interviewé souligne que les difficultés propres à toute auto-qualification sont accentuées par le manque de clarté des textes constitutifs relatifs à la définition des autorités contractantes. Il en déduit qu'« [i]l y a donc une rationalisation à faire pour permettre aux autorités contractantes de connaître la qualification qui leur est applicable ». De manière plus précise, un avocat interviewé estime que la caractérisation d'une forme d'influence ou de financement du secteur public sur une entité n'est pas aisée, révélant l'existence d'une « *carence* » en la matière. Il donne l'exemple de la mise à

⁸³¹ Ils ont répondu « [n]e sais pas » ou « *aucun avis* » (2 AC).

⁸³² 1 AU.

⁸³³ 1 OE.

⁸³⁴ 2 AV, 1 AC, et 2 OE.

⁸³⁵ 2 AU, 1 OE, et 10 AC.

⁸³⁶ 1 OE interviewé.

disposition gratuite de locaux (qui n'est pas qualifiée de subvention) et celui de l'éventuelle corrélation entre dépendance économique et influence déterminante du secteur public.

Un deuxième facteur identifié par ce même avocat repose davantage sur des aspects de droit interne, mais conforte les difficultés suscitées par les directives européennes. Ce facteur *« tient à un vrai manque de communication de la part des autorités publiques qui ont procédé à la transposition [des directives européennes] »*. Ce *« manque d'information générale »* des structures renforce les difficultés d'auto-qualification, ces structures n'étant pas conscientes qu'elles sont susceptibles de constituer des autorités contractantes ou ne sachant pas si elles remplissent les conditions d'une telle qualification. Cet interviewé ne fait toutefois pas mention de certains outils, comme la fiche de la DAJ relative aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices.

Un troisième facteur mis en exergue par un opérateur économique interviewé repose sur *« un très grand développement [ces dernières années] des acteurs de la commande publique comme des centrales d'achats ou de groupements qui vont mêler public et privé, entravant ainsi la qualification des autorités contractantes »*.

Ce dernier élément souligne l'ampleur des difficultés rencontrées par certains organismes spécifiques : ceux disposant de la qualification de personnes privées en droit interne. En ce sens, trois interviewés⁸³⁷ relèvent que les entraves à l'auto-qualification sont plus prégnantes en ce qui concerne les personnes privées. L'un d'entre eux⁸³⁸ souligne plus précisément les difficultés propres à certaines structures non qualifiables de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice en droit de l'UE, mais que le droit interne a soumis au Code de la commande publique.

La synthèse. La qualification d'autorité contractante n'est pas aisée pour les structures non expressément qualifiées par les directives européennes⁸³⁹. Les difficultés d'application des conditions à certains organismes sont accentuées par plusieurs éléments convergents : l'absence d'accompagnement et de qualification par une entité tierce, la nature protéiforme des autorités contractantes, et l'absence de convergence des qualifications entre les droits européens et internes.

⁸³⁷ 1 AV, 1 AC et 1 OE.

⁸³⁸ 1 OE.

⁸³⁹ La qualification à l'égard de certaines entités publiques apparaît expressément dans les directives, comme l'État ou les autorités publiques centrales listées en annexe des directives.

§II. Les difficultés variables de la qualification de pouvoir adjudicateur

Des difficultés de qualification relativement cristallisées. Les trois interviewés⁸⁴⁰ et les sondés concernant spécifiquement la qualification de pouvoir adjudicateur mettent en lumière trois situations dans lesquelles la qualification n'est pas évidente. Ceci contraste avec l'opinion selon laquelle « [l]a notion de pouvoir adjudicateur de manière générale ne suscite pas de difficulté »⁸⁴¹. Les trois cas de figure mis en avant et faisant exception révèlent une forme de consensus sur l'identification des éléments ambigus, en particulier pour le troisième cas de figure.

La première situation semble relativement isolée et est mise en exergue par un seul interviewé⁸⁴², mais fait écho à la discordance entre statut juridique en droit interne et autorité contractante au sens du droit de l'UE. Une autorité contractante s'interroge ainsi sur le fait qu'une société commerciale – une société anonyme en droit français en l'occurrence – puisse ou non être considérée comme une centrale d'achat et ainsi un pouvoir adjudicateur. L'interviewé se réfère à la jurisprudence européenne qui pourrait s'opposer à une telle qualification, la nature commerciale semblant faire obstacle à la qualification de centrale d'achat⁸⁴³.

La deuxième situation est mise en exergue dans le cadre de l'enquête quantitative et relève d'une catégorie de pouvoirs adjudicateurs : l'association formée par une ou plusieurs autorités (centrales, régionales ou locales) ou organismes de droit public. Les onze sondés⁸⁴⁴ révèlent des perceptions contrastées. En effet, cinq d'entre eux⁸⁴⁵ affirment ne pas identifier aisément de telles associations, contrairement à trois autres⁸⁴⁶. Les trois derniers sondés en la matière ne donnent pas de réponse guidant les constats et propositions de recommandations⁸⁴⁷.

⁸⁴⁰ 2 AV et 1 AC.

⁸⁴¹ 1 AV interviewé

⁸⁴² 1 AC.

⁸⁴³ « une centrale d'achat agit en qualité de pouvoir adjudicateur, afin de pourvoir aux besoins de celui-ci, et non en tant qu'opérateur économique, dans son propre intérêt commercial » (CJUE, 4 juin 2020, *Asmel c. ANAC*, aff. C-3/19, §64).

⁸⁴⁴ 2 AU, 1 OE, et 8 AC.

⁸⁴⁵ 5 AC.

⁸⁴⁶ À la question de savoir si l'identification de ces associations est aisée, trois sondés ont répondu « Oui » (1 AU, 1 OE, et 1 AC).

⁸⁴⁷ Ces sondés répondent, pour deux d'entre eux, « Ne sais pas », et le troisième « Peut-être » (3 AC).

La troisième situation concerne également une catégorie de pouvoirs adjudicateurs : l'« *organisme de droit public* » (au sens du droit de l'UE). Comme le souligne un avocat interviewé, « [i]l est difficile de démontrer que les conditions sont ou non réunies pour cette qualification, même en se référant à la jurisprudence de la CJUE. Le nombre d'arrêts témoigne des difficultés d'interprétation ». Un autre avocat participant également à l'enquête qualitative est du même avis, et relève que « [l]a problématique est claire, mais l'application beaucoup moins ». Les treize sondés⁸⁴⁸ ayant répondu à une question relative à la notion d'« *organisme de droit public* » partagent, pour une minorité d'entre eux, ce constat. Ainsi, trois sondés⁸⁴⁹ répondent négativement à la question de savoir si cette notion est claire. Cinq d'entre eux ne se prononcent pas réellement sur le sujet⁸⁵⁰, tandis que cinq autres⁸⁵¹ affirment que cette notion est claire sans apporter davantage de précision⁸⁵².

L'appréciation casuistique et évolutive de l'« organisme de droit public ». Seul un interviewé⁸⁵³ développe les raisons des difficultés suscitées par la qualification d'« *organisme de droit public* ». Il met en exergue le faisceau d'indices sur lequel cette qualification se repose, faisceau d'indices dont l'existence est compréhensible (en raison de « *l'impossibilité d'édicter des règles universellement applicables* »), mais dont l'application et la prévisibilité sont variables :

« Cela conduit [...] le juge administratif à s'appuyer sur son intime conviction (ici appelée présomption et comparable à la conviction du juge pénal) pour déterminer s'il s'agit ou non d'un acheteur public en fonction des indices (objet social, notion de contrôle, etc.) et d'un niveau d'intensité ».

L'interviewé met également en exergue les dérives que cela peut susciter, à savoir l'« *auto-déqualification* » : les structures concernées « *recherchent à se “déqualifier” d'acheteurs publics, en faisant en sorte de ne plus réunir certains indices de la qualification d'organisme de droit public (exemples : changement de l'objet social, dilution des personnes publiques dans les conseils d'administration ou, plus rarement, modification de la typologie des ressources)* ».

⁸⁴⁸ 1 OE et 2 AC.

⁸⁴⁹ 1 AU, 1 OE et 11 AC.

⁸⁵⁰ Trois sondés ont répondu « *Ne sais pas* » et deux « *Peut-être* » (respectivement 3 AC, 1 AU et 1 AC).

⁸⁵¹ 5 AC.

⁸⁵² L'un d'entre eux donne des éléments relevant uniquement de sa pratique et étrangers aux directives européennes : « [j]e n'ai jamais eu à me poser la question dans ma pratique. Si tel était le cas, je chercherais d'abord la définition dans les textes nationaux, la jurisprudence ou les fiches de la DAJ » (1 AC).

⁸⁵³ 1 AV.

Il en résulte que la qualification d'« *organisme de droit public* » n'est pas aisée, d'autant plus que cette qualification est évolutive.

La synthèse. Il semble que la qualification de la majorité des catégories de pouvoirs adjudicateurs soit relativement simple. Les difficultés portent principalement sur l'« *organisme de droit public* », en particulier sur l'appréciation des indices permettant de retenir cette qualification.

§III. La qualification relativement aisée d'entité adjudicatrice

Une qualification généralement opérationnelle. Les quatre interviewés⁸⁵⁴ et les douze sondés⁸⁵⁵ concernant la qualification d'entité adjudicatrice ne relèvent pas d'entrave générale à cette qualification. L'un des interviewés⁸⁵⁶ souligne que l'une des deux conditions d'une entité adjudicatrice – celle tenant à l'activité d'opérateur de réseaux – est particulièrement prégnante dans la qualification, et s'avère ainsi plus importante que celle du « *contrôle capitaliste* ». Un seul interviewé⁸⁵⁷ se prononce sur la formulation retenue dans les directives pour les entités disposant de droits spéciaux ou exclusifs, estimant que les droits exclusifs « *reflet[ent] [...] l'application du droit de la concurrence* » et recouvrent le monopole. Les dix⁸⁵⁸ sondés en la matière révèlent l'absence de consensus : sept⁸⁵⁹ ne répondent pas à la question de savoir s'il faut modifier ou supprimer cette formulation⁸⁶⁰, deux⁸⁶¹ se prononcent en faveur de la suppression, et un seul⁸⁶² estime préférable de ne rien modifier.

Une qualification peu entravée par la difficile distinction entre mise à disposition et exploitation de réseaux. Les quatre interviewés et cinq sondés⁸⁶³ sur la qualification d'entité adjudicatrice se sont prononcés sur la différence entre la mise à disposition

⁸⁵⁴ 1 AV, 2 AC, et 1 OE.

⁸⁵⁵ 2 AU, 1 OE, et 9 AC.

⁸⁵⁶ 1 AC.

⁸⁵⁷ 1 AC.

⁸⁵⁸ 2 AU et 8 AC.

⁸⁵⁹ 7 AC.

⁸⁶⁰ Ils ont répondu à cette question « *Ne sais pas* ».

⁸⁶¹ 1 AU et 1 AC.

⁸⁶² 1 AU.

⁸⁶³ 5 AC.

Un sixième sondé a répondu à une question relative à la définition de ces deux notions – mise à disposition et exploitation – ainsi qu'aux éventuelles difficultés de distinction en pratique, mais a répondu « *Ne sais pas* » (1 AU). Sa réponse n'étant pas exploitable, elle n'est pas comptabilisée dans le nombre de sondés.

de réseaux et l'exploitation de réseaux. Deux interviewés⁸⁶⁴ ont mis en lumière la clarté insuffisante, l'incertitude, de la distinction entre la mise à disposition de réseaux et l'exploitation de réseaux. Deux sondés⁸⁶⁵ soulignent une autre difficulté : celle tenant à la définition du lien entre l'objet du marché et l'activité d'opérateur de réseaux. L'un de ces sondés ajoute deux problématiques supplémentaires : « [l]a notion de mise à disposition est mal définie. Il conviendrait de préciser qu'elle profite au réseau (mise à dispositions de travaux, études ou fournitures). En outre les actes d'exploitation sont difficiles à envisager en concession ». L'un des interviewés⁸⁶⁶ souligne néanmoins que cela a peu d'incidence en pratique, tout du moins pour les opérateurs économiques. Dans le même sens, deux autres interviewés⁸⁶⁷ estiment qu'il est fréquent qu'un contrat comporte à la fois la mise à disposition et l'exploitation de réseaux, ce qui relativise la portée des difficultés de distinction. Un sondé affirme également que cette distinction n'est pas problématique en pratique d'après son expérience⁸⁶⁸.

Deux des quatre interviewés⁸⁶⁹ et deux des cinq sondés⁸⁷⁰ semblent toutefois déceler un critère de distinction. L'un des interviewés⁸⁷¹ met en exergue, à l'instar d'un sondé⁸⁷², le fait que « l'exploitation suppose une part de construction, donc une part de conception » tandis que « la mise à disposition recouvre [...] la situation dans laquelle le réseau existe déjà ». Tout comme un autre interviewé, il souligne en ce sens que la mise à disposition pourrait être destinée à recouvrir l'affermage⁸⁷³. Un sondé affirme en revanche que « [l]eur exploitation [l'exploitation des réseaux] signifie leur gestion intégrale par l'entité publique (je ne suis pas certain qu'il y ait des personnes purement privées) »⁸⁷⁴.

Les interrogations subsistant à l'égard de l'entreprise publique. Les deux interviewés et les douze sondés⁸⁷⁵ sur la qualification d'entreprise publique affirment majoritairement que cette qualification n'est pas dénuée de tout obstacle. Ainsi, sur les douze sondés, seuls deux estiment que cette qualification est aisée⁸⁷⁶. Trois sondés ne se prononcent

⁸⁶⁴ 1 OE et 1 AC.

⁸⁶⁵ 2 AC.

⁸⁶⁶ 1 OE.

⁸⁶⁷ 1 AV et 1 AC.

⁸⁶⁸ 1 AC.

⁸⁶⁹ 1 AV et 1 AC.

⁸⁷⁰ 5 AC.

⁸⁷¹ 1 AV.

⁸⁷² « Mise à disposition : réseaux pré-existant ; Exploitation : gestion complète du réseau » (1 AC).

⁸⁷³ 1 AV et 1 AC.

⁸⁷⁴ 1 AC.

⁸⁷⁵ 2 AU, 1 OE, et 9 AC.

⁸⁷⁶ 1 AU et 1 AC.

pas⁸⁷⁷, dont l'un soulignant cependant que « [l]a question se poserait en cas de création d'une nouvelle entreprise, ce qui n'arrive pas souvent (hormis peut-être les sociétés publiques locales) ». Sept sondés⁸⁷⁸ estiment, à l'inverse, que cette qualification est entravée. L'un des interviewés⁸⁷⁹ souligne également que l'application de cette qualification n'est pas aisée pour les non juristes, en raison notamment du « *hiatus* » « *entre entreprise de droit privé (SA) et entreprise publique (car contrôlée par une entité adjudicatrice soumise à l'influence du pouvoir adjudicateur qu'est l'État)* ». L'autre interviewé⁸⁸⁰ met en exergue une probable surtransposition française à l'origine de difficultés pour la qualification d'entreprise publique. Cette qualification est transmise à chaque sous-filiale (étant entendu qu'une création de sous-filiales est nécessaire pour l'exploitation de chaque réseau). Ceci complexifie et alourdit les procédures de passation (la qualification d'entreprise publique entraînant la soumission au droit de la commande publique).

La synthèse. Les difficultés de qualification d'entité adjudicatrice semblent restreintes en pratique, même en ce qui concerne l'entreprise publique ou la distinction entre mise à disposition et exploitation de réseaux.

§IV. La distinction peu opportune entre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices

Une distinction relativement opaque. Sur les huit interviewés⁸⁸¹ et dix sondés⁸⁸², huit⁸⁸³ reconnaissent que la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice suscite des difficultés en pratique, l'un⁸⁸⁴ admettant même ne pas être certain de bien comprendre la distinction. Ces difficultés sont exacerbées par le fait qu'une même structure peut recevoir les deux qualifications, seule la nature de l'activité – opérateur de réseaux ou non – permettant de procéder à la distinction⁸⁸⁵. Ceci explique que des structures consultent des conseils afin de

⁸⁷⁷ À la question de savoir si la qualification d'entreprise publique est aisée, trois ont répondu « *Ne sais pas* » (3 AC).

⁸⁷⁸ 1 AU, 1 OE, et 5 AC.

⁸⁷⁹ 1 AC.

⁸⁸⁰ 1 AC.

⁸⁸¹ 1 AV, 4 AC, et 3 OE.

⁸⁸² 2 AU, 1 OE, et 7 AC.

⁸⁸³ 1 AV, 5 AC et 2 OE.

⁸⁸⁴ 1 OE interviewé.

⁸⁸⁵ 1 AV, 1 AC et 1 OE interviewés.

déterminer si elles constituent des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices dans le cadre du montage contractuel qu'elles envisagent⁸⁸⁶.

Une distinction insuffisamment justifiée. Cinq interviewés⁸⁸⁷ et cinq sondés⁸⁸⁸ remettent en cause l'opportunité de maintenir la distinction entre pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices⁸⁸⁹ ou la différence de régime juridique associée à cette distinction⁸⁹⁰. Plusieurs raisons sont avancées à ce titre. Un interviewé⁸⁹¹ souligne de manière générale que cette distinction « *ne lui semble pas très pertinente de manière opérationnelle* ». Quatre participants à l'enquête quantitative⁸⁹² estiment que les motifs de cette distinction – à savoir, « *la crainte d'une mauvaise gestion des deniers publics [ou] l'idée que les pouvoirs adjudicateurs n'étaient pas rompus à la négociation* » selon un interviewé⁸⁹³ – ont disparu ou manquent de clarté⁸⁹⁴. Ceci participe en outre, selon l'un des interviewés⁸⁹⁵, à la création « *d'une grande insécurité juridique pour les praticiens* ». Enfin et dans le même sens, deux interviewés⁸⁹⁶ relèvent que cette distinction est porteuse de contradictions, soit à l'égard de « *l'objectif de simplification du droit européen de la commande publique* »⁸⁹⁷, soit à l'égard de l'objectif même de la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice :

« À l'origine, cette distinction prévue pour les secteurs spéciaux était supposée apporter de la souplesse dans les procédures de passation des entités adjudicatrices, mais elle est parfois plus contraignante pour les entités adjudicatrices lorsqu'elles ne sont pas “greffées” à un pouvoir adjudicateur [c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'entreprises publiques ou d'entité disposant de droits spéciaux ou exclusifs] »⁸⁹⁸.

Ceci explique que l'un des interviewés⁸⁹⁹ propose de supprimer cette distinction, un des sondés⁹⁰⁰ de supprimer l'entreprise publique, tandis que quatre autres (deux interviewés et deux

⁸⁸⁶ 1 AV interviewé.

⁸⁸⁷ 3 AC et 2 OE.

⁸⁸⁸ 1 OE et 4 AC.

⁸⁸⁹ 3 AC et 1 OE interviewés.

⁸⁹⁰ 1 OE interviewé.

⁸⁹¹ 1 OE.

⁸⁹² 3 AC et 1 OE.

⁸⁹³ 1 AC.

⁸⁹⁴ 1 OE.

⁸⁹⁵ 1 AC.

⁸⁹⁶ 2 AC.

⁸⁹⁷ 1 AC.

⁸⁹⁸ 1 AC.

⁸⁹⁹ 1 AC.

⁹⁰⁰ 1 AU.

sondés) proposent des modifications. L'un⁹⁰¹ émet l'idée soit de restreindre la qualification d'entité adjudicatrice (aux situations dans lesquelles la structure est majoritairement opérateur de réseaux), soit de réunir les deux catégories – pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice – sous le qualificatif d'autorités contractantes avec l'application d'un même régime. Le deuxième⁹⁰², estimant que la distinction demeure opportune, propose de la maintenir uniquement pour les entités adjudicatrices ayant « *une activité économique avec des partenaires qui souhaitent conserver un certain vernis de droit privé pour maintenir cette souplesse* ». Dans le même sens, deux sondés⁹⁰³ suggèrent que le statut d'entité adjudicatrice soit provisoire et dépende du niveau de concurrence du secteur concerné.

En revanche, l'un des sondés⁹⁰⁴ émet des doutes quant à l'opportunité de rapprocher le régime juridique des pouvoirs adjudicateurs et celui des entités adjudicatrices.

Un manque de clarté résiduel relatif aux centrales d'achat. L'un des interviewés⁹⁰⁵ relève que « *la qualification de centrale d'achat est incertaine et tout organisme peut devenir centrale d'achat* ». Il souligne l'insuffisance des directives en la matière, celles-ci ne contenant que peu d'éléments relatifs à l'identification des centrales. Ainsi, « *[l]es directives ne prévoient que le minimum – à savoir, la définition et des techniques d'achat concordant plus ou moins avec le fonctionnement d'une centrale d'achat* ». Il en déduit qu'il faudrait « *mieux délimiter ou [...] mieux contrôler la qualification de centrale d'achat* », d'autant que l'une des missions de celle-ci demeure ambiguë : les activités d'achat auxiliaire. L'opinion des treize sondés sur le sujet⁹⁰⁶ est légèrement plus nuancée. Cinq d'entre eux⁹⁰⁷ ne se prononcent pas⁹⁰⁸ sur le fait que les *directives de 2014* auraient ou non clarifié l'identification et les missions des centrales d'achat. L'un de ces cinq sondés développe en soulignant que la jurisprudence européenne « *mériterait peut-être d'être intégrée ou écartée par une clarification de ce que cela implique dans la conduite opérationnelle de l'achat* »⁹⁰⁹. Trois autres sondés⁹¹⁰ estiment que les directives n'ont pas apporté de clarification, l'un mettant en exergue une incertitude en

⁹⁰¹ 1 AC interviewée.

⁹⁰² 1 AC interviewée.

⁹⁰³ 2 AC.

⁹⁰⁴ 1 AC : « *Si on rapprochait les régimes (sans les fusionner), on réduirait l'intérêt de cette distinction. Dans mon ancienne collectivité, essentiellement pouvoir adjudicateur, on prenait parfois la question d'EA uniquement pour bénéficier de capacité de négociation* ».

⁹⁰⁵ 1 AC.

⁹⁰⁶ 2 AU, 1 OE et 10 AC.

⁹⁰⁷ 5 AC.

⁹⁰⁸ Quatre sondés ont répondu « *Ne sais pas* » à cette question et un cinquième « *Peut-être* ».

⁹⁰⁹ 1 AC.

⁹¹⁰ 3 AC.

particulier : « [l]es relations entre les PA [pouvoirs adjudicateurs] ou EA [entités adjudicatrices] avec les centrales devraient être clairement qualifiées de marchés publics ». En revanche, cinq sondés⁹¹¹ affirment que les *directives de 2014* ont clarifié l'identification et les missions des centrales.

La synthèse. Il semble exister un consensus, au sein des autorités contractantes, mais également des opérateurs économiques enquêtés, concernant la distinction entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice, qui semble peu opérationnelle et plus réellement opportune aujourd'hui.

THEMATIQUE N° 3 : LES CONTRATS EXCLUS

Le déroulement des enquêtes. Les six enquêtés⁹¹² et les seize sondés⁹¹³ ayant sélectionné cette thématique étaient interrogés sur l'opportunité des deux exclusions sélectionnées au sein du présent rapport – le *in house* et la coopération entre autorités contractantes (§I.), ou spécifiquement sur la clarté et l'évolution du *in house* (§II.), ou encore – en ce qui concerne uniquement les participants à l'enquête quantitative – sur l'appréciation de la coopération entre autorités contractantes (§III.).

§I. La portée contrastée de la codification des deux exclusions

La codification opportune des deux exclusions. Sur les quatre interviewés concernant spécifiquement les exclusions des contrats *in house* et des contrats de coopération entre autorités contractantes, trois affirment avoir une perception positive de l'exclusion de ces deux catégories de contrats. Deux⁹¹⁴ soulignent que ceci est cohérent avec le fait qu'il ne s'agit pas de réels marchés ou de réels contrats. Le troisième⁹¹⁵ ne saurait toutefois dire si ces deux exclusions sont fréquemment mobilisées en pratique. Le quatrième⁹¹⁶ relève l'importance d'autres contrats exclus, comme la VEFA ou le BEFA, tout en estimant que l'exclusion du *in house* est « cohérente avec les ordres juridiques (européen et national) en considérant que le

⁹¹¹ 2 AU, 1 OE, et 2 AC.

⁹¹² 2 AV, 1 U, 2 AC, et 1 OE.

⁹¹³ 2 AU, 1 AV, et 13 AC.

⁹¹⁴ 1 AV et 1 U.

⁹¹⁵ 1 AC.

⁹¹⁶ 1 AC.

contrat in house est un prolongement de l'action de l'administration » et est l'exclusion « *suscitant le plus de pratique aujourd'hui* ». Les dix sondés⁹¹⁷ sur le même sujet relèvent dans leur majorité des bénéfices associés à l'exclusion de ces deux contrats. Ils étaient d'abord amenés à donner leur avis sur ces deux exclusions de manière générale. La moitié⁹¹⁸ affirme implicitement en avoir une perception positive, en soulignant la nécessité⁹¹⁹ ou les atouts de ces exclusions au regard de la performance⁹²⁰ ou encore du pragmatisme⁹²¹. L'un⁹²² de ces cinq sondés favorables à l'exclusion du *in house* et de la coopération entre autorités contractantes souligne toutefois que « [l]a seconde [la coopération] mériterait d'être mieux codifiée (définition législative trompeuse au regard de la définition de la CJUE) ». Un sixième sondé⁹²³ indique simplement que ces exclusions sont « *ok* ». Les quatre autres ont en revanche une opinion plus nuancée. Deux soulignent l'existence de risques au regard soit de la transparence et de la lutte contre la corruption⁹²⁴, soit de l'absence de mise en concurrence résultant de ces exclusions⁹²⁵. Deux autres soulignent qu'ils rencontrent en pratique des difficultés pour déterminer si ces exclusions sont applicables, en particulier concernant la coopération entre autorités contractantes⁹²⁶. Parmi ces dix sondés, cinq se sont également prononcés sur une question plus spécifique : celle de l'identification des apports des *directives de 2014* concernant ces exclusions, notamment au regard de la sécurité juridique. Un seul⁹²⁷ de ces cinq sondés affirme l'absence de sécurité juridique résultant de l'absence d'obligation légale de publicité pour la passation de ces contrats, et un autre⁹²⁸ ne se prononce pas. Deux autres relèvent des bénéfices, respectivement pour la coopération horizontale⁹²⁹ et le *in house* conjoint⁹³⁰. Le

⁹¹⁷ 2 AU, 1 AV, et 7 AC.

⁹¹⁸ 4 AC et 1 AV.

⁹¹⁹ « Elles [ces deux exclusions] correspondent à une nécessité dans le cadre des transferts de compétence ou la création de régies autonomes » (1 AC) ; « C'est nécessaire » (1 AC).

⁹²⁰ « Ce sont 2 outils qui permettent aux personnes publiques de ne pas entrer en concurrence avec les opérateurs privés, qui sont souvent plus performants (en termes de tarifs, de rapidité d'exécution, délais) » (1 AC).

⁹²¹ « Vision pragmatique des relations entre acheteurs et entités qui sont leur prolongement » (1 AC).

⁹²² 1 AV.

⁹²³ 1 AU.

⁹²⁴ 1 AU.

⁹²⁵ 1 AC.

⁹²⁶ « RAS sur le premier (*in house*) et c'est très utile. Plus compliqué pour la coopération avec sans doute une tentation à se placer sur cette étiquette parfois à tort » (1 AC) ; « Nous avons récemment étudié une coopération avec un organisme public. Après plusieurs réunions, aucune des parties n'a réussi à avoir la certitude que les conditions requises étaient toutes remplies, ainsi nous avons renoncé. Nous allons donc faire un marché, avec tous les inconvénients qu'il implique (délai ; pas de négociation ; durée limitée...). Les exclusions sont relativement nombreuses, mais plusieurs d'entre elles posent des conditions qui sont difficiles à remplir avec certitude, rendant celles-ci inopérantes. Dommage » (1 AC).

⁹²⁷ 1 AU.

⁹²⁸ « Aucune idée » (1 AC).

⁹²⁹ 1 AU.

⁹³⁰ 1 AC.

cinquième⁹³¹ émet une remarque plus générale, en indiquant qu' « [e]lles [les directives de 2014] ont permis de formaliser des relations qui faisaient auparavant l'objet de conventions très light ».

Une clarification inachevée. Malgré les bénéfices de la codification de ces deux exclusions, deux interviewés sur quatre mettent en exergue certaines ambiguïtés résultant des directives, et six sondés⁹³² sur seize⁹³³ font état de difficultés d'identification de ces exclusions sans autre précision généralement⁹³⁴.

L'un des interviewés⁹³⁵ met en exergue une question relativement large concernant les interactions entre ces deux exclusions (en particulier le contrat *in house*) et le droit de l'UE : celle de « l'applicabilité des principes fondamentaux du TUE, en particulier de l'obligation de transparence issue de la jurisprudence *Telaustria*⁹³⁶ ». Il s'oppose à l'interprétation de la jurisprudence européenne⁹³⁷ selon laquelle l'obligation de transparence, qui « découle de la non-discrimination et de l'égalité d'accès », s'appliquerait au *in house*. Il souscrit à l'idée selon laquelle seul le principe de transparence, qui est un principal général du droit de l'UE recouvrant par exemple l'accès aux documents administratifs, s'applique à ces contrats. Soutenir l'inverse « contredi[rai]t l'essence du *in house*, car cela revien[drai]t à exiger une “quasi-procédure adaptée” ».

L'autre interviewé⁹³⁸ souligne des difficultés plus précises concernant les contrats *in house*. Il fait état de difficultés d'interprétation entre les différents textes et la jurisprudence, difficultés à l'origine de potentiels dévoiements par les autorités contractantes :

« La jurisprudence fondatrice est parfaitement justifiée, légitime. En revanche, la volonté d'encadrement important (par exemple, cumuler le *in*

⁹³¹ 1 AC.

⁹³² 6 AC.

⁹³³ 2 AU, 1 AV, et 13 AC.

⁹³⁴ À la question de savoir s'ils identifiaient aisément ces deux exclusions, un sondé a répondu « *Ne sais pas* » (1 AC), 9 ont répondu par la positive (1 AU, 1 AV, 7 AC), et 6 ont répondu par la négative (6 AC).

Parmi les sondés, deux autorités contractantes éprouvant des difficultés pour identifier ces exclusions développent leur réponse et soulignent des problématiques relatives à la coopération :

1) « La notion de contrats de coopération entre autorités contractantes mériterait d'être précisés dans les contours exacts de qui est valablement dans ce cas et ce qui ne l'est pas » ;

2) « La coopération est parfois difficile à identifier ».

⁹³⁵ 1 U.

⁹³⁶ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, aff. C-324/98.

⁹³⁷ Notamment l'interprétation de l'arrêt *Irgita* (CJUE, *Irgita*, 3 oct. 2019, aff. C-285/18). L'interviewé s'appuie en ce sens sur un arrêt antérieur de la CJCE, semblant rejeter l'application de l'obligation de transparence au « *in house* » (CJCE, 13 déc. 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03).

⁹³⁸ 1 AV.

house ascendant, descendant, en latéral) fait apparaître une contradiction : le texte n'est pas suffisamment clair (exemple du contrôle analogue), mais les exigences de la Cour de justice semblent moins élevées. Ceci peut expliquer que certains pouvoirs adjudicateurs "tirent sur la corde". »

Cet interviewé⁹³⁹ estime en conséquence « *qu'une simplification du texte serait la bienvenue* » et qu'une « *doctrine européenne sur ce texte (comme celle de la DAJ en France)* » serait opportune dans l'objectif « *de rappeler le principe d'interprétation stricte de cette exception pour éviter les abus* », compte tenu du temps nécessaire à l'obtention des interprétations de la CJUE.

La synthèse. Une forme de consensus semble émerger, parmi les enquêtés, tant concernant le bien-fondé de ces deux exclusions et de leur codification au sein des directives que concernant l'existence de difficultés pratiques suscitées par les contrats *in house* majoritairement.

§II. Une exclusion perfectible : le contrat *in house*

La perception majoritairement négative du critère du contrôle analogue.

Parmi les quatre interviewés⁹⁴⁰ sur le critère du contrôle analogue, seul un⁹⁴¹ estime que ce critère est satisfaisant. Il souligne que si ce critère « *suscite toujours des difficultés, [...] la question est assez balisée* ». En conséquence, « *[s]ur le plan juridique [par contraste avec le plan politique], les précisions données par la directive sont suffisantes du point de vue de la sécurité juridique* ».

Les trois autres interviewés sur ce critère soulignent à l'inverse d'importantes difficultés. L'un d'entre eux⁹⁴² estime néanmoins que ces difficultés sont restreintes à certaines hypothèses :

« De prime abord, ce critère semble limpide, tout du moins dans une logique descendante. D'autres hypothèses ou logiques sont en revanche plus complexes, comme le contrôle ascendant et le contrôle conjoint. »

⁹³⁹ 1 AV.

⁹⁴⁰ 1 U, 1 AV, et 2 AC.

⁹⁴¹ 1 U.

⁹⁴² 1 AV.

Il établit un lien avec « *des interprétations particulièrement larges de la part des pouvoirs adjudicateurs, qui se servent de ce critère pour contourner les règles (par exemple, certaines collectivités constituent des entités en fonction de cette exigence)* ». Il en déduit que des pourcentages devraient être prévus en ce qui concerne le contrôle analogue, sans proposer de pourcentages précis qui pourraient être inclus dans les futures directives européennes.

Les deux autres interviewés émettant des critiques à l'égard du critère du contrôle analogue font état de difficultés plus générales, prenant leur source dans l'appréciation du contrôle, même descendant. Ainsi, l'un d'entre eux⁹⁴³ met en exergue le fait que « *ce critère donne lieu à une appréciation au cas par cas via un faisceau d'indices, qui peut susciter des difficultés d'appréciation en pratique* ». L'autre⁹⁴⁴ regrette en premier lieu la terminologie employée, qu'il estime non appropriée : « *[l]e droit français aurait gagné à éviter une traduction littérale du terme anglais "control" en choisissant une terminologie, qui ne fasse clairement pas référence au champ lexical de la vérification, mais uniquement à celui de la maîtrise* ». Il souligne en outre que le degré de contrôle exigé n'est pas suffisamment précisé, donnant lieu à une « *application stricte* » par les Chambres régionales des comptes qui contraste avec la vision de certains selon laquelle « *le contrôle [serait] un simple check-in (approbation)* ». Ces deux interviewés⁹⁴⁵ ayant une perception négative du contrôle analogue de manière générale ne formulent toutefois pas de proposition pour remplacer ou préciser le critère du contrôle analogue.

Seize participants⁹⁴⁶ à l'enquête quantitative ont répondu à la question de savoir si le critère du contrôle analogue est opérationnel ou suscite, au contraire, des difficultés. Leurs réponses sont moins tranchées que celles des participants à l'enquête qualitative. La moitié⁹⁴⁷ estime que ce critère est opérationnel. Un neuvième sondé ne se prononce pas⁹⁴⁸, et sept autres⁹⁴⁹ affirment que l'application de ce critère est entravée, en raison par exemple des sens attachés au contrôle⁹⁵⁰ – à l'instar d'un interviewé précédemment cité.

⁹⁴³ 1 AC.

⁹⁴⁴ 1 AC.

⁹⁴⁵ 2 AC.

⁹⁴⁶ 2 AU, 1 AV, et 13 AC.

⁹⁴⁷ 2 AU, 1 AV, et 5 AC.

⁹⁴⁸ « *Ne sais pas* » (1 AC).

⁹⁴⁹ 7 AC.

⁹⁵⁰ « *Le terme contrôle peut être vu comme l'action de "vérifier" ou de "piloter" ce qui n'est pas tout à fait pareil* » (1 AC).

Les deux autres sondés ayant développé leur réponse affirment soit que « *[c]omme pour la coopération, des incertitudes demeurent quand on y recourt* » (1 AC), soit que « *[p]our être clair, l'évaluation de ce critère ne fait pas l'objet de recherches approfondies quand vient le moment de se poser la question* » (1 AC).

Le chiffrage bienvenu du critère de l'activité. Les quatre interviewés sur le contrôle analogue se sont également prononcés sur le critère de l'activité. Trois d'entre eux émettent une opinion relativement positive à l'égard du chiffrage de l'activité réalisé par les directives, l'un⁹⁵¹ estimant que cela « *apporte une certaine sécurité juridique par rapport au critère antérieur* », un autre⁹⁵² que cela est « *pertinent* », et le troisième⁹⁵³ que cela est « *utile, car il permet d'établir le lien étroit entre les deux entités concernées* ». Les rares sondés ayant une opinion sur le sujet – sept des treize sondés sur l'opportunité de ce chiffrage ayant répondu qu'ils ne savent pas⁹⁵⁴ ou que ce chiffrage est peut-être opportun⁹⁵⁵ – affirment y être favorables dans leur majorité⁹⁵⁶.

Le quatrième interviewé⁹⁵⁷ relativise l'importance de ce chiffrage, en tout cas pour une catégorie de structures françaises : les SPL, car « *l'actionnariat est à 100 % public et [la SPL] exerce pour de compte de ses actionnaires 100% de ses activités* ». Ce quatrième interviewé relève toutefois que ce chiffrage pourrait être adapté pour d'autres structures comme les associations ou les GIP, sous réserve de non-requalification en société anonyme.

La compatibilité du chiffrage avec la SPL est également mise en cause par l'un des interviewés⁹⁵⁸, tandis qu'un autre⁹⁵⁹ s'interroge sur le maintien ou non de la « *vocation de marché* » qui figurait dans le critère antérieur au sein de la jurisprudence de la CJUE.

Enfin, l'un des quatre interviewés⁹⁶⁰ propose d'abaisser le critère des activités de 80 % à 75 %, « *car cela n'entraînerait pas de perte de contrôle* ».

Une complexification croissante : l'extension du champ d'application du *in house*. Trois interviewés parmi les six interrogés sur le *in house* font état d'une complexification de cette exclusion en raison de l'évolution du champ d'application.

Tel est le cas en premier lieu de certaines formes du *in house*, en particulier le *in house* ascendant. Un avocat souligne « *être régulièrement consulté sur ces questions* », en raison du

⁹⁵¹ 1 U.

⁹⁵² 1 AV.

⁹⁵³ 1 AC.

⁹⁵⁴ 1 AV et 5 AC.

⁹⁵⁵ 1 AC.

⁹⁵⁶ Parmi les 6 sondés restants, 4 ont affirmé que ce chiffrage était opportun (1 AU et 3 AC), et seulement 2 ont indiqué l'inverse (1 AU et 1 AC).

⁹⁵⁷ 1 AC.

⁹⁵⁸ 1 AC.

⁹⁵⁹ 1 U.

⁹⁶⁰ 1 AV.

« degré élevé de subtilité et de complexification » résultant notamment de la jurisprudence abondante de la CJUE sur le sujet. Il estime en conséquence que « [c]es notions mériteraient des clarifications » et propose pour ce faire « de s'inspirer de la fiche de la DAJ sur le sujet ». La forme conjointe du *in house* est également soulignée par deux interviewés, bien qu'ils ne fassent pas de lien avec la complexification. L'un d'entre eux⁹⁶¹ est, à l'inverse, très positif concernant le *in house* conjoint, estimant qu'il s'agit d'un « assouplissement pertinent du cadre juridique et offre des perspectives intéressantes de mutualisation et d'optimisation du contrôle entre entités publiques (par exemple, lorsqu'elles créent un GIP »). Un autre⁹⁶² émet également un avis positif en estimant que, bien que « cette notion appara[isse] contradictoire [...] elle a été régulée par la précision apportée autour du contrôle analogue conjoint (un administrateur qui représente plusieurs collectivités) ». Sept sondés⁹⁶³ étaient amenés à se prononcer sur l'extension, par les directives de 2014, au *in house* conjoint. Les réponses de trois d'entre eux sont difficilement exploitables, deux autorités contractantes indiquant ne pas connaître ou n'avoir jamais utilisé le *in house* conjoint, et un troisième sondé⁹⁶⁴ répondant simplement « ok ». Un quatrième sondé fait état d'un manque d'harmonisation entre les États membres en la matière et, corrélativement, de risques de législations internes contraires aux directives⁹⁶⁵. Dans le même sens, un cinquième sondé⁹⁶⁶ indique que cela est « [p]eu sécurisant », sans apporter davantage de précision. Les deux derniers sondés sur cette question en ont en revanche une perception positive⁹⁶⁷.

Il en est différemment de l'un des critères du *in house* : celui relatif à l'interdiction de la participation de capitaux de privés. Peu de participants à l'enquête quantitative – seulement quatre⁹⁶⁸ – ont répondu à la question portant sur la clarté de ce critère. Un indique ne pas savoir⁹⁶⁹, un autre répond uniquement « ok »⁹⁷⁰, un troisième⁹⁷¹ que ce critère est peu clair, et

⁹⁶¹ 1 AC.

⁹⁶² 1 U.

⁹⁶³ 2 AU, 1 AV, et 4 AC.

⁹⁶⁴ 1 AU.

⁹⁶⁵ « Peu exigeante, il faudra élaborer une législation qui impose l'harmonie des contrats à tous les états et ne permette pas une réglementation interne qui va souvent à l'encontre des principes de la directive » (Notre traduction) (1 AU). Texte original : « Pouco exigente, será necessária a compilação de uma legislação que imponha a harmonia da contratação para todos os estados não permitindo a regulamentação interna que muitas vezes vai contra os princípios da diretiva ».

⁹⁶⁶ 1 AC.

⁹⁶⁷ L'un indique que cela est « [p]ertinent » (1 AU), l'autre que cela « [p]ermet aux entités sous représentées dans les instances délibératives d'accéder au dispositif » (1 AC).

⁹⁶⁸ 1 AU, 1 AV, et 2 AC.

⁹⁶⁹ 1 AC.

⁹⁷⁰ 1 AU.

⁹⁷¹ 1 AC.

le dernier⁹⁷² – à l’inverse – qu’il est parfaitement clair. Le seul interviewé sur ce sujet⁹⁷³ estime que ce critère manque de clarté et « *est un peu excessif* ». Il met en exergue les questions complexes que cela suscite pour les SPL constituées sous forme de sociétés anonymes, qui pourraient être exclues du *in house* pour participation de capitaux privés alors que leurs actionnaires sont des personnes publiques. Un autre interviewé⁹⁷⁴ confirme, au-delà du critère d’interdiction de la participation de capitaux privés, les nombreuses interrogations concernant l’exercice du contrôle analogue par des élus dans l’hypothèse d’une SPL, situation dans laquelle « *[l]e droit semble inachevé [...], car il rend possibles des conditions potentiellement favorables à ce que soit soulevé un risque de conflit d’intérêts, du fait du cumul des charges et des représentations* ».

L’extension du champ d’application du *in house* ne fait toutefois pas consensus. Ainsi, un interviewé⁹⁷⁵ se place en faveur du maintien de cette exclusion et propose surtout de l’étendre afin qu’elle s’applique aux sociétés concessionnaires. À l’inverse, concernant la restriction du *in house*, l’un des interviewés⁹⁷⁶ se prononce contre un encadrement supplémentaire au niveau européen de la faculté d’ajouter des conditions supplémentaires au niveau national (donc contre un encadrement européen de la restriction du *in house*). Cette position s’explique notamment par la jurisprudence de la CJUE sur le sujet, qui a déjà répondu favorablement aux conditions nationales supplémentaires afin de restreindre le *in house*. L’encadrer davantage s’avère donc « *davantage politique que juridique, selon que l’on est favorable à plus ou moins d’intervention publique* »⁹⁷⁷. Cette position n’est pas foncièrement contredite par l’enquête quantitative. En effet, parmi les treize sondés⁹⁷⁸ ayant répondu à la question de savoir s’il faudrait davantage encadrer le *in house* au regard de conditions nationales supplémentaires ou des exigences de transparence, six ne se prononcent pas réellement⁹⁷⁹, trois⁹⁸⁰ sont favorables à des précisions supplémentaires dans les directives, et quatre⁹⁸¹ y sont, au contraire, opposés.

L’articulation avec le droit des aides d’État : un enjeu indéniable. Les trois interviewés sur les interactions entre le *in house* et le droit des aides d’État soulignent

⁹⁷² 1 AV.

⁹⁷³ 1 U.

⁹⁷⁴ 1 AC.

⁹⁷⁵ 1 OE.

⁹⁷⁶ 1 U.

⁹⁷⁷ 1 U.

⁹⁷⁸ 2 AU, 1 AV, et 10 AC.

⁹⁷⁹ Quatre indiquent qu’ils ne savent pas (4 AC) et deux autres répondent « *peut-être* » (1 AU et 1 AC).

⁹⁸⁰ 3 AC.

⁹⁸¹ 1 AU, 1 AV, et 2 AC.

l'importance de cette question⁹⁸², qui est même qualifiée par l'un d'entre eux de « *réellement problématique* »⁹⁸³.

Les perceptions de ces trois interviewés et les éléments de réponse avancés sont toutefois différents.

L'un d'entre eux⁹⁸⁴ estime que « *la qualification d'aide d'État est clairement un enjeu* », car l'absence de mise en concurrence pourrait conduire à cette qualification :

« [...] *la Cour estime que le respect des procédures formalisées de passation des MP conduisant au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse permet de présumer l'exclusion d'un avantage exorbitant et donc la qualification d'aide d'État (TPICE, 5 août 2003, aff. T-116/01 et T-118/01, P & O European Ferries e. a. c/ Commission, pt 118 ; Trib. UE, 13 mai 2020, aff. T-607/17, Volotea SA c/ Commission, pt 134)* ». A contrario, *eu égard à l'absence de concurrence en matière de in house, la qualification d'aide d'État est clairement un enjeu [...].* »

Cet interviewé souligne toutefois que l'éventuelle qualification d'aide d'État n'est pas nécessairement problématique, puisqu'il existe des exceptions à l'interdiction des aides d'État. Il s'oppose à ce titre à la proposition de prévoir une dérogation au droit des aides d'État qui serait dédiée au *in house* : « *ce serait donner un blanc-seing à la collectivité publique, ce qui n'est pas souhaitable* ».

Un autre interviewé⁹⁸⁵ est plus nuancé sur l'articulation du droit des aides d'État et du *in house*, estimant qu'il existe de réelles questions demeurant en suspens. Il souligne à cet égard deux éléments principaux. Tout d'abord, « *la question de savoir comment le candidat peut tarifier ses prestations au prix juste, sans que le financement public qu'il perçoit par ailleurs ne constitue un avantage* ». Ensuite, il y a un risque de paiements multiples « *pour rémunérer le même service et/ou pour couvrir les mêmes charges (en adhérant et/ou entrant au capital, en soutenant financièrement la structure, en payant des prestations, en mettant à disposition des moyens, etc.), ce qui appelle à la vigilance* ».

⁹⁸² 1 U et 2 AC.

⁹⁸³ 1 AC.

⁹⁸⁴ 1 U.

⁹⁸⁵ 1 AC.

Le troisième interviewé⁹⁸⁶ souligne que le *in house* pourrait constituer une aide d'État (par les apports en capitaux), mais estime qu'il existe une solution : « [t]out dépend de l'influence de l'entité *in house* sur le marché concurrentiel. Il faudrait limiter le *in house* dans son activité, d'où l'intérêt de chiffrer l'activité pour les autorités contractantes, pour éviter l'influence des aides d'État sur le marché unique européen ».

Les résultats de l'enquête quantitative sont en revanche moins contrastés. Aucun des treize sondés⁹⁸⁷ ne répond positivement à la question de savoir si l'articulation entre le *in house* et le droit des aides d'État est claire – sept participants⁹⁸⁸ répondant négativement, et les six autres⁹⁸⁹ indiquant ne pas savoir.

La synthèse. Les éléments demeurant ambigus ainsi que l'ampleur des difficultés rencontrées en ce qui concerne le *in house* ne sont pas pleinement consensuels au sein des interviewés sur ce sujet. Il est toutefois possible de déduire des résultats des enquêtes qualitative et quantitative l'existence d'une perception commune : l'exclusion du *in house* est opportune, mais gagnerait de manière générale à être davantage clarifiée dans ses critères et ses conséquences à l'égard d'autres normes (comme le droit des aides d'État ou les règles applicables à certaines structures françaises comme les SPL).

§III. Une exclusion n'appelant pas de modification significative : le contrat de coopération entre autorités contractantes

La perception de la coopération relativement conforme aux directives.

Quatre sondés⁹⁹⁰ ont indiqué leur interprétation de la notion de coopération, dont les caractéristiques et éléments exigés pour l'application de cette exclusion. Deux d'entre eux donnent des réponses générales, l'un⁹⁹¹ indiquant que la coopération est « [r]estricitive au regard de la jurisprudence communautaire [et qu'elle repose sur des] [b]énéfices mutuels entre

⁹⁸⁶ 1 AC.

⁹⁸⁷ 2 AU, 1 AV, et 10 AC.

⁹⁸⁸ 2 AU et 5 AC.

⁹⁸⁹ 1 AV et 5 AC.

⁹⁹⁰ 1 AV et 3 AC.

Un cinquième participant à l'enquête quantitative a également répondu, mais sa réponse n'est pas comptabilisée car la question a *a priori* été mal comprise, le participant répondant que la coopération entre autorités contractantes est « [l]e fait que le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique réalise vraiment quelque chose en commun avec un apport commun » (1 AU).

⁹⁹¹ 1 AV.

les cocontractants », l'autre⁹⁹² que « [l]a coopération suppose l'exercice du service public par les parties de manière directe ». Les deux autres participants ayant répondu à cette question reproduisent en revanche les trois conditions contenues dans les *directives de 2014*, tout en mettant en exergue certaines ambiguïtés⁹⁹³.

La nécessité relative de codifier les précisions jurisprudentielles.

Quatorze⁹⁹⁴ participants à l'enquête quantitative ont répondu à une question concernant les indications supplémentaires issues de la jurisprudence européenne – à savoir, l'exigence d'une coopération effective dont l'existence d'obligations réciproques entre les autorités contractantes. Plus précisément, les sondés étaient amenés à déterminer s'ils étaient ou non favorables à la codification de cette jurisprudence. Seul un⁹⁹⁵ est opposé à cette codification, quatre⁹⁹⁶ indiquant ne pas savoir, trois⁹⁹⁷ être « *mitigé[s]* », et six y être favorables⁹⁹⁸. Parmi les trois participants ayant une réponse équivoque (ayant répondu « *mitigé* »), deux d'entre eux relativisent l'intérêt de la codification en raison de la force juridique équivalente des textes et de la jurisprudence.

La synthèse. Les quelques réponses obtenues dans le cadre de l'enquête quantitative semblent révéler que des précisions supplémentaires pourraient être apportées concernant le critère de l'activité, mais que la codification de la jurisprudence européenne relative à la

⁹⁹² 1 AC.

⁹⁹³ Selon une autorité contractante : « 1/ Le contrat doit établir ou mettre en œuvre une coopération entre les acheteurs publics participants visant à garantir que les services publics à fournir sont réalisés dans le but d'atteindre leurs objectifs communs ;
2/ La mise en œuvre de cette coopération ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt public ;
3/ Les activités menées sur le marché extérieur à la coopération doit être strictement limité: les acheteurs publics participants doivent réaliser moins de 20 % des activités concernées par la coopération sur le marché concurrentiel. A noter que le 1er critère est particulièrement vague. Tel qu'il est écrit, il pourrait signifier que nous serions en présence de 2 acheteurs en situation de concurrence sur un thème déterminé, qui s'allieraient pour réaliser leur objectif. C'est tout de même curieux ».

Selon une autre autorité contractante : « 3 conditions :
1/ Le contrat doit établir ou mettre en œuvre une coopération entre les acheteurs publics participants visant à garantir que les services publics à fournir sont réalisés dans le but d'atteindre leurs objectifs communs
2/ La mise en œuvre de cette coopération ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt public
3/ Les activités menées sur le marché extérieur à la coopération doit être strictement limité: les acheteurs publics participants doivent réaliser moins de 20 % des activités concernées par la coopération sur le marché concurrentiel . La notion de coopération reste assez floue, mais semble indiquer qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les membres.
Parmi les 3 critères, "Les activités menées sur le marché extérieur à la coopération..." n'est pas parlant. Et, la coopération "dans le but d'atteindre leurs objectifs communs" réduit considérablement les possibilités d'y recourir ».

⁹⁹⁴ 1 AU, 1 AV, et 12 AC.

⁹⁹⁵ 1 AC.

⁹⁹⁶ 4 AC.

⁹⁹⁷ 3 AC.

⁹⁹⁸ 1 AU, 1 AV, et 4 AC.

coopération n'est pas nécessairement opportune, d'autant qu'elle n'apporte pas de précision sur ce critère.

AXE 2 : LA CONCURRENCE

L'objectif des enquêtes. Pour appréhender les problématiques posées par l'objectif de mise en concurrence que réitèrent les *directives Concessions et Marchés*, les enquêtés étaient interrogés sur les procédures de passation (**thématique n° 4**) et / ou sur le choix du cocontractant (**thématique n° 5**).

THEMATIQUE N° 4 : Les procédures de passation

Le déroulement des enquêtes. Les onze enquêtés⁹⁹⁹ et les trente-huit sondés¹⁰⁰⁰ ayant sélectionné cette thématique étaient interrogés sur le rapprochement des règles applicables aux concessions et aux marchés publics (§I.), ou sur les différentes procédures applicables aux marchés publics – à savoir, le choix de la procédure (§II.), l'ouverture à la négociation (§III.), ou encore les marchés « de gré à gré » (§IV.).

§I. Le rapprochement adéquat des règles de passation applicables aux concessions et aux marchés publics

Un équilibre relativement satisfaisant entre la sécurité juridique et le maintien de la spécificité des concessions. Les deux interviewés¹⁰⁰¹ sur les objectifs de la directive *Concessions* – à savoir, d'une part la simplification et la sécurité juridique en général et, d'autre part, le maintien de la spécificité des concessions – soulignent que ces objectifs semblent en grande partie atteints.

⁹⁹⁹ 2 AV, 3 AC, et 6 OE.

¹⁰⁰⁰ 3 AU, 2 OE, et 33 AC.

¹⁰⁰¹ 1 AV et 1 OE.

L'un des interviewés¹⁰⁰² estime que ces objectifs « *sont atteints dans l'ensemble* », notamment en raison des « *apports importants de la jurisprudence de la CJUE sur le sujet, qui semble d'ailleurs plutôt bien appréhendée par le Conseil et par la jurisprudence (lato sensu, par les décisions et avis) de l'Autorité de la concurrence* ».

L'autre interviewé¹⁰⁰³ est davantage réservé, l'un des deux objectifs (le maintien de la spécificité des concessions) étant davantage réalisé que l'autre (la sécurité juridique) :

« [...] la spécificité des concessions est préservée eu égard à la souplesse qui gouverne la passation de ces contrats. En revanche, les juristes éprouvent une certaine difficulté face à la marge de manœuvre laissée par les textes. Pour atteindre une forme de sécurité juridique en matière de concessions, ils s'inspirent des règles applicables aux marchés publics. Il y a donc un paradoxe entre le principe de souplesse et la pratique ».

Ce deuxième interviewé¹⁰⁰⁴ souligne dans le même sens que le rapprochement entre les règles applicables à la passation des concessions et celles applicables aux marchés publics « *est un choix par défaut, car les règles et la jurisprudence sont beaucoup plus fournies en matière de marchés publics* ».

Ceci pourrait expliquer que, parmi les douze sondés¹⁰⁰⁵ ayant donné leur avis concernant la réalisation des objectifs de la directive *Concessions*¹⁰⁰⁶, quatre¹⁰⁰⁷ aient indiqué que ces objectifs leur semblaient atteints, et cinq¹⁰⁰⁸ aient donné une réponse plus nuancée – notamment un indiquant que l'objectif de maintien de la spécificité des concessions semble réalisé, mais pas nécessairement ceux tenant à la simplification et à la sécurité juridique¹⁰⁰⁹. Seuls trois participants¹⁰¹⁰ – soit un quart des sondés – répondent que ces objectifs ne leur semblent pas atteints, sans donner d'autres indications.

L'intérêt limité d'un éventuel rapprochement supplémentaire des règles applicables aux marchés publics et aux concessions. Dans la continuité de la

¹⁰⁰² 1 AV.

¹⁰⁰³ 1 OE.

¹⁰⁰⁴ 1 OE.

¹⁰⁰⁵ 3 AU, 1 OE, et 8 AC.

¹⁰⁰⁶ 24 sondés ont répondu à cette question, mais la moitié ont indiqué ne pas savoir (12 AC).

¹⁰⁰⁷ 2 AU et 2 AC.

¹⁰⁰⁸ 1 AU et 4 AC.

¹⁰⁰⁹ « *oui pour la spécificité des concessions... par contre la simplification et la sécurité juridique [ne sont] pas nécessairement atteinte[s]* » (1 AC).

¹⁰¹⁰ 1 OE et 2 AC.

spécificité des concessions, trois interviewés¹⁰¹¹ se sont prononcés sur l'opportunité d'harmoniser encore davantage les règles de passation entre les marchés publics et les concessions. Les éléments de réponse tendent vers le maintien des règles existantes, faute de réelle opportunité d'un rapprochement supplémentaire des règles de passation applicables à ces deux catégories de contrats.

Un premier¹⁰¹² souligne ne pas avoir d'opinion tranchée quant à l'opportunité d'une harmonisation supplémentaire, qui serait réalisée par la généralisation de la négociation au sein de la procédure de passation des marchés publics.

Un deuxième interviewé¹⁰¹³ semble estimer qu'un rapprochement supplémentaire des règles entre les concessions et les marchés ne serait pas opportun, en soulignant qu'« [i]l est important de conserver la typicité des concessions et des règles qui s'y appliquent ». Il affirme à ce titre, concernant l'importance de l'*intuitu personae* au sein des concessions, qu'il existe un « déséquilibre évident sur la négociation entre concessions et marchés publics ». Il estime en revanche que le calcul de la valeur des concessions fait l'objet d'une harmonisation inopportune avec celle des marchés, alors que « la logique n'est pas la même ». Il regrette ainsi la terminologie employée concernant le calcul de la valeur des concessions, préférant l'expression « discontinuous value » plutôt que celle, utilisée dans la directive *Concessions*, d'« updated value ».

Le troisième et dernier interviewé¹⁰¹⁴ s'est uniquement prononcé sur l'opportunité d'introduire une technique d'achat des marchés publics – l'accord-cadre – au sein des concessions. Il ne décèle pas de réel intérêt : ce dernier semble « limité en pratique, l'objet et le montant de la concession se prêtant mal à l'accord-cadre ». Dans le même sens, la majorité des vingt-huit¹⁰¹⁵ participants à l'enquête quantitative sur cette question ne semble pas favorable à un rapprochement des marchés publics et concessions par l'extension de l'accord-cadre à ces dernières. Seuls quatre¹⁰¹⁶ sondés s'y déclarent favorables, tandis que sept¹⁰¹⁷ s'y opposent – dont l'un pour des raisons similaires à celles mentionnées ci-dessus par l'un des

¹⁰¹¹ 1 AV et 2 OE.

¹⁰¹² 1 AV.

¹⁰¹³ 1 OE.

¹⁰¹⁴ 1 OE.

¹⁰¹⁵ 2 AU, 1 OE, et 25 AC.

¹⁰¹⁶ 4 AC.

¹⁰¹⁷ 1 AU, 1 OE, et 5 AC.

interviewés¹⁰¹⁸. Les autres sondés déclarent ne pas savoir¹⁰¹⁹, ou avoir un avis mitigé¹⁰²⁰, sans davantage de précision.

Les participants à l'enquête quantitative se sont également prononcés à la fois sur l'opportunité et sur la nature suffisante du rapprochement des règles applicables aux marchés et aux concessions. Les réponses données semblent indiquer qu'un rapprochement supplémentaire devrait être opéré, bien que certaines réponses doivent probablement être nuancées, car contradictoires. En effet, la majorité des sondés indique que le rapprochement n'est pas opportun (vingt-trois¹⁰²¹ sondés sur trente-huit¹⁰²²), mais qu'il est également insuffisant (trente-et-un¹⁰²³ sondés sur trente-huit¹⁰²⁴). Or, indiquer qu'il est insuffisant implique que le rapprochement est nécessairement opportun, mais qu'il devrait être renforcé, créant ainsi des doutes quant à l'interprétation de ces réponses.

Concernant plus précisément l'équilibre entre l'*intuitu personae* et la concurrence au stade de la passation des concessions, la majorité des sondés ayant donné une réponse tranchée¹⁰²⁵ – soit dix¹⁰²⁶ sur seize¹⁰²⁷ sondés – estime que cet équilibre est satisfaisant. Seul un¹⁰²⁸ participant à l'enquête quantitative répond négativement, en partie rejoint par cinq¹⁰²⁹ sondés ayant un avis mitigé. Deux de ces sondés – le seul ayant donné une réponse négative et un ayant un avis partagé – font état de la même difficulté : celle de maintenir l'*intuitu personae* en présence de critères d'attribution¹⁰³⁰.

La synthèse. Il ne semble pas opportun de modifier les similitudes et différences actuelles entre les règles de passation des concessions et celles des marchés publics.

¹⁰¹⁸ « L'accord-cadre se prête à des achats incertains dans leurs quantités, leur valeur ou la survenance du besoin. La concession est plus cadrée » (1 AC).

¹⁰¹⁹ 1 AU et 13 AC.

¹⁰²⁰ 3 AC.

¹⁰²¹ 2 AU, 2 OE, et 19 AC.

¹⁰²² 3 AU, 2 OE, et 33 AC.

¹⁰²³ 3 AU, 2 OE, et 26 AC.

¹⁰²⁴ 3 AU, 2 OE, et 33 AC.

¹⁰²⁵ Cette question a donné lieu à 26 réponses dont 10 indiquant « Ne sais pas » (10 AC).

¹⁰²⁶ 2 AU et 8 AC.

¹⁰²⁷ 3 AU, 1 OE, et 12 AC.

¹⁰²⁸ 1 AC.

¹⁰²⁹ 1 AU, 1 OE, et 3 AC.

¹⁰³⁰ Une autorité contractante indique : « dès l'instant où l'attribution se fait à partir de critères, la notion d'intuitu personae me paraît caduque ». Une autre autorité contractante souligne que « [c]ette notion d'intuitu personae est difficile à manier, et il n'est pas toujours facile de faire coïncider cette notion avec les critères... ».

§II. Le choix relativement aisé de la procédure dans les marchés publics

Les difficultés relatives d'identification de la procédure appropriée. Les cinq interviewés sur cette question – deux avocats, et trois autorités contractantes – soulignent l'absence de difficulté des autorités contractantes en général pour identifier la procédure adaptée. L'un d'entre eux¹⁰³¹ estime que ceci résulte d'une bonne définition des règles de passation, « *permettant de voir aisément la différence entre ces procédures dans l'ensemble* », tandis qu'un autre¹⁰³² affirme que ceci résulte de sa qualité d'entité adjudicatrice – qui permet de recourir aisément à la procédure négociée puisqu'il s'agit de la procédure de droit commun, qu'il mobilise dans 99 % des cas. Ces résultats sont confortés par l'enquête quantitative, vingt-et-un¹⁰³³ sondés sur trente-quatre¹⁰³⁴ indiquant identifier aisément la procédure la plus appropriée pour un marché public. Seuls trois¹⁰³⁵ participants à l'enquête quantitative ont indiqué l'inverse, et dix¹⁰³⁶ ont répondu « *mitigé* » – les facilités d'identification variant, selon l'un d'entre eux, en fonction de l'objet du contrat¹⁰³⁷.

Seuls deux interviewés¹⁰³⁸ affirment rencontrer des difficultés ponctuelles, dans deux cas de figure qui semblent converger. La première hypothèse identifiée est celle dans laquelle l'autorité contractante souhaite mobiliser une procédure inhabituelle, peu usitée, c'est-à-dire lorsqu'elle « *sort des sentiers battus* » en donnant l'exemple des catalogues électroniques qui ne sont jamais mis en œuvre à la connaissance de cet interviewé. La seconde hypothèse est celle dans laquelle l'autorité contractante envisage une procédure autre que celle de droit commun et, plus précisément, quand une entité adjudicatrice souhaite identifier la procédure la plus appropriée en dehors de la procédure négociée. Ceci explique que cette autorité contractante recourt systématiquement à la procédure négociée.

Les difficultés ponctuelles d'identification de la procédure adaptée pourraient susciter des risques juridiques. Seuls les participants à l'enquête quantitative ont été amenés à se prononcer sur l'existence, d'après leur expérience, d'importants risques juridiques associés au choix de la procédure. Les réponses données par les sondés sont contrastées : près de la

¹⁰³¹ 1 AV.

¹⁰³² 1 AC.

¹⁰³³ 2 AU, 1 OE, et 18 AC.

¹⁰³⁴ 3 AU, 2 OE, et 29 AC.

¹⁰³⁵ 3 AC.

¹⁰³⁶ 1 AU, 1 OE, et 8 AC.

¹⁰³⁷ Une autorité contractante affirme que « *cela dépend fortement de l'objet du contrat des fois c'est évident, parfois des questions se posent* ».

¹⁰³⁸ 2 AC.

moitié – soit seize¹⁰³⁹ sondés sur trente-quatre¹⁰⁴⁰ – indique l’existence d’importants risques juridiques en la matière, huit¹⁰⁴¹ répondent l’inverse, et dix¹⁰⁴² indiquent « *mitigé* ». Trois des sondés ayant répondu que ce choix générerait des risques apportent toutefois des précisions : ceci résulterait de l’appréciation stricte par le juge des conditions de recours aux procédures¹⁰⁴³.

Le maintien opportun de la procédure concurrentielle avec négociation et du dialogue compétitif. Trois interviewés¹⁰⁴⁴ se sont prononcés sur la comparaison entre la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif. Plus précisément, ils ont été interrogés sur l’opportunité de maintenir ces deux procédures, dont les motifs de recours sont désormais uniformisés et dont les règles présentent des points communs. Ils sont tous trois favorables au maintien de ces deux procédures, car « *elles n’ont pas les mêmes finalités ni le même esprit* »¹⁰⁴⁵, « *elles ont des logiques différentes* »¹⁰⁴⁶. En effet, « *le dialogue compétitif permet [...] un échange sur le besoin, contrairement à la procédure concurrentielle avec négociation* »¹⁰⁴⁷. Il est souligné de manière plus générale que le dialogue compétitif « *est très lourd, mais [...] permet de coconstruire entre les opérateurs économiques et l’autorité contractante des stipulations quasiment de A à Z dans le respect de l’égalité de traitement et de la confidentialité* »¹⁰⁴⁸. Ceci explique que ce dispositif s’avère adéquat dans certains cas de figure seulement – à savoir, « *les projets très ambitieux* »¹⁰⁴⁹. À l’inverse, « *[l]e recours à la négociation est [...] utile pour les projets qui nécessitent qu’on discute des modalités*

¹⁰³⁹ 1 OE et 15 AC.

¹⁰⁴⁰ 3 AU, 2 OE, et 29 AC.

¹⁰⁴¹ 1 AU, 1 OE, et 6 AC.

¹⁰⁴² 2 AU et 8 AC.

¹⁰⁴³ Une autorité contractante indique que « *[l]e juge a parfois une vision a priori plus exigeante que ce qu’implique le texte* ».

Une autre autorité contractante affirme que « *[l]e recours à une procédure avec négociation a fait l’objet d’un contentieux. Le juge a estimé que le recours n’était pas justifié alors que nous avions invoqué 3 cas pour justifier la procédure. Le juge a considéré qu’un cas n’était pas rempli et a prononcé l’annulation de la procédure* ».

Une troisième autorité contractante souligne : « *[d]ans un acte d’achat il est toujours plus pertinent de pouvoir négocier avec les candidats que d’attribuer un marché sans discussion et sans pouvoir rattraper certaines erreurs des candidats ce qui serait pourtant gage de loyauté dans les relations... Ceci est cependant peu[...] admis par le Code et la jurisprudence qui [sont] très restrictives sur le recours aux procédures avec négociation [nous soulignons]. Certaines procédures sont donc fragiles juridiquement. Les achats alimentaires qui nécessitent des discussions et des adaptations des deux parties précises sur les volumes, la saisonnalité, l’équilibre carcasse, les modalités de conditionnement doivent se faire uniquement sur la base d’une offre. Les achats d’équipements industriels complexes ou les candidats proposent des solutions différentes également. Tout le système repose sur l’idée absurde que l’acheteur public est omniscient et à une connaissance parfaite de toutes les solutions techniques et peut donc attribuer un marché sans discussion avec les professionnels du secteur sur la base, souvent, de mémoire technique types purement commerciaux* ».

¹⁰⁴⁴ 1 AC et 2 OE.

¹⁰⁴⁵ 1 OE.

¹⁰⁴⁶ 1 OE.

¹⁰⁴⁷ 1 AC.

¹⁰⁴⁸ 1 OE.

¹⁰⁴⁹ 1 OE.

techniques et contractuelles sans avoir à coconstruire le projet »¹⁰⁵⁰. Il en résulte que « [c]ette coexistence de deux procédures est donc adaptée à des besoins différents »¹⁰⁵¹.

Les résultats de l'enquête quantitative confortent en partie ceux de l'enquête qualitative. Interrogés sur la question de savoir si l'existence de la procédure concurrentielle avec négociation et du dialogue compétitif est nécessaire ou constitue une entrave au choix de la procédure, seuls sept¹⁰⁵² sondés sur trente-trois¹⁰⁵³ indiquent que cela constitue une entrave¹⁰⁵⁴, tandis que quatorze¹⁰⁵⁵ estiment que l'existence des deux procédures est nécessaire. Les autres sondés indiquent ne pas savoir¹⁰⁵⁶, avoir un avis mitigé¹⁰⁵⁷, ou « *autre* »¹⁰⁵⁸. Comme pour les interviewés, certains sondés développent leur réponse en indiquant les différences entre les deux procédures qui facilitent leur distinction et génèrent leur complémentarité¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁰ 1 OE.

¹⁰⁵¹ 1 OE.

¹⁰⁵² 1 OE et 6 AC.

¹⁰⁵³ 3 AU, 2 OE, et 28 AC.

¹⁰⁵⁴ Un seul de ces sept sondés développe en indiquant les motifs de sa réponse : « *il y a des différences entre les deux sur la définition du besoin initial mais définir les limites de la négociation est toujours complexe donc je pense opportun de fusionner les deux* » (1 AC).

¹⁰⁵⁵ 2 AU, 1 OE, et 11 AC.

¹⁰⁵⁶ 1 AC.

¹⁰⁵⁷ 1 AU et 7 AC.

Une autorité contractante ayant répondu « *mitigé* » estime que certaines limites pourraient être levées par la fusion des deux procédures : « *[o]n ne peut malheureusement pas négocier l'offre remise après clôture de la phase de dialogue compétitif et c'est dommage. Il pourrait être intéressant de fondre les deux avec une marge de manœuvre pour l'acheteur d'organiser le processus dialogue préalable/négociation* ».

Une autre autorité contractante ayant donné la même réponse plaide pour une homogénéisation des deux procédures : « *[l]'objectif de ces deux procédures est différent. Le dialogue compétitif nécessite des particularités par rapport à la procédure avec négociation (procédure plus longue, phase de mise au point impérative...). Mais une homogénéité pourrait être intéressante afin de simplifier* ».

¹⁰⁵⁸ 3 AC.

Parmi ces trois autorités contractantes, l'une indique : « *le dialogue compétitif semble plus intéressant que la procédure concurrentielle qui se limite à la négociation...* ».

Une autre souligne que « *[l]a procédure avec négociation reste peu utilisée car beaucoup trop longue du fait des phases candidatures et offres distinctes, auxquelles s'ajoute la phase de négociation. Il faudra une procédure avec négociation avec les mêmes délais que l'appel d'offres* ».

¹⁰⁵⁹ Une autorité contractante affirme : « *[l]e dialogue compétitif concerne les besoins non définis précisément par l'acheteur. C'est donc une démarche spécifique qui justifie à mon sens une procédure spécifique* ».

Une deuxième autorité contractante souligne : « *[l]es procédures n'ont pas le même objectif opérationnel : - L'intérêt principal (voire, unique) de la PCN [procédure concurrentielle avec négociation] est que les offres peuvent être négociée.*

- Le dialogue vise à affiner, avec les candidats, au fur et à mesure du dialogue un besoin qui figure dans un programme fonctionnel

En PCN, un CCTP [cahier des clauses techniques particulières] est déterminé au départ. En dialogue, le CCTP est élaboré au fur et à mesure du dialogue en fonction des propositions des candidats. »

Une troisième autorité contractante indique : « *[l]e projet n'a pas à être aussi abouti en dialogue compétitif d'où l'intérêt de cette procédure* ».

Une quatrième autorité contractante indique que l'existence des deux procédures est nécessaire, « *le dialogue compétitif permettant d'affiner son besoin en allant plus loin que dans la procédure avec négociation* ».

Une cinquième autorité contractante affirme que « *[l]es motifs et les règles sont les mêmes, mais leur utilité est différente. Un dialogue avec les prestataires pour finaliser un cahier des charges n'équivaut pas à une négociation sur les offres en procédure concurrentielle* ».

Le manque d'adéquation ponctuel entre l'objectif poursuivi et la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif.

La perception positive de l'existence de ces deux procédures ne signifie pas que ces outils soient dénués d'entrave ou d'inconvénient en pratique. Deux interviewés¹⁰⁶⁰ font à cet égard état de difficultés.

La première tient à la démarche de l'autorité contractante lorsqu'elle mobilise l'une de ces deux procédures : *« les maîtres d'ouvrage n'utilisent pas nécessairement la bonne procédure par rapport à la maturité de leur besoin ou adoptent une approche manquant de cohérence (exemple : utiliser le dialogue compétitif, mais interdire les variantes) »*¹⁰⁶¹.

La seconde tient à la confusion marginale de certaines autorités contractantes entre ces deux procédures, qui contraste avec la bonne identification en général de la procédure appropriée pour un marché public :

*« Des difficultés apparaissent en pratique, certaines collectivités souhaitant par exemple mobiliser le dialogue compétitif pour recourir à la négociation, alors que cette procédure est destinée à affiner les spécifications techniques pour parvenir à une offre convenable »*¹⁰⁶².

Cet avocat en déduit que *« des précisions supplémentaires seraient nécessaires concernant le dialogue compétitif et la procédure concurrentielle avec négociation »*. Il n'indique toutefois pas le contenu ou l'orientation de telles précisions.

La clarté limitée des motifs de recours à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif. Seuls les participants à l'enquête quantitative ont répondu à une question portant sur la clarté des motifs de recours à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif. Sur les trente-trois sondés¹⁰⁶³, un peu plus d'un tiers – soit quatorze sondés¹⁰⁶⁴ – affirment que ces motifs ne leur semblent pas

Une sixième autorité contractante nuance légèrement la distinction en pratique, malgré des objectifs différents des procédures : *« [e]n PN [procédure négociée] on négocie (induisant le dialogue) En DC [dialogue compétitif] on dialogue (induisant la négociation) L'utilisation du DC est parfois dévoyée pour masquer un manque de définition du besoin »*.

¹⁰⁶⁰ 1 OE et 1 AV.

¹⁰⁶¹ 1 OE.

¹⁰⁶² 1 AV.

¹⁰⁶³ 3 AU, 2 OE, et 28 AC.

¹⁰⁶⁴ 2 OE et 12 AC.

clairs, l'un d'entre eux précisant toutefois que cela dépend des critères¹⁰⁶⁵. Neuf sondés¹⁰⁶⁶ répondent « *mitigé* » en donnant, pour cinq d'entre eux¹⁰⁶⁷, des éléments complémentaires. Ainsi, l'un souligne la généralité trop élevée des termes employés pour ces motifs¹⁰⁶⁸, trois autres reconnaissent l'ambiguïté du motif donné en exemple dans la question¹⁰⁶⁹ – celui des « *circonstances particulières liées à [l]a nature [du contrat], à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y attachent* » –, et le cinquième propose « *[l]e recours à un barème d'évaluation [pour faciliter] la prise de décision* » sans autre précision. Si un autre sondé¹⁰⁷⁰ indique ne pas savoir si ces motifs sont clairs, neuf autres participants à l'enquête quantitative¹⁰⁷¹ – soit près d'un tiers des participants – estiment, à l'inverse des précédents sondés, que ces motifs ne sont pas ambigus. L'un d'entre eux explique sa réponse par l'adaptabilité – bénéfique – de ces motifs qui peuvent faire l'objet d'un contrôle par le juge¹⁰⁷².

La synthèse. Le choix de la procédure dans le cadre d'un marché public ne suscite pas de difficulté importante *a priori*, et les procédures « disponibles » semblent complémentaires. Des entraves peuvent toutefois apparaître en raison de la nature de l'autorité contractante, qui peut l'amener à fortement privilégier la procédure de droit commun qui lui est applicable (en ce qui concerne les entités adjudicatrices), ou en raison d'une confusion, plus rare, entre deux procédures – à savoir, la procédure concurrentielle avec la négociation et le dialogue compétitif – ou encore compte tenu du manque de clarté de certains motifs de recours à ces deux procédures.

¹⁰⁶⁵ « *non ce n'est pas clair mais cela dépend des critères, l'exemple pris [exemple donné dans la question : les "circonstances particulières liées à [l]a nature [du contrat], à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y attachent"] ne l'est pas mais d'autres critères le sont (ex : prestas de conception ou sur échec aoo)* » (1 AC).

¹⁰⁶⁶ 9 AC.

¹⁰⁶⁷ 5 AC.

¹⁰⁶⁸ 1 AC.

¹⁰⁶⁹ Selon une autorité contractante, « *[l]e cas cité en exemple est le cas le plus difficile à invoquer* ».

Selon une autre autorité contractante, « *[t]ypiquement, la notion de complexité est la plus difficile à défendre* ».

Selon une troisième autorité contractante, « *"[c]irconstances liées à sa nature" n'est pas un élément très opérant* ».

¹⁰⁷⁰ 1 AU.

¹⁰⁷¹ 2 AU et 7 AC.

¹⁰⁷² « *Oui, une formulation générale des motifs permet d'appréhender les nombreuses situations de la réalité des achats. Le juge administratif est alors celui qui contrôle la mise en œuvre de ces dispositions* » (1 AC).

§III. L'ouverture infructueuse de la négociation dans les procédures applicables aux marchés publics

La perception généralement positive de la négociation. Six des dix interviewés sur la négociation au sein des marchés publics – deux autorités contractantes et quatre opérateurs économiques – indiquent implicitement en avoir une perception positive. Les quatre autres interviewés – un avocat, une autorité contractante, et deux opérateurs économiques – ne font pas état d'une perception négative de la négociation, mais ont davantage été interrogés sur les limites de ce dispositif. Les participants à l'enquête quantitative étaient appelés à se prononcer aussi bien sur les avantages que les limites de l'ouverture à la négociation issue des *directives de 2014*. Parmi les vingt-quatre sondés¹⁰⁷³, seul un a répondu ne pas savoir¹⁰⁷⁴ et trois ont émis des remarques générales plutôt que d'identifier des atouts ou entraves à l'ouverture à la négociation depuis les *directives de 2014*¹⁰⁷⁵. Les interviewés soulignent les « *effets extrêmement bénéfiques de la négociation* »¹⁰⁷⁶ et son utilité¹⁰⁷⁷. Parmi les nombreux avantages identifiés figurent « *spécialement la possibilité de régulariser les offres, et de les adapter au fil des négociations pour que cela corresponde [au] besoin* »¹⁰⁷⁸, le « *fait d'apporter des solutions techniques qui ne sont pas imaginées par le maître d'ouvrage au moment de la conception du projet (chaque entreprise apportant son savoir-faire), sous réserve de la confidentialité* »¹⁰⁷⁹, ou le fait de pouvoir « *proposer des optimisations (exemple : proposition d'adapter l'échéancier de paiement afin de le faire concorder avec la courbe de trésorerie d'un opérateur concernant un marché qui ne prévoit pas d'avances)* »¹⁰⁸⁰. Les sondés font également état de nombreux avantages de l'ouverture à la négociation, dont certains sont communs avec les réponses des interviewés. Il en est ainsi de l'amélioration de la performance (réduction des coûts)¹⁰⁸¹, de l'amélioration des offres¹⁰⁸², d'une meilleure définition du besoin¹⁰⁸³ (ou, dans le même sens, de la levée d'incertitude concernant le cahier des

¹⁰⁷³ 1 AU, 1 OE, et 22 AC.

¹⁰⁷⁴ 1 AU.

¹⁰⁷⁵ Une autorité contractante affirme que « [l]a négociation devrait être possible sur tout type d'achat quel que soit le montant ».

Une autre autorité contractante souligne : « *je n'ai pas pratiqué les marchés publics pré-décret de 2016 mais l'ouverture à la négociation est plus que limitée* ».

Un opérateur économique a simplement répondu : « [a]utoroute de l'information... ».

¹⁰⁷⁶ 1 AC.

¹⁰⁷⁷ 1 OE.

¹⁰⁷⁸ 1 AC.

¹⁰⁷⁹ 1 OE.

¹⁰⁸⁰ 1 OE.

¹⁰⁸¹ 4 AC.

¹⁰⁸² 7 AC.

¹⁰⁸³ 1 AC.

charges¹⁰⁸⁴), de la garantie d'attribuer le marché¹⁰⁸⁵, ou – de manière plus précise – de l'avantage de « [s]e faire connaître et connaître les fournisseurs »¹⁰⁸⁶.

Plus encore, trois opérateurs économiques interviewés sont favorables au renforcement de la négociation au sein des marchés publics. L'un d'entre eux affirme que « *l'ouverture à la négociation en 2014 constitue une initiative très louable qui devrait se généraliser davantage* ». Un autre estime qu'« *il serait bon d'introduire la faculté, à tous les niveaux de la procédure, de pouvoir discuter, négocier avec le maître d'ouvrage* » afin d'accroître la souplesse et de diminuer les difficultés d'exécution.

La perception positive de la négociation est toutefois légèrement nuancée par certaines réponses des participants à l'enquête quantitative, qui relativisent les effets bénéfiques de la négociation. Outre le fait que l'amélioration substantielle de l'offre par la négociation soit impossible selon l'un des sondés¹⁰⁸⁷, il est fait état de l'absence de corrélation systématique entre négociation et gains économiques. Ainsi, deux autorités contractantes sondées sur les atouts et faiblesses de l'ouverture à la négociation soulignent spontanément le « [g]onflement financier des offres avant négoc[iation] » ou le fait que « [l]a négociation apporte peu de gains d'achat ». Ceci est conforté par une partie des réponses des sondés à la question de savoir si l'ouverture à la négociation permet, en pratique, une réduction de la charge administrative et des coûts liés aux procédures. Parmi les trente-quatre sondés¹⁰⁸⁸, dix-neuf¹⁰⁸⁹ ont répondu par la négative. Deux de ces dix-neuf sondés précisent toutefois leur réponse, l'un indiquant que « *cela demande du travail supplémentaire pour l'acheteur (double analyse des offres, documents de traçabilité des échanges) et pour l'entreprise (réponses aux questions, déplacement éventuel, nouvelle offre)* »¹⁰⁹⁰, un autre soulignant que cela nécessite généralement davantage de temps « *voire de déplacement[s] (auditions en présentiel...)* »¹⁰⁹¹. Cette dernière précision rejoint les commentaires de certains sondés ayant répondu « *mitigé* » (sept¹⁰⁹² sondés sur trente-quatre), qui indiquent que la négociation génère en revanche des gains sur l'ensemble du contrat au stade de l'exécution. Par exemple, une autorité contractante souligne que « *[ç]a dépend du temps et de l'énergie, mais qui sont bénéfiques pour la compréhension du besoin et*

¹⁰⁸⁴ 1 AC.

¹⁰⁸⁵ 3 AC.

¹⁰⁸⁶ 1 AC.

¹⁰⁸⁷ 1 AC.

¹⁰⁸⁸ 2 AU, 2 OE, et 30 AC.

¹⁰⁸⁹ 1 OE et 18 AC.

¹⁰⁹⁰ 1 AC.

¹⁰⁹¹ 1 AC.

¹⁰⁹² 1 AU et 6 AC.

la fluidité de l'exécution ». Dans le même sens, une autre autorité contractante affirme que « [l]a procédure est plus couteuse, car plus longue, mais permet d'éviter des choix par défaut et donc d'optimiser le coût global ». Une troisième autorité contractante sondée révèle que la négociation génère une « *augmentation de la charge administrative, car étape en plus* [mais que cela permet] *en revanche* [des] *gains économiques pour les offres à l'issue des échanges de la négociation* ». Deux autres autorités contractantes ayant répondu « *mitigé* » sont plus nuancées, en indiquant qu'il n'y a pas toujours un bénéfice¹⁰⁹³. En revanche, sept sondés¹⁰⁹⁴ ont répondu que l'ouverture à la négociation permet en pratique une réduction de la charge administrative et des coûts liés aux procédures, l'un d'entre eux dressant une liste des bénéfices à ce titre¹⁰⁹⁵. Seul un¹⁰⁹⁶ des trente-quatre sondés a répondu qu'il ne savait pas.

Le contraste avec l'inusité de la négociation. Sept interviewés¹⁰⁹⁷ ainsi que quatorze sondés¹⁰⁹⁸ constatent les limites de la négociation en pratique, et la rareté de sa mobilisation en dehors de la procédure de droit commun des entités adjudicatrices. Les limites identifiées par les enquêtés peuvent être regroupées et classées en plusieurs catégories.

Une première catégorie de limites repose sur les conditions juridiques de recours à la négociation. Une autorité contractante interviewée souligne que ceci résulte tout d'abord de l'encadrement strict du recours à la procédure concurrentielle avec négociation par les pouvoirs adjudicateurs, contrairement aux entités adjudicatrices. Un avocat interviewé estime que les autorités contractantes n'identifient pas aisément les situations dans lesquelles il est possible de mobiliser cette procédure, et ainsi les conditions à réunir : « *beaucoup d'acheteurs publics pensent pouvoir faire de la procédure négociée quand ils le veulent, alors que cela est réservé à certains cas particuliers par la jurisprudence (exemple : complexité juridique avérée du montage : notion précisée par la DAJ)* ». Il en déduit l'existence d' « *un risque de dévoiement de la "complexité", qui est employée à tort par les acheteurs publics pour recourir à la négociation* ».

¹⁰⁹³ Selon une autorité contractante, la négociation génère des « [p]rocédures plus longues, frais de déplacements et d'études des opérateurs économiques, mobilisation de temps pour un gain économique éventuel à l'issue des négociations ».

Une autre autorité contractante affirme qu'« [u]ne vraie négociation rallonge le calendrier de la procédure et alourdit la charge. Le bénéfice n'est pas toujours net donc il faut pouvoir attribuer sans négocier ou avoir une négociation réduite ».

¹⁰⁹⁴ 1 AU, 1 OE, et 5 AC.

¹⁰⁹⁵ « *Gain de procédures administratives - Calendriers de projets pouvant être respectés - Moins de travail pour les agents - Faire correspondre les besoins d'achats ou possibilités techniques des prestations* » (1 AC).

¹⁰⁹⁶ 1 AC.

¹⁰⁹⁷ 1 AC, 2 AC, et 4 OE.

¹⁰⁹⁸ 14 AC.

Une deuxième catégorie de limites résulte des conditions matérielles et techniques à réunir pour mener à bien la négociation, comme le soulignent deux interviewés – une autorité contractante et un opérateur économique. L'autorité contractante interviewée fait état de difficultés pour atteindre ou pérenniser le « *niveau idoine d'expertise* » de la commission d'analyse, ainsi que d'une limite plus ponctuelle et limitée à certaines situations – les différences de culture juridique des commissions d'analyse si le marché implique des instances de plusieurs États membres de l'UE. Ceci rejoint une limite soulignée par cinq sondés¹⁰⁹⁹ : le manque de formation ou de compétence des acheteurs – ou des parties à la négociation plus généralement¹¹⁰⁰ – pour la négociation. Le second interviewé – l'opérateur économique – souligne l'existence de limites plus générales : le temps nécessaire à la négociation, son coût, et la nécessité d'« *avertir les entreprises des modifications du cahier des charges au fur et à mesure* ». Dans le même sens, trois sondés¹¹⁰¹ soulignent la nature « *chronophage* »¹¹⁰² de la négociation. Certains participants à l'enquête quantitative relèvent trois autres limites matérielles ou techniques : un sondé met ainsi en exergue « *[l]a traçabilité des échanges qui n'est pas toujours optimale (notamment en cas d'absence du service juridique aux négociations)* »¹¹⁰³, un autre souligne que « *le recours à la négociation en entonnoir (en élimant au fur et à mesure des candidats, pour discuter plus finement certains détails avec le candidat pressenti) rend difficile la production d'un classement final* »¹¹⁰⁴, et le troisième alerte sur l'importance de maîtriser les risques liés à la procédure négociée (sans apporter davantage de précision)¹¹⁰⁵.

Une troisième catégorie de limites recouvre l'étendue de la négociation, et les craintes associées à cette incertitude juridique. Une limite est commune à trois interviewés¹¹⁰⁶ et à trois sondés¹¹⁰⁷ : celle portant sur l'insécurité juridique résultant de l'absence de contours clairs de la négociation. L'identification des éléments ouverts à la négociation n'est pas aisée. Certains participants à l'enquête quantitative relèvent ainsi qu'« *[i]l est souvent difficile d'appréhender jusqu'où on peut aller en termes de négociation notamment si elle a pour conséquence de*

¹⁰⁹⁹ 5 AC.

¹¹⁰⁰ 1 AC.

¹¹⁰¹ 3 AC.

¹¹⁰² Pour reprendre la terminologie de l'une des autorités contractantes sondées à ce sujet.

¹¹⁰³ 1 AC.

¹¹⁰⁴ 1 AC.

¹¹⁰⁵ « *L'ouverture à la négociation est indispensable afin de garantir la bonne gestion des deniers publics et permettrait de rendre la commande publique plus attractive. Cependant les risques liés à ce type de procédure doivent être maîtrisés* » (1 AC).

¹¹⁰⁶ 2 AC et 1 OE.

¹¹⁰⁷ 3 AC.

modifier le cahier des charges »¹¹⁰⁸ ou, plus généralement, qu'« [i]l serait possible de renforcer l'encadrement juridique de la négociation »¹¹⁰⁹. Dans le même sens, une autorité contractante interviewée indique qu'« il est difficile de percevoir ce qui peut être négocié, de ce qui ne peut pas l'être avec des candidats qui n'ont pas tous les mêmes velléités et périmètres de négociation (certains opérateurs économiques négocient davantage tandis que d'autres se montrent frileux) ». Ceci conduit à une limite connexe : le « risque d'inégalité de traitement des candidats » et la « crainte de péjorer la mise en concurrence »¹¹¹⁰. Ceci rejoint les questions de « transparence sur les améliorations des offres par les discussions »¹¹¹¹. Un quatrième interviewé – un opérateur économique – ne met pas expressément en exergue ces limites, mais souligne l'existence d'un « frein psychologique » des acheteurs en ce qui concerne la négociation, en raison de la surveillance accrue dont ils font l'objet. Un des participants à l'enquête quantitative¹¹¹² fait également état de limites plus précises semblant trouver leur origine dans le cadre juridique de la négociation : l'incertitude relative à la notion d'exigences minimales des offres, et le fait que « [l]es documents du [DCE] ne devraient pas être disponibles en même temps que le lancement de la procédure pour la sélection des candidats ».

Une quatrième catégorie de limites repose sur les différences entre les attentes des autorités contractantes et celles des opérateurs économiques concernant la négociation. Deux opérateurs économiques interviewés font état d'un contraste entre les deux. L'un d'entre eux affirme : « [o]n ne parle pas forcément le même langage, ce qui peut être un frein à la négociation ». De manière plus précise, cet interviewé souligne avoir « observé dans la pratique un décalage entre l'importance accordée à certaines clauses d'un contrat par un acheteur et celle accordée par les entreprises ». Il s'ensuit que les éléments devant être ouverts à la négociation selon l'autorité contractante ne concordent pas nécessairement avec ceux que les opérateurs économiques souhaiteraient négocier. Le second opérateur économique partage cet avis en soulignant que « pour les acheteurs, la négociation est ouverte seulement sur les aspects techniques, la partie administrative consistant en un marché d'adhésion pour eux ». La perception très restrictive de la négociation adoptée par les autorités contractantes conduit, selon cet interviewé, à une « méconnaissance de la réalité économique » et à une négociation réduite à l'abaissement du prix, « alors que la négociation a d'autres objectifs et que cet aspect financier est lié à la bonne exécution du contrat ». Dans le même sens, deux autorités

¹¹⁰⁸ 1 AC.

¹¹⁰⁹ 1 AC.

¹¹¹⁰ 1 AC.

¹¹¹¹ 1 OE.

¹¹¹² 1 AC.

contractantes sondées soulignent, pour l'une, « [l]a *dénaturation de la négociation (trop souvent résumée à une demande de rabais sur le prix)* » et, pour l'autre, « *la rigidité des entreprises dans certains secteurs peu concurrentiels, dans ce cas, la négociation ne sert pas à grand-chose...* ».

Les propositions d'amélioration de l'adéquation entre négociation et marchés publics. Cinq interviewés¹¹¹³ suggèrent des pistes d'amélioration ou des éléments précis afin d'accroître la place ainsi que l'efficacité de la négociation au sein de la procédure de passation des marchés publics. À l'instar des limites, elles peuvent être classées en trois catégories, dont les deux premières semblent contradictoires de prime abord.

Une série de propositions émanant d'un avocat et d'un opérateur économique plaide pour davantage de souplesse. En dehors de la suggestion d'améliorer l'éducation des acheteurs pour limiter les risques de rupture d'égalité résultant de la négociation – suggestion n'entrant pas dans le champ des directives européennes –, un avocat souhaiterait mettre fin à l'irréversibilité du choix de négocier ou non réalisé en amont de la procédure. Il propose à cet égard deux évolutions : *[l]aisser aux acheteurs publics la possibilité de se réserver le droit de négocier, lorsque la procédure n'est pas suffisante* » et, à l'inverse, « *[é]viter de les contraindre à négocier même dans le cas où ils sont engagés dans la procédure négociée* ». Ces propositions font écho à la pratique d'une autorité contractante, qui indique se « *réserve[r] la possibilité de négociation pour permettre également une attribution sans phase de négociation lorsque celle-ci n'apparaît pas nécessaire* ». Ces propositions s'inscrivent également dans la continuité d'une suggestion d'un opérateur économique, qui souhaiterait que « *la directive inverse le sens, donne une marge de manœuvre : une rédaction suffisamment large pour libérer les acheteurs de ces craintes* ». L'objectif poursuivi est un rééquilibrage de l'égalité d'accès d'une part, et de la performance ou de l'efficacité de la commande publique d'autre part. Cet opérateur propose pour ce faire de s'inspirer du droit privé : « *on sélectionne de deux ou trois candidats, on leur fait améliorer leurs offres de façon significative et on modifie le cahier des charges ce qui va dans le sens de la performance [...] afin de gagner du temps et de l'argent* ».

À l'inverse, un opérateur économique propose un encadrement supplémentaire de la négociation afin de renforcer la sécurité juridique de la négociation et ainsi faciliter la

¹¹¹³ 1 AV, 1 AC et 3 OE.

mobilisation de cette procédure. Cette proposition est toutefois restreinte à l'une des règles de la négociation :

« [...] la directive permet à une autorité contractante de se réserver le droit de négocier les offres, ce qui a été validé par le Conseil d'État. Toutefois, ceci introduit une insécurité juridique pour les opérateurs économiques, car il y a un doute sur la faculté de négociation. Il faudrait ainsi davantage encadrer cette liberté des autorités contractantes afin de limiter les risques pour les opérateurs économiques ».

Ceci rejoint le constat dressé par un autre opérateur économique, qui estime que le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'autorité contractante (de se réserver le droit de négocier sans obligation de négociation) est trop étendu.

La troisième série de propositions de modification repose sur des ajustements d'une moindre ampleur. Deux interviewés – une autorité contractante et un opérateur économique – proposent en ce sens de prévoir deux cas de figure, qui existent pour l'instant dans la pratique sans être reconnus ou facilités par le droit. Il en est ainsi de la consécration d'une pratique existante facilitant la conciliation entre négociation et égalité de traitement, proposée par un opérateur économique :

« Il faudrait consacrer la pratique particulièrement efficace consistant à intégrer les modifications de spécifications techniques et/ou administratives dans les documents de consultation des entreprises (V1, V2, etc.) afin de respecter l'égalité de traitement et la transparence, et ce dans la limite de la modification substantielle »¹¹¹⁴.

Une autorité contractante propose l'adaptation à une situation déjà mentionnée : celle dans laquelle un marché public met en lumière des « *différences de culture juridique, y compris de pays limitrophes* ». L'interviewé estime qu'il faudrait prendre en considération ces différences au sein des directives, sans indiquer de mesure précise pour ce faire.

La synthèse. Les enquêtés font état d'une mobilisation insuffisante de la négociation en pratique, en particulier par les pouvoirs adjudicateurs (par contraste avec les entités adjudicatrices), mais également en ce qui concerne les éléments ouverts à la négociation. Le droit actuel semble insécurisant à la fois pour les autorités contractantes et pour les opérateurs

¹¹¹⁴ 1 OE.

économiques, faute de délimiter suffisamment non seulement l'étendue légale de la négociation, mais également la faculté de négocier. Les propositions émises par les interviewés pour pallier ces insuffisances sont diverses, mais potentiellement contradictoires.

§IV. Les marchés « de gré à gré » : une souplesse paradoxale

La clarté insuffisante des motifs de recours aux marchés « de gré à gré ».

Les six interviewés sur les marchés « de gré à gré », comprenant à parts égales des autorités contractantes et des opérateurs économiques, soulignent presque unanimement l'incertitude entourant les motifs de recours à ces marchés. Ce manque de clarté soit est général, soit est souligné concernant certains motifs de recours seulement. Ceci contraste avec les résultats de l'enquête quantitative, qui font en majorité¹¹¹⁵ état de la clarté des motifs de recours aux marchés « de gré à gré » tout en indiquant, paradoxalement, que l'un de ces motifs – « *l'urgence impérieuse* » – ne dispose pas d'une définition suffisamment précise et que les sondés le mobilisent peu en pratique.

Une autorité contractante interviewée souligne que « [l]es hypothèses de recours aux marchés de gré à gré ne sont manifestement pas suffisamment claires ». D'où le fait qu'il s'agisse « d'une question récurrente, sinon systématique »¹¹¹⁶.

Cette même autorité contractante, à l'instar d'autres interviewés, met également en exergue deux motifs de recours aux marchés « de gré à gré » en raison de l'incertitude qui les entoure : le motif d' « *urgence impérieuse* », et celui de « *répétition de travaux ou de services similaires* ». Cette autorité contractante estime que « des précisions devraient être apportées, car la clarté de ces deux notions [urgence impérieuse et répétition de travaux ou de services similaires] est essentielle ». Si cet interviewé n'est pas certain de la solution la plus opportune pour apporter ces précisions, il souligne « l'utilité de la nomenclature CPV et du guide CPV envisagé depuis 2001, qui n'ont malheureusement jamais vu le jour et qui devraient être

¹¹¹⁵ À la question de savoir si, de manière générale, les hypothèses dans lesquelles ils peuvent mobiliser les « marchés de gré à gré » leur semblent claires, vingt-et-un sondés (2 AU, 1 OE et 18 AC) sur trente-quatre (3 AU, 2 OE, et 29 AC) répondent positivement. Seuls cinq sondés (1 OE et 4 AC) répondent par la négative, et huit (1 AU et 7 AC) répondent « *mitigé* ».

Deux de ces sondés ayant répondu négativement ou « *mitigé* » mettent en cause spécifiquement certains motifs de recours à ces marchés (2 AC). Il en est ainsi des prestations similaires et des raisons techniques.

¹¹¹⁶ 1 AC.

perpétuellement adaptés ». Une autre autorité contractante interviewée partage cet avis, en particulier en ce qui concerne le motif de répétition de travaux ou de services similaires :

« Les prestations similaires peuvent donner lieu à des dérives et suscitent des questions, notamment qu'est-ce qu'une prestation similaire (faut-il raisonner uniquement par rapport à l'objet du marché ?) ou en termes de montant maximum (est-il calculé via l'accord-cadre ou le marché de prestations similaires ? comment déterminer le montant estimé ?). [...] cela manque de clarté dans la directive, d'autant que la jurisprudence y relative est rare et porte plutôt sur des questions très techniques. »

Les réponses des sondés confirment l'opinion des interviewés sur ces deux motifs – l'« *urgence impérieuse* » et les prestations similaires. S'agissant du premier – l'« *urgence impérieuse* » –, vingt sondés¹¹¹⁷ sur trente-quatre¹¹¹⁸ indiquent que la définition de ce motif n'est pas assez précise ou qu'ils la mobilisent peu en pratique. Cinq sondés¹¹¹⁹ ne se prononcent pas¹¹²⁰, et seuls neuf¹¹²¹ répondent positivement à la question de savoir si la définition est précise et s'ils utilisent fréquemment ce motif. Les deux – la définition et la fréquence d'utilisation – sont d'ailleurs liés dans les précisions apportées par certains sondés. Ainsi, deux autorités contractantes soulignent que les difficultés de définition opérationnelle expliquent la rareté de son utilisation¹¹²², alors que deux autres autorités contractantes indiquent l'inverse¹¹²³. L'ambiguïté de ce motif mise en exergue par certains interviewés est donc majoritairement confirmée par les sondés. Il en est de même du motif portant sur les prestations similaires. Les trente-deux participants à l'enquête quantitative¹¹²⁴ étaient interrogés sur l'identification – aisée ou non – des marchés concernés par ce motif et, corrélativement, sur la notion de préciser les notions contenues dans ce motif. Les deux tiers des participants – soit vingt-deux sondés¹¹²⁵ – répondent positivement, trois¹¹²⁶ ajoutant

¹¹¹⁷ 2 OE et 18 AC.

¹¹¹⁸ 3 AU, 2 OE, et 29 AC.

¹¹¹⁹ 5 AC.

¹¹²⁰ Ils indiquent ne pas savoir (1 AC) ou répondent « *Mitigé* » (4 AC).

¹¹²¹ 3 AU et 6 AC.

¹¹²² 1) « *Pas de définition claire, donc frilosité des acheteurs à employer ce motif. Pour ma part je ne l'ai jamais utilisée en 18 ans de pratique* » ;

2) « *En pratique nous n'utilisons pas ce cas de recours qui paraît trop risqué du fait de son imprécision* ».

¹¹²³ 1) « *Bien définie et c'est précisément la raison pour laquelle je ne la mets pas en pratique* » ;

2) « *Oui il est suffisamment défini. Et comme l'interprétation est stricte j'y recours très rarement* ».

¹¹²⁴ 3 AU, 2 OE, et 27 AC.

¹¹²⁵ 3 AU et 19 AC.

¹¹²⁶ 3 AC.

expressément que des précisions devraient être apportées. Seuls trois sondés¹¹²⁷ répondent négativement, les sept autres ne se prononçant pas¹¹²⁸.

Une troisième autorité contractante ainsi qu'un opérateur économique interviewés semblent abonder en ce sens, en soulignant qu'il serait opportun de préciser ces deux motifs dans les textes. Ceci permettrait, selon cette troisième autorité contractante, de mettre fin « *à une forme d'auto-censure* » des autorités contractantes, l'interviewé soulignant qu'au sein de sa structure « *ils n'utilisent jamais le motif [de répétition de travaux ou de services similaires] faute d'en percevoir les contours* » et affirmant dans le même sens que l'« *urgence impérieuse* » constitue une « *notion très interprétative* ». Un opérateur économique souligne également que le motif de « *répétition de travaux ou de services similaires* » est fréquemment présent dans les documents du marché, mais qu'il n'a jamais eu connaissance de son activation. Il plaide pourtant en faveur d'une précision de ce motif, « *pour déterminer aisément si cela constitue une réelle voie d'obtention de nouveaux marchés sans soumission aux procédures de passation qui sont très lourdes* ».

Aucun interviewé n'émet toutefois de suggestion plus précise pour mettre fin à l'incertitude des motifs de recours aux marchés « de gré à gré » ou, tout du moins, pour limiter leur ambiguïté.

Seul un opérateur économique interviewé a une perception positive du motif reposant sur la « *répétition de travaux ou de services similaires* » : « *cette catégorie de marchés est opportune et suffisamment encadrée, car elle doit être prévue dans le marché initial et la définition du besoin* ». Il propose une seule modification : la suppression ou l'allongement du délai de trois ans entre le marché initial et le marché de prestations similaires, délai qu'il juge « *trop conservateur* ». En ce qui concerne le motif d'« *urgence impérieuse* », il n'émet pas de critique relative à son éventuelle imprécision, faute de pratique suffisante en la matière. En effet, ce motif est rarement mobilisé dans son domaine d'activité, d'où le fait « *qu'il n'a jamais été convaincu par ce motif dans son secteur* ».

Une autorité contractante interviewée évoque un autre motif de recours aux marchés « de gré à gré » qui lui semble problématique : les marchés de fournitures complémentaires. Procédant à une comparaison entre ce motif et celui de la « *répétition de travaux ou de services*

¹¹²⁷ 1 OE et 2 AC.

¹¹²⁸ 3 autorités contractantes répondent qu'elles ne savent pas, tandis qu'un opérateur économique et trois autres autorités contractantes répondent « *mitigé* » sans davantage d'explication.

similaires », cet interviewé estime que « [l]es différences de mobilisation des deux types de contrats sont difficilement justifiables ». Il met en exergue deux différences essentielles :

« D’abord, le marché à prestations similaires doit être indiqué dans l’avis de publicité, ce qui n’est pas le cas du marché de fournitures complémentaires. De même, le marché à prestations similaire doit être conclu dans un délai de trois années à compter de la passation de l’accord-cadre alors que le marché de fournitures complémentaires peut être conclu sans contrainte de temps ».

L’inadéquation partielle des motifs de recours aux marchés « de gré à gré ». Deux interviewés – un opérateur économique et une autorité contractante – soulignent rencontrer des difficultés étrangères à l’incertitude des motifs de recours. Ils soulignent que les motifs actuels de recours aux marchés « de gré à gré » ne sont pas opérants pour l’ensemble des situations où l’absence de publicité et de mise en concurrence serait justifiée, ce qui est susceptible de nuire à l’efficacité de la commande publique.

Un opérateur économique affirme que même si « *plusieurs motifs actuels sont adaptés, comme les raisons techniques ou les droits de propriété intellectuelle* », une adéquation insuffisante apparaît pour les nouvelles technologies. Il estime qu’il est important, pour ce cas de figure, de « *pérenniser les investissements passés pour mieux gérer les deniers publics sur le long terme* ». Il en conclut qu’il faudrait modifier les motifs actuels de recours aux marchés « de gré à gré », afin de mieux prendre en compte les nouvelles technologies et de permettre plus aisément de recourir à cette procédure dans l’objectif d’optimisation des investissements.

Une autorité contractante dresse le même constat, mais pour une situation plus générale et non propre aux nouvelles technologies : celle de circonstances particulières où l’absence de publicité et de mise en concurrence permettrait d’optimiser tant les ressources que la rapidité de réalisation de prestations urgentes.

Une volonté d’assouplissement conditionné. Dans la continuité de l’inadéquation de l’encadrement actuel du recours aux marchés « de gré à gré », trois interviewés sur six – deux autorités contractantes et un opérateur économique – appellent de leurs vœux un assouplissement de cet encadrement tout en alertant sur les risques d’une telle opération. Les réponses des trente-trois sondés¹¹²⁹ confortent ce constat. À la question de savoir s’il faudrait élargir les motifs de recours aux marchés « de gré à gré », la moitié – soit dix-sept

¹¹²⁹ 2 AU, 2 OE, et 29 AC.

sondés¹¹³⁰ sur trente-trois – répond positivement, et cinq¹¹³¹ sondés répondent « *peut-être* ». Une partie de ces vingt-deux sondés restreint toutefois cet élargissement¹¹³², semblant ainsi estimer qu'un encadrement doit demeurer pour éviter d'éventuels abus. Huit sondés¹¹³³ répondent en revanche négativement, dont l'un mettant en exergue les dévoiements actuels des motifs de recours aux marchés « de gré à gré »¹¹³⁴, et les trois derniers sondés indiquent ne pas savoir¹¹³⁵.

Deux des interviewés sont favorables à l'élargissement des motifs de recours aux marchés « de gré à gré ». Les deux suggestions semblent convergentes, même si le degré de précision de celles-ci diffère. Un opérateur économique émet une proposition générale, consistant à « *revoir l'équilibre entre égalité d'accès et performance / efficacité* », notamment en assouplissant la négociation ou les marchés de gré à gré. Une autorité contractante suggère plus précisément de créer « *une hypothèse de marché de gré à gré "par opportunité"* », même si elle reconnaît que le terme d'« *opportunité* » « *est certainement problématique* ». Cet interviewé complète en indiquant qu'il s'agirait de permettre les marchés « de gré à gré » justifiés par l'« *intérêt général* », « *l'intérêt commun (efficacité de la commande publique, bonne utilisation des deniers publics)* ». Il s'agit des cas dans lesquels la publicité et la mise en concurrence généreraient notamment une perte de temps et de ressources, voire perturberaient un service public. Cette autorité contractante accompagne cette proposition de conditions à réunir pour que ce nouveau motif soit applicable : « *le caractère exceptionnel de cette situation* », le fait « *que la mise en œuvre des procédures de mise en concurrence ne permet[te] pas de profiter de l'opportunité* », « *la réalité du gain opéré, à la fois en terme financier et en termes de service public* », ainsi que « *l'impossibilité de réaliser le même gain dans une situation normale* ».

¹¹³⁰ 1 OE et 16 AC.

¹¹³¹ 1 AU et 4 AC.

¹¹³² Certaines autorités contractantes sondées évoquent « [l]es situations de monopole de fait », « les fournitures et services notamment et ne pas limiter le cas des fournitures et livraisons complémentaires à 3 ans », « de manière sectorielle (denrées alimentaires par exemple) », les situations techniques qui ne concordent pas nécessairement avec les motifs actuels d'ouverture, ou « en cas de défaillance du titulaire non fautive (redressement, liquidation, décès, incapacité permanente) ».

Dans le même sens, une autorité contractante suggère qu'un élargissement semble nécessaire de manière générale, et qu'il pourrait être appliqué aux achats alimentaires (« *Les exceptions finissent par se multiplier : travaux et innovation à moins de 100K, livres à moins de 90K... C'est sans doute qu'il y a une raison ou des raisons entendables. Il faut donc s'interroger sur cette pression à parfois vouloir sortir du droit commun. Voir le sujet des achats alimentaires...* »).

¹¹³³ 1 AU, 1 OE, et 6 AC.

¹¹³⁴ « *Les motifs sont déjà déformés et mal employés. Inutile d'en rajouter...* » (1 OE).

¹¹³⁵ 3 AC.

Le troisième interviewé – une autorité contractante – ayant émis des propositions de modification évoque non pas les motifs de recours aux marchés « de gré à gré », mais les seuils de ces marchés. Il souligne qu’ « *il y a une demande politique d’ouverture de cette procédure avec des seuils importants* », mais alerte sur « *le risque de nombreuses dérives* ». Il propose à cet égard un encadrement : « *il faudrait rendre obligatoires avec sanction les données essentielles pour ce type de marchés afin de pouvoir réaliser un contrôle a posteriori* ».

La synthèse. La nature perfectible des conditions de recours aux marchés « de gré à gré » fait consensus au sein des opérateurs économiques et autorités contractantes interrogés sur ce sujet. Une grande partie des enquêtés souligne également les risques de dévoiement en cas d’assouplissement des conditions de recours aux marchés « de gré à gré », assouplissement appelé de leurs vœux par certains. Le consensus est toutefois limité, aucune proposition précise d’amélioration n’étant commune à l’ensemble des enquêtés.

THEMATIQUE N° 5 : LE CHOIX DU COCONTRACTANT

Le déroulement des enquêtes. Les nombreux enquêtés¹¹³⁶ ayant sélectionné cette thématique pouvaient être interrogés à propos du *sourcing* (§I.), de la sélection des candidats (§II.) et / ou de l’attribution et de l’analyse des offres (§III.).

§I. L’intérêt prédominant pour le *sourcing*

L’intérêt majeur du sujet. Le *sourcing* se présente comme un sujet de préoccupation majeure des enquêtés puisque sur les 20 interviewés au total, 11 ont choisi de l’évoquer, soit plus de 50% d’entre eux. Les sondés sont également nombreux – environ 30 – à avoir répondu aux différents questionnaires relatifs au *sourcing*. Il ressort de ces enquêtes une perception ambivalente du *sourcing* : bien que plébiscitée par les praticiens (A.), cette pratique n’en suscite pas moins une certaine crainte pour l’ensemble des parties prenantes (B.).

¹¹³⁶ 17 interviewés et environ 30 sondés.

A. Une pratique plébiscitée par les praticiens

L'identification malaisée du *sourcing*. Dans leur grande majorité, les interviewés, qu'ils soient autorités contractantes, opérateurs économiques ou avocats, éprouvent des difficultés à identifier précisément les contours du *sourcing*, compte tenu des pratiques très hétérogènes des acheteurs publics. À cet égard, 2 autorités contractantes concèdent elles-mêmes développer « *leur propre doctrine d'utilisation* » ou organiser le *sourcing* tantôt de façon informelle, par exemple au moyen de webinaires, tantôt de façon plus formelle et ponctuelle à travers une préconsultation. L'une d'elles met en exergue une évolution dans le temps de la pratique du *sourcing* : « [l]e *sourcing* a évolué d'une logique de dialogue souple à un dialogue encadré, anonymisé et limité ».

Un avocat interviewé constate, pour sa part, que si certaines collectivités publiques recourent au *sourcing* depuis longtemps et de manière systématique, d'autres sont plus rétives malgré la forte attente des opérateurs économiques. Dans le même sens, 1 autorité contractante sondée souligne que le « *sourcing a toujours existé, mais via les services prescripteurs* » de sorte que sa promotion « *a juste permis la reconnaissance du métier d'acheteur et permis son repositionnement au sein des services chargés de la passation des marchés publics* ».

Les bénéfices incontestés du *sourcing*. Les enquêtés ont cependant une perception extrêmement positive du *sourcing*, ainsi que le résume parfaitement un opérateur économique interviewé :

« *Le sourcing, lorsqu'il est organisé de manière intelligente et dans le respect des principes fondamentaux, ne présente que des avantages. Il s'agit d'un outil d'amélioration de l'achat public qui permet à l'acheteur de rendre son besoin adhérent au marché, de bien penser en amont son dossier de consultation des entreprises et ses critères d'attribution. Le dispositif est d'autant plus intéressant en l'absence de négociation* ».

Les interviewés saluent ainsi à l'unanimité la promotion du *sourcing* par le législateur européen, qui représente, selon 1 avocat, une véritable « *révolution copernicienne* » permettant d'appréhender l'achat public non plus comme un « *acte unilatéral de l'administration* », mais comme un « *acte de co-construction du besoin* ». Ces résultats sont confortés par les épithètes mélioratives employées par certains sondés pour évoquer le *sourcing* ; celui-ci étant tantôt

qualifié de « *primordial* »¹¹³⁷, tantôt envisagé comme une « *bonne pratique* »¹¹³⁸ ou comme un « *préalable quasi-obligatoire* »¹¹³⁹ à l'achat.

Dans le détail, les enquêtes mettent en exergue de nombreux bénéfices du *sourcing*, spécialement dans les domaines techniques comme l'informatique¹¹⁴⁰ ou le développement durable¹¹⁴¹. Selon 1 opérateur économique interviewé, cette pratique « *essentielle* » offre à l'acheteur public la faculté de mieux définir son besoin, et ce en adéquation avec le marché économique¹¹⁴². Dans le même sens, 1 autorité contractante sondée souligne qu'en l'absence de *sourcing*, « *la définition du besoin serait [...] totalement abstraite* », c'est-à-dire déconnectée des « *capacités réelles et les solutions techniques des entreprises du secteur* ». En contrepartie, cette technique permet aux opérateurs économiques de mieux adapter leur réponse et, ce faisant d'éviter des procédures infructueuses¹¹⁴³. Selon 1 avocat interviewé, le *sourcing* présente, de surcroît, l'avantage d'introduire une forme d'*intuitu personae* dans la passation des marchés publics, c'est-à-dire qu'il permet d'instaurer une relation commerciale forte entre l'acheteur et ses fournisseurs, laquelle a des retombées positives au stade de l'exécution notamment dans des domaines comme la fourniture de matériel médical. Les avantages mis en avant par les enquêtes, en particulier par 1 opérateur économique interviewé, sont également d'ordre financier puisque le *sourcing* est présenté comme un moyen « *propre à stimuler la concurrence* » et, ce faisant, à favoriser la maîtrise des coûts.

En dépit des avantages qui lui sont associés, le *sourcing* suscite une indéniable crainte des praticiens, tant chez les autorités contractantes que chez les opérateurs économiques.

B. Une pratique risquée

Les risques indiscutables du *sourcing*. Les enquêtes mettent en avant les risques inhérents au *sourcing*, identifiés à l'unanimité par les interviewés et par une partie des sondés, cependant plus nuancés. En effet, ces derniers apparaissent partagés autour de la question de savoir s'il existe une contradiction entre la promotion du *sourcing* par le législateur européen

¹¹³⁷ 1 AC.

¹¹³⁸ 1 AC.

¹¹³⁹ 1 AC.

¹¹⁴⁰ 1 AV.

¹¹⁴¹ 1 OE.

¹¹⁴² 1 AC et 1 AV.

¹¹⁴³ 1 AC.

et les risques juridiques que cette pratique fait courir aux acheteurs. Si pour 13¹¹⁴⁴ des 29 sondés (soit 44,82 %) ces tendances n'ont rien de contradictoire, pour 7¹¹⁴⁵ d'entre eux (soit 24,13 %) elles sont difficilement conciliables et pour les 9¹¹⁴⁶ restants (soit 31,03 %), il est difficile d'être catégorique.

Lorsqu'ils jugent cette pratique problématique, les enquêtés identifient des risques de plusieurs ordres. Un risque pénal d'abord, lié au délit de favoritisme et au recel de délit de favoritisme, soulevé par 1 autorité contractante et 2 opérateurs économiques interviewés. Le deuxième risque est contentieux¹¹⁴⁷, il vise l'hypothèse d'une annulation de la procédure de passation au moyen d'un référé précontractuel ou d'un recours au fond, au motif d'une rupture d'égalité de traitement¹¹⁴⁸ ou de l'absence d'exclusion d'un candidat dont la participation au *sourcing* aurait induit une distorsion de la concurrence à laquelle il ne peut être remédié¹¹⁴⁹. Plus précisément, 1 autorité contractante interviewée fait part de son malaise quant à l'organisation concrète du *sourcing* : elle se demande si elle doit consulter toutes les entreprises d'un secteur déterminé, selon quelles modalités doit-elle organiser cette consultation et, *in fine*, comment se prémunir d'une rupture d'égalité de traitement entre les opérateurs économiques lorsque certains sont plus prolixes que d'autres. L'ensemble de ces questionnements conduit 2 autorités contractantes à s'autocensurer en refusant de faire du *sourcing* ou, à tout le moins, à l'organiser dans un cadre très contraint qui n'est pourtant pas imposé par le droit positif. Une autre autorité contractante souligne à cet égard :

« La pire hypothèse est celle dans laquelle le sourcing permet de réaliser que le secteur ne répond pas, ou du moins, pas complètement au besoin sans qu'il soit possible de savoir s'il est légal de contracter avec d'autres entreprises ou comment procéder le cas échéant ».

Pour leur part, les opérateurs économiques évoquent une certaine frilosité des opérationnels à participer au *sourcing* eu égard aux risques, notamment financiers en cas d'annulation de la procédure, que cette pratique fait courir aux entreprises. L'un d'eux va jusqu'à affirmer qu'il n'a « rien à y gagner », d'autant moins compte tenu du dernier risque

¹¹⁴⁴ 12 AC et 1 AV.

¹¹⁴⁵ 7 AC.

¹¹⁴⁶ 6 AC et 1 OE.

¹¹⁴⁷ 2 AC et 2 OE.

¹¹⁴⁸ En ce sens, 3 AC sondées évoquent ce risque de « rupture d'égalité de traitement ».

¹¹⁴⁹ Dir. 2014/24/UE, art. 57 §4 f).

identifié : est celui d'une divulgation d'informations sensibles, particulièrement critique pour les opérateurs économiques¹¹⁵⁰.

La diversité des remèdes. Les enquêtés, qui s'accordent généralement sur le diagnostic, sont en revanche plus divisés en ce qui concerne les remèdes. Sur ce point, deux grandes tendances se dessinent parmi les interviewés. La première consiste à imputer ces difficultés à « *un manque de clarté juridique* »¹¹⁵¹, au caractère « *lacunaire des règles* », ¹¹⁵² perçues comme insuffisamment sécurisantes. Pour ces 2 autorités contractantes et ces 3 opérateurs économiques, le législateur européen serait bien avisé d'édicter des lignes directrices propres à sécuriser la mise en œuvre du *sourcing*, lesquelles pourraient trouver leur place dans le préambule de la prochaine *directive*. Un autre opérateur économique va plus loin en affirmant que le *sourcing* devrait être rendu obligatoire au-delà de certains seuils ou d'un certain degré de complexité de l'achat.

La seconde tendance, partagée par 3 autorités contractantes, 3 opérateurs économiques et 1 avocat, consiste à affirmer que les problématiques liées au *sourcing* sont moins dues au cadre juridique qu'à des causes matérielles, qu'il s'agisse des moyens financiers, du temps qu'il demande, de la complexité de sa mise en œuvre ou encore de la « *sensibilisation et de la formation insuffisantes des acheteurs publics* ». La plupart des interviewés qui s'inscrivent dans cette logique estiment l'état du droit satisfaisant et ne souhaitent pas de modification du cadre juridique du *sourcing*¹¹⁵³, ou seulement par des instruments de droit souple tels qu'un modèle d'accord de confidentialité établi par la DAJ de Bercy¹¹⁵⁴. Un opérateur économique suggère également d'encourager le *sourcing* en reconnaissant qu'il s'agit d'une « *prestation à part entière dument rémunérée* ». Les sondées s'inscrivent plutôt dans cette dernière tendance, sans qu'une majorité se dégage véritablement de l'enquête quantitative. En effet, à la question de savoir s'il faudrait davantage encadrer juridiquement le *sourcing*, 4¹¹⁵⁵ des 28 sondés sont mitigés, 11¹¹⁵⁶ répondent par la positive et 13¹¹⁵⁷ par la négative. Pour s'en justifier, ces derniers expliquent que le *sourcing* effectué par un « *acheteur bien formé* » présente des risques limités¹¹⁵⁸, que les difficultés posées par ce dispositif seraient davantage imputables à une

¹¹⁵⁰ 3 OE et 1 AV.

¹¹⁵¹ 1 AC.

¹¹⁵² 1 AC.

¹¹⁵³ 1 AC, 1 OE et 1 AV.

¹¹⁵⁴ 1 AC, 1 OE.

¹¹⁵⁵ 4 AC.

¹¹⁵⁶ 9 AC et 2 OE.

¹¹⁵⁷ 12 AC et 1 AV.

¹¹⁵⁸ 2 AC.

« *mauvaise compréhension* » des acheteurs¹¹⁵⁹, mais encore qu'un encadrement juridique supplémentaire alourdirait la procédure¹¹⁶⁰, lorsqu'il ne serait pas tout simplement « *inopérant et improductif* »¹¹⁶¹.

Après avoir évoqué le *sourcing*, les enquêtés étaient invités à s'exprimer sur la phase de sélection des candidats.

§II. La complexité de la sélection des candidats

L'intérêt incontestable pour cette thématique. La sélection des candidats a suscité un indéniable intérêt des enquêtés puisque 50% (soit 10 sur 20) des interviewés et entre 20 et 30 des sondés ont choisi de répondre aux questionnaires relatifs à ce sujet. Après avoir formulé des critiques générales relatives au système d'exclusion (A.) et les difficultés relatives à la sélection des candidats, ces derniers ont soulevé plusieurs pistes d'amélioration (B.) et ont mis en lumière les difficultés relatives à la sélection des candidats (C.).

A. Les critiques fondamentales du système d'exclusion

Un système jugé inefficace. Une majorité des sondés, soit 51,61 % (16 sur 31), estime que les motifs d'exclusion ne sont pas des dispositifs efficaces pour garantir l'intégrité dans la commande publique, tandis que seulement 22,58 % (7 sur 31) soutiennent la position contraire et que 25,80 % (8 sur 31) sont mitigés. Une première explication pourrait résider dans le nombre des motifs d'exclusion. Cette hypothèse n'est confirmée ni par l'enquête qualitative ni par les sondages. En effet, la plupart des interviewés ne jugent pas excessif le nombre de motifs d'exclusion¹¹⁶², tout en concédant cependant que leur multiplication au niveau interne accentue les difficultés de mise en œuvre, sinon la confusion, et qu'elle n'est évidemment pas dans l'intérêt des opérateurs économiques. Aussi, 2 opérateurs économiques interviewés souhaiteraient que la liste des motifs d'exclusion arrêtée par le législateur européen soit strictement limitative de sorte que les États membres ne pourraient pas la compléter. Pour leur part, les sondés sont extrêmement divisés puisque sur les 25 sondés, 10¹¹⁶³ jugent excessif le

¹¹⁵⁹ 1 AC.

¹¹⁶⁰ 1 AC

¹¹⁶¹ 1 AC.

¹¹⁶² 1 AC et 3 OE.

¹¹⁶³ 10 AC.

nombre de motifs d'exclusion, 8¹¹⁶⁴ n'estiment pas ces motifs trop nombreux, tandis que les 7¹¹⁶⁵ autres sont partagés.

En réalité, les interviews et les commentaires des sondages mettent au jour deux causes explicatives à ce désaveu majoritaire du système : le défaut d'information et le caractère discrétionnaire du système.

Le défaut d'accès à l'information. Les 10 interviewés interrogés sur les motifs d'exclusion et l'auto-réhabilitation des candidats mettent en exergue une problématique commune : celle de l'accès à l'information pour les autorités contractantes¹¹⁶⁶ et celle de la constitution des dossiers de candidatures pour les opérateurs économiques¹¹⁶⁷. Les commentaires des autorités contractantes sondées confortent cette impression. Elles sont nombreuses à évoquer un « *contrôle impossible* »¹¹⁶⁸, la difficulté d'obtenir les « *justificatifs nécessaires* »¹¹⁶⁹, l'impossibilité de procéder à des « *vérifications effectives* »¹¹⁷⁰ ou de s'assurer « *que le candidat ne ment pas* »¹¹⁷¹ faute d'information en amont de l'administration¹¹⁷². Un sondé résume parfaitement :

*Le système n'est pas efficace « car l'acheteur se contente d'attestations sur l'honneur pour admettre la candidature. Il ne peut pas contrôler réellement la multitude des motifs d'exclusions de l'entreprise. Il n'en a ni le temps ni les moyens. Il semble que l'on demande aux acheteurs de s'assurer du respect des procédures qui concernent d'autres administrations (fisc, sécurité sociale, institutions judiciaires...) »*¹¹⁷³.

Sur ce point, les enquêtés constatent presque unanimement que le DUME se présente comme un outil de simplification qui a manqué sa cible, tant pour les acheteurs publics que pour les opérateurs économiques. En ce sens, 1 autorité contractante interviewée explique qu'elle n'utilise pas le DUME eu égard à sa grande complexité et sa lourdeur. C'est pour cette

¹¹⁶⁴ 6 AC, 1 OE et 1 AV.

¹¹⁶⁵ 7 AC.

¹¹⁶⁶ 2 AC.

¹¹⁶⁷ 1 OE et 1 AV.

¹¹⁶⁸ 2 AC.

¹¹⁶⁹ 1 AC.

¹¹⁷⁰ 1 AC.

¹¹⁷¹ 1 AC.

¹¹⁷² 1 AC.

¹¹⁷³ 1 AC.

même raison, ainsi que son manque de souplesse, qu'un avocat confesse ne pas savoir l'employer. Dans le même sens, 1 opérateur économique se montre particulièrement critique :

« Personne ne comprend le DUME qui est trop complexe. Il est surréaliste de constater que des personnes ayant suivi des formations pour remplir le DUME ne sachent pas l'utiliser ou le remplir dans son intégralité. Le DUME est un échec, un exemple de l'inadéquation entre le besoin identifié à l'échelle européenne et la pratique des entreprises. Il faudrait en supprimer l'usage ».

Ce consensus est confirmé par les résultats de l'enquête quantitative. À la question de savoir si le DUME a simplifié la procédure de passation des marchés publics, une écrasante majorité des sondés, soit 13 sur 18¹¹⁷⁴, répond négativement, contre seulement 1¹¹⁷⁵ qui répond positivement et 4¹¹⁷⁶ qui sont partagés. Dans leurs commentaires, les sondés expliquent la mauvaise diffusion de ce fascicule à l'aune des mêmes arguments que les interviewés, à savoir la longueur, la lourdeur et la grande complexité de ce document¹¹⁷⁷, qualifié d'« illisible » par 1 autorité contractante¹¹⁷⁸.

Le caractère discrétionnaire du système. Les enquêtés ont une perception très variable de la marge d'appréciation laissée par les directives européennes à l'autorité contractante dans la mise en œuvre des motifs d'exclusion facultatifs et l'appréciation des mesures d'auto-réhabilitation, ce dont témoignent parfaitement les résultats de l'enquête quantitative. En effet, 38,46 % des sondés (soit 10 sur 26)¹¹⁷⁹ – appartenant tous à la catégorie des autorités contractantes – estiment que ces motifs laissent une marge d'appréciation trop étendue aux autorités contractantes, contre 42,30 % (soit 11 sur 26)¹¹⁸⁰ qui soutiennent la position contraire et 19,23 % qui sont mitigés (soit 5 sur 24)¹¹⁸¹. À rebours, les interviewés, soit 2 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques, se montrent majoritairement inquiets de cette latitude laissée à l'autorité contractante s'agissant des motifs d'exclusion facultatifs et de l'appréciation des mesures d'auto-réhabilitation. Ce caractère discrétionnaire aurait un « effet dissuasif » pour les entreprises, selon les termes employés par 1 opérateur économique, tout en suscitant de nombreuses interrogations pratiques d'une autorité contractante. En ce sens

¹¹⁷⁴ 12 AC et 1 OE.

¹¹⁷⁵ 1 AC.

¹¹⁷⁶ 4 AC.

¹¹⁷⁷ 4 AC.

¹¹⁷⁸ 1 AC.

¹¹⁷⁹ 10 AC.

¹¹⁸⁰ 10 AC et 1 AV.

¹¹⁸¹ 4 AC et 1 OE.

également, 1 opérateur économique interviewé souligne que, selon lui, la problématique principale réside dans la différence de régimes entre les motifs d'exclusion facultatifs et obligatoires. Plus précisément, s'il est évident que l'appel d'une décision de justice non définitive permet d'échapper à un motif obligatoire d'exclusion, rien n'est moins sûr en ce qui concerne les motifs facultatifs d'exclusion. Aussi, le législateur européen pourrait préciser si la saisine d'un juge aux fins de contester la décision d'une autorité contractante, par exemple celle de résilier le contrat aux torts du cocontractant, permet d'être exempté d'exclusion.

Les motifs les plus discutés. Certains motifs facultatifs prêtent particulièrement le flanc à la critique, à l'image du conflit d'intérêts¹¹⁸². Une autorité contractante interviewée exprime son malaise dans la mise en œuvre de ce motif d'exclusion facultatif. Elle souligne qu'en pratique la solution consistant à ne pas exclure un candidat suspecté d'être dans une situation de risque de conflits d'intérêts est moins risquée sur le plan contentieux que celle qui consiste à l'exclure. Dans le même ordre d'idées, 1 autorité contractante sondée appelle de ses vœux une codification de la jurisprudence relative à ce motif, tandis qu'une autre interviewée constate :

« L'exclusion du candidat n'est pas prononcée lorsque le conflit d'intérêts n'est pas avéré. Le système actuel est troublant pour l'acheteur public qui a le sentiment de pouvoir s'appuyer sur un grand nombre de règles, mais qui dispose, en réalité, d'une marge de manœuvre très faible ».

Un autre motif concentre les critiques des opérateurs économiques interviewés : celui tiré d'« une faute professionnelle grave » de l'opérateur économique remettant en cause son « intégrité »¹¹⁸³. Selon 1 opérateur économique, ce motif laisse une latitude trop importante aux acheteurs qui sont tentés d'en « abuser afin de se prémunir de reproches d'un concurrent évincé, par exemple dans l'hypothèse de retards d'exécution qui ne sont pas forcément imputables à une faute du titulaire, mais donnent lieu à des pénalités ». Cet opérateur économique suggère que le législateur européen rédige, par exemple dans le préambule des directives, des conseils relatifs à l'utilisation de cette exclusion pour permettre aux autorités contractantes de déterminer dans quels cas « limitatifs » elle doit être mise en œuvre.

¹¹⁸² Dir. 2014/24, art. 57, §4 e).

¹¹⁸³ *Ibid.*, art. 57 §4 c).

Enfin, 4 enquêtés se divisent à propos du motif tiré « *des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique* » dans l'exécution d'un précédent contrat¹¹⁸⁴. En effet, 1 opérateur économique interviewé estime que la transposition française de ce motif pêche par sa « *trop grande sévérité* », tandis qu'un autre qualifie ce motif de « *légitime* » tout en reconnaissant néanmoins que cette donnée est « *subjective et potentiellement dangereuse* ». Pour sa part, 1 autorité contractante interviewée souhaiterait qu'une réflexion soit menée au niveau européen sur l'extension de ce motif aux hypothèses dans lesquelles l'opérateur économique n'a pas donné satisfaction dans l'exécution d'un précédent contrat, et ce même en l'absence de résiliation, soit sous forme d'un motif d'exclusion, soit en tant que critère d'attribution. Elle est rejointe, en cela, par 1 avocat sondé qui appelle de ses vœux un assouplissement dans la mise en œuvre de ce motif.

Ce bilan, plutôt sévère, de l'efficacité du système d'exclusion des candidats, est cependant complété par diverses propositions des enquêtés.

B. Les pistes d'amélioration du système

L'objectivation du système. Pour remédier au caractère discrétionnaire du système, 4 interviewés¹¹⁸⁵ appellent de leurs vœux un système « *objectif* » d'exclusion facultative. Dans le prolongement de cette idée, plusieurs d'entre eux émettent le vœu d'une objectivation du système d'auto-réhabilitation qui consisterait à faire constater par un juge ou une autorité administrative que les mesures prises sont suffisantes, spécialement en matière de conflit d'intérêts¹¹⁸⁶.

La centralisation souhaitée des informations. Une manière d'objectiver le système serait d'investir un organe du pouvoir de constater et / ou de centraliser, au niveau européen, les informations relatives aux opérateurs économiques (motifs d'exclusion et mesures d'auto-réhabilitation). Interrogés sur le caractère opportun d'une telle proposition, de nombreux interviewés, soit 3 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques, l'accueillent positivement, à l'exception d'un avocat qui souligne le caractère infamant d'un tel système, le

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, art. 57 §4, g).

¹¹⁸⁵ 2 AC et 2 OE.

¹¹⁸⁶ 1 AC et 1 OE.

risque d'une confusion entre la maison-mère et ses filiales ou encore le danger de fausser l'analyse des offres.

Au-delà de cet apparent consensus, le système privilégié diffère selon la qualité de l'enquête. En effet, 2 autorités contractantes suggèrent de s'inspirer du modèle italien dans lequel les services centraux de l'État¹¹⁸⁷ établissent un registre – une sorte de « *liste blanche* » – répertoriant les opérateurs économiques qui ne sont pas visés par un motif d'exclusion ou qui ont pris des mesures suffisantes d'auto-réhabilitation. En ce sens également, 1 autorité contractante sondée appelle spontanément de ses vœux la mise en place d'une « *base de données permettant de vérifier l'information* », tandis qu'une autre invite, de manière plus radicale, le législateur européen à supprimer les motifs d'exclusion. À rebours, 2 opérateurs économiques interviewés plaident plutôt pour le retour de la règle du « *dites-le-nous une fois* » qui présenterait l'avantage d'alléger les lourdeurs administratives inhérentes à la constitution des dossiers de candidatures.

Au-delà de la sélection « *négative* » des candidats, à savoir leur exclusion, celle-ci passe également par une phase d'analyse de leurs capacités qui n'est pas sans susciter certaines difficultés pour les enquêtés interrogés.

C) La délicate sélection des candidats

Les difficultés posées par l'analyse des capacités des candidats. La question de savoir si l'analyse des capacités des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique pose des problématiques particulières divise manifestement les sondés. En effet, sur les 31 réponses obtenues, 13 sont positives¹¹⁸⁸, 13 sont négatives¹¹⁸⁹ et 5 sont mitigées¹¹⁹⁰. Les seuls interviewés à avoir évoqué ce sujet, en l'occurrence 2 autorités contractantes soulignent, quant à elles, la grande difficulté qu'elles éprouvent à trouver l'« *équilibre* » entre le risque encouru par l'acheteur public et l'analyse concrète des candidatures.

¹¹⁸⁷ En Italie, les entreprises sont tenues de transmettre aux préfectures, puis au ministère de la Justice, de nombreuses informations (numéros fiscaux, cotisations sociales, informations personnelles relatives aux dirigeants etc.) afin de figurer sur une « liste blanche ».

¹¹⁸⁸ 12 AC et 1 OE.

¹¹⁸⁹ 12 AC et 1 OE.

¹¹⁹⁰ 4 AC et 1 AU.

Pourtant, au-delà de cet apparent dissensus, les commentaires des sondés et des interviewés vont dans le même sens : l'analyse des capacités des candidats, spécialement financières, pose des problèmes de plusieurs ordres. Ces difficultés sont d'abord matérielles tant cet exercice demande du temps, des moyens et une véritable expertise, ainsi que le fait valoir une autorité contractante interviewée¹¹⁹¹. Ces difficultés sont également d'ordre méthodologique en ce que le droit positif ne prévoit pas de lignes claires pour fixer les bons niveaux de capacités, conduisant ainsi certaines autorités contractantes à transposer les mêmes modèles sans adaptation d'un contrat à l'autre. Selon 1 opérateur économique sondé, cette analyse pêche également parce qu'elle se base sur « *des éléments financiers obsolètes* ». Enfin, ces difficultés sont parfois strictement juridiques. Selon 1 autorité contractante sondée la fixation, par le droit positif, des moyens de preuve « *limite l'analyse de leurs capacités* »¹¹⁹² de sorte qu'il est malaisé, selon 1 autre sondé relevant de la même catégorie, de trouver « *la base juridique* » pour exiger certains documents dans l'arrêté candidature de 2019¹¹⁹³ qui transpose la liste des renseignements et documents pouvant être demandés aux candidats à un marché public fixée par l'annexe XII de la *directive 2014/24*. Enfin, plusieurs autorités contractantes mettent en avant le caractère problématique de l'interdiction de rejet pour défaut de références similaires. En ce sens, 1 autorité contractante sondée résume ces difficultés :

« L'analyse des capacités des candidats pose des difficultés réelles puisqu'il n'est pas possible, fort logiquement, d'écarter une jeune entreprise sur le seul motif que l'on ne dispose pas de son chiffre d'affaires sur trois ans ou d'une liste de références. Les moyens généraux des grandes entreprises analysés au stade de la candidature sont également trompeurs puisqu'ils ne reflètent pas ceux qui concernent directement l'acheteur par leur activité précise ou leur secteur géographique. De fait il est rare d'écarter la candidature d'une entreprise dans les procédures ouvertes ».

L'attribution d'un contrat de la commande publique se déroule, on le sait, en deux phases. Aussi, pour avoir un aperçu fidèle de la pratique, il était nécessaire d'interroger les enquêtés sur la phase d'attribution.

¹¹⁹¹ 1 AC.

¹¹⁹² 1 AC

¹¹⁹³ Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

§III. L'intérêt variable pour les critères d'attribution et les offres

L'intérêt variable des enquêtés. Les enquêtés ont manifesté un intérêt plus variable pour les critères d'attribution (A.) et l'analyse des offres (B.), puisqu'ils sont respectivement 5 interviewés et environ 20 sondés à avoir répondu aux questions relatives à ces sujets.

A. La transparence des critères d'attribution

La publicité discutée de la méthode de notation. Les sondés, invités à se prononcer sur l'opportunité d'étendre l'obligation de publication des critères d'attribution à la méthode de notation employée par les autorités contractantes, apparaissent une nouvelle fois particulièrement divisés. En effet, on observe une proportion égale de réponses positives (11 sur 26)¹¹⁹⁴ que de réponses négatives (11 sur 26)¹¹⁹⁵ et, une petite minorité de réponses mitigées (4 sur 26)¹¹⁹⁶. Parmi les sondés favorables à cette publicité se trouvent 1 opérateur économique et 1 avocat ainsi que 9 autorités contractantes, dont 1 qui estime que cela permettrait une « *totale transparence* ». Au sein des 11 sondés défavorables à cette mesure, certains s'appuient sur la « *marge de manœuvre* » nécessaire aux autorités contractantes, tandis qu'une position de compromis est envisagée par 1 autorité contractante mitigée : imposer l'élaboration de la méthode en amont, sans nécessairement la soumettre à publication.

Le rapprochement consensuel des régimes d'attribution. Dans leur grande majorité, les enquêtés ont une perception positive du rapprochement opéré par le législateur européen en ce qui concerne le régime d'attribution des concessions et des marchés publics, ce dont témoignent parfaitement les résultats de l'enquête quantitative. En effet, interrogés sur le caractère opportun de ce rapprochement – tant en ce qui concerne la sélection que l'attribution –, aucun sondé n'a répondu par la négative tandis qu'une écrasante majorité (14 sur 25)¹¹⁹⁷ a répondu par la positive et une minorité (11 sur 25)¹¹⁹⁸ s'est dit mitigée. Ces résultats sont éclairés par les quelques commentaires des sondés qui perçoivent dans ce rapprochement, qualifié par certains d' « *harmonisation* », un facteur de « *sécurité juridique* »¹¹⁹⁹ ou de « *simplification* »¹²⁰⁰. Plus précisément, les sondés voient d'un bon œil l'obligation de publicité

¹¹⁹⁴ 9 AC, 1 OE et 1 AV.

¹¹⁹⁵ 11 AC.

¹¹⁹⁶ 4 AC.

¹¹⁹⁷ 13 AC et 1 AV.

¹¹⁹⁸ 10 AC et 1 OE.

¹¹⁹⁹ 2 AC.

¹²⁰⁰ 1 AV.

des critères d'attribution des concessions puisqu'ils sont 16¹²⁰¹ sur 23 à considérer qu'elle limite l'arbitraire des autorités concédantes, 2¹²⁰² – parmi lesquels 1 opérateur économique – à adopter la position inverse et 5¹²⁰³ à ne pas trancher. Dans le prolongement de cette idée, sur les 10 sondés à se prononcer sur le point de savoir si l'obligation de hiérarchisation des critères d'attribution des concessions constitue une limite excessive à l'*intuitu personae*, 8 répondent¹²⁰⁴ par la négative, 1 n'est pas concerné et 1 seul – relevant de la catégorie autorité contractante – répond par la positive, tout en précisant immédiatement que cela permet néanmoins de « *sécuriser la procédure* ». Enfin, une écrasante majorité des sondés, soit 18¹²⁰⁵ sur 23, estime que ces critères ne devraient pas pouvoir être négociés comme ils l'étaient auparavant, tandis qu'un¹²⁰⁶ seul est d'avis contraire et 4 sont mitigés¹²⁰⁷.

Les interviewés ont également une perception positive de cette évolution du droit européen. En ce sens, ils estiment que les obligations de publicité et de hiérarchisation des critères d'attribution des concessions sont une bonne chose, tant pour la bonne utilisation des deniers publics que pour la transparence de la gestion publique¹²⁰⁸, mais encore qu'elles permettent aux soumissionnaires de mieux orienter son offre pour correspondre aux attentes du concédant¹²⁰⁹. De manière plus nuancée, 1 opérateur économique expose :

« L'obligation de publicité des critères d'attribution est un gage de transparence qui permet d'adapter les offres afin qu'elles soient conformes aux attentes du concédant. Il faut cependant veiller à préserver l'intuitu personae inhérent aux concessions. Une part d'arbitraire assumée est préférable à un arbitraire artificiellement dissimulé derrière des critères faussement scientifiques ».

L'unification clivante des régimes. Les enquêtés sont particulièrement divisés sur l'opportunité de pousser la logique à son paroxysme en unifiant les régimes d'attribution des marchés publics et des concessions, ainsi qu'en témoignent les prises de position de 3 interviewés. En effet, 1 opérateur économique considère que cette proposition permettrait de

¹²⁰¹ 15 AC et 1 AV.

¹²⁰² 1 AC et 1 OE.

¹²⁰³ 5 AC.

¹²⁰⁴ 6 AC, 1 OE et 1 AV.

¹²⁰⁵ 16 AC, 1 OE et 1 AV.

¹²⁰⁶ 1 AC.

¹²⁰⁷ 4 AC.

¹²⁰⁸ 1 AC.

¹²⁰⁹ 1 AV.

« *simplifier le travail des praticiens* », tandis qu'une autorité contractante souhaiterait, au contraire, le maintien du *statu quo* propre à préserver l'*intuitu personae* qui gouverne l'attribution des concessions et d'un opérateur économique défavorable à la pondération impérative des critères. À rebours, les sondés témoignent d'un certain scepticisme quant à la hiérarchisation des critères d'attribution des concessions. Pour 11 d'entre eux¹²¹⁰, cette hiérarchisation ne saurait être respectée sans pondération. On peut en déduire qu'il serait opportun, pour ces enquêtés, de procéder à une harmonisation des régimes en imposant, comme en marchés publics, la règle de la pondération des critères d'attribution des concessions. Toutefois, 7¹²¹¹ des 24 sondés n'éprouvent pas de difficulté à respecter la hiérarchisation, même sans pondération, tandis que 6¹²¹² autres sont mitigés.

Les critères d'attribution des marchés publics. Les enquêtés n'ont formulé aucune observation s'agissant des critères d'attribution des marchés publics, à l'exception d'un avocat interviewé. Ce dernier a en effet souligné que le sens donné par l'acheteur à certains de ces critères était parfois sibyllin, lorsque ceux-ci ne font pas « *doublon* ». L'enquête serait favorable à l'établissement, par le législateur européen, d'une liste non limitative de critères ou de sous-critères d'attribution, voire qu'il éclaire le sens de certains d'entre eux dans le préambule de la future directive Marchés.

Si la transparence des critères d'attribution des marchés publics comme des concessions ne suscite pas beaucoup de contestation parmi les enquêtés, ces derniers sont en revanche plus critiques en ce qui concerne l'analyse des offres.

B. Les difficultés propres à l'analyse des offres

L'ambivalence des variantes. Les remarques des interviewés à propos des variantes sont tout aussi ambivalentes qu'en matière de *sourcing* : elles présentent de nombreux avantages, mais sont insuffisamment encadrées pour déployer leur plein potentiel. En effet, les variantes sont majoritairement perçues comme un « *bon outil* » pour reprendre l'expression employée par 1 avocat et 1 opérateur économique lorsqu'elles ne sont pas considérées comme

¹²¹⁰ 10 AC et 1 AV.

¹²¹¹ 7 AC.

¹²¹² 6 AC.

un « *axe d'amélioration important, quelle que soit la catégorie de marchés* » par 1 autorité contractante. À ce sujet, 1 opérateur économique développe :

« Les variantes permettent une marge de créativité pour les opérateurs économiques. Par exemple, en matière hospitalière, la variante permet de proposer la géolocalisation pour le contrôle des rondes des soignants. Leur absence au sein du cahier des charges entrave la proposition de solutions optimales ».

En revanche, les enquêtés s'accordent à dire que le régime juridique des variantes n'est pas optimal et n'en facilite pas le recours. D'abord, 1 avocat interviewé souligne que la variante ne doit pas excuser un certain laxisme de l'acheteur dans la définition de son besoin. Ensuite et surtout, la problématique principale tient à la notation et la comparaison de ces offres par les acheteurs publics, ce que confirme l'enquête quantitative. Interrogés sur la méthode d'appréciation des variantes, une majorité des sondés, soit 48,27 % (14 sur 29) plaident pour une formule adaptée, 34,48 % (10 sur 29) pour un classement unique et 17,24 % (5 sur 29) sont mitigés.

Dans l'ensemble, ces résultats témoignent du malaise que suscite la méthode d'analyse des variantes chez les praticiens. Sur ce point, 2 autorités contractantes interviewées soulignent que le système de classement unique « *entrave la comparaison* » des variantes avec les offres de base et constitue une contrainte trop importante pour l'acheteur. En conséquence, ces autorités contractantes acceptent seulement des variantes « *semi imposées* », lorsqu'elles ne les refusent pas catégoriquement. Un opérateur économique exprime pour sa part le souhait que les « *autorités contractantes établissent des exigences minimales et accordent davantage de liberté concernant les propositions et l'innovation des opérateurs économiques* ». Partant de ce constat, une majorité d'interviewés, soit 1 avocat et 2 autorités contractantes, appelle de ses vœux un meilleur encadrement des variantes propre à lever l'insécurité juridique qui raréfie leur recours. Une autorité contractante interviewée formule un autre souhait qui serait, selon elle, parfaitement cohérent avec « *l'esprit de mutualisation souhaité par le législateur européen* » : consacrer la pratique des scénarios alternatifs¹²¹³ afin de l'encadrer juridiquement. Cette pratique permet à l'acheteur public d'imposer aux candidats de lui proposer deux solutions alternatives à même de répondre à son besoin, qui peuvent différer sur le plan

¹²¹³ Cette pratique est déjà ratifiée par la jurisprudence du Conseil d'État français : CE, 21 oct. 2015, *Communauté urbaine du Grand Dijon*, n° 391311.

technique ou financier et font l'objet d'une appréciation séparée. Au soutien de cette proposition, elle expose les nombreux atouts des scénarios alternatifs :

« L'appréhension des scénarios alternatifs constituerait un gain de temps pour l'acheteur public en ce qu'ils permettent de ne mener qu'une seule procédure, plutôt qu'une procédure avec une solution qui n'aboutit pas, puis le lancement d'une autre procédure, avec une autre solution. Les scénarios alternatifs reposent, en outre, sur une logique de variable d'ajustement, sans cependant renoncer à la définition précise du besoin par l'acheteur. Ils permettent également, contrairement à la variante, de ne pas laisser aux opérateurs économiques la main libre sur le sujet ».

L'interdiction souhaitée des « tapis de bombes ». Une autorité contractante évoque également la pratique, très fréquente, des « *tapis de bombes* » qui consiste, pour un même soumissionnaire, à présenter plusieurs offres sous des dénominations ou des identifications différentes en employant les artifices du droit des sociétés, afin de multiplier artificiellement ses chances de remporter le marché¹²¹⁴. L'enquête relève à ce sujet :

« Cette pratique nuit à l'égalité de traitement et aux principes de la commande publique, tout en générant de fortes incertitudes pour les acheteurs qui se demandent comment sauver la procédure et qui exclure ? »

Si la jurisprudence du Conseil d'État se fonde sur les obligations de publicité et de mise en concurrence pour imposer à l'acheteur d'identifier et de rejeter les offres concernées, l'autorité contractante concernée souhaiterait que le législateur européen consacre à son tour cette obligation de rejet et en précise l'étendue pour ne laisser « *aucune place à la subjectivité* ».

Les offres anormalement basses. Parmi les interviewés, seuls 2 opérateurs économiques ont choisi d'évoquer le sujet des offres anormalement basses. L'un d'eux souhaiterait que le législateur européen apporte des précisions aussi bien sur la définition de cette notion que sur le dispositif de rejet. L'autre opérateur économique exprime, au contraire,

¹²¹⁴ CE, 8 déc. 2020, *Métropole Aix-Marseille*, n° 436532 : le juge des référés constate que « *si deux personnes morales différentes constituent en principe des opérateurs économiques distincts, elles doivent néanmoins être regardées comme un seul et même soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur constate leur absence d'autonomie commerciale, résultant notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, qui peut se manifester par l'absence totale ou partielle de moyens distincts ou la similarité de leurs offres pour un même lot* ». Et le Conseil d'État d'en déduire que le pouvoir adjudicateur doit, le cas échéant, écarter l'ensemble des offres présentées par le même opérateur comme irrégulières, et qu'elle avait ainsi manqué à ses obligations de mise en concurrence.

sa crainte que la lutte contre les offres anormalement basses conduise les instances européennes à créer un système rigide :

« Il faut se garder de rentrer dans un schéma qui viserait à créer des formules arithmétiques pures et simples permettant d'exclure telle ou telle offre ce qui reviendrait à créer de véritables freins à l'innovation (offre anormalement haute). Il faut être très vigilant sur l'idée préconçue et un peu dogmatique de penser que des formules arithmétiques et un mode de calcul permettront d'exclure ou de faire obstacle à certaines offres considérées anormalement basses ».

Les sondés apparaissent tout aussi partagés que les interviewés. En effet, à la question de savoir si le régime juridique des offres anormalement basses est suffisamment précis, 11¹²¹⁵ des 29 sondés répondent « oui », 13¹²¹⁶ répondent « non » et 5¹²¹⁷ sont mitigés.

L'utilisation future de l'IA dans le cadre de l'analyse des offres. Une autorité contractante souligne l'opportunité, sinon l'urgence, qu'il y a d'encadrer l'utilisation de l'intelligence artificielle dans le cadre de l'analyse des offres. Selon elle, le législateur européen devrait se saisir de cette question à la faveur de la prochaine réforme des directives Marchés et Concessions au risque d'être rapidement dépassé, compte tenu de la nature évolutive de ces technologies qui pourraient, demain, se substituer en partie à l'acheteur public dans l'analyse des offres.

¹²¹⁵ 10 AC et 1 OE.

¹²¹⁶ 11 AC, 1 OE et 1 AV.

¹²¹⁷ 5 AC.

AXE 3 : LES OBJECTIFS HORIZONTAUX

L'objectif des enquêtes. Pour procéder au bilan de la multiplication des objectifs stratégiques assignés à la commande publique à la faveur de la réforme des *directives* de 2014, les enquêtés pouvaient être interrogés sur les considérations sociales (**thématique 6**), l'accès des PME (**thématique 7**) et/ ou l'innovation (**thématique 8**).

THEMATIQUE N° 6 : LES CONSIDERATIONS SOCIALES

Le déroulement des enquêtes. Lors des enquêtes, les personnes interrogées¹²¹⁸ ont mis en exergue des problématiques générales soulevées par les considérations sociales (§I.), avant d'évoquer les mesures spécifiquement envisagées par le législateur européen pour incorporer ces aspects dans les contrats de la commande publique (§II.).

§I. Les problématiques générales révélées par la pratique

Le caractère clivant du sujet. Les considérations sociales divisent les enquêtés qui ne s'accordent ni sur la conciliation des nombreux objectifs assignés au droit de la commande publique (A.), ni sur les limites inhérentes à leur prise en compte dans les marchés publics et les concessions (B.).

A. La conciliation des objectifs de la commande publique

La multiplication des objectifs. La multiplication des objectifs « stratégiques » assignés à la commande publique par le législateur européen en 2014 ne manque pas de diviser les praticiens. À cet égard, les deux grandes tendances qui se dessinent parmi les enquêtés

¹²¹⁸ 9 interviewés et environ 20 sondés.

témoignent du caractère clivant de cette question, étant cependant entendu qu'une partie majoritaire des sondés, soit 12¹²¹⁹ sur 23, n'est pas catégorique.

Une première partie des enquêtés estime que la conciliation entre les principes fondamentaux et les objectifs stratégiques de la commande publique est malaisée. Il en va ainsi de 5¹²²⁰ des 23 sondés et de 3 interviewés¹²²¹ qui voient dans la « *superposition des exigences européennes et françaises* » une contrainte propre à complexifier les procédures de passation¹²²². À cet égard, 1 autorité contractante interviewée souligne que l'injonction de développer les emplois locaux ou d'insérer des considérations sociales dans les contrats de la commande publique qu'il conclut constitue un véritable « *défi* » pour l'acheteur public qui veut se conformer au droit de la commande publique. Selon 1 opérateur économique, dont la position est partagée par 1 autorité contractante sondée, il faudrait même « *balayer cet effet de mode et revenir aux principes fondamentaux* », tandis qu'une autorité contractante interviewée souhaiterait que le législateur européen hiérarchise les objectifs horizontaux.

La thèse contraire, partagée par un nombre équivalent d'enquêtés, soit 6¹²²³ sondés et 3 interviewés¹²²⁴, consiste à soutenir qu'il n'existe pas de difficulté d'articulation entre les objectifs de développement durable et les principes fondamentaux de la commande publique. À ce sujet, 1 avocat interviewé expose :

« Les objectifs "horizontaux" sont conciliables avec les principes fondamentaux de la commande publique. En réalité, la commande publique ne vise pas à exclure toute discrimination des opérateurs économiques, mais tend seulement à ce que les autorités contractantes ne soient pas discriminantes artificiellement. Le fait que le législateur [européen] utilise la commande publique comme levier pour le développement durable et que les entreprises fassent ou non le choix de s'engager dans cette voie n'apparaît pas problématique de ce point de vue ».

L'opportunité discutée des contraintes chiffrées. Les enquêtés sont tout aussi partagés autour de la question de savoir si le législateur européen devrait instaurer des obligations de résultat ou des quotas pour promouvoir davantage les considérations sociales

¹²¹⁹ 10 AC, 1 AV et 1 AU.

¹²²⁰ 5 AC.

¹²²¹ 2 AC et 1 OE.

¹²²² 1 AC.

¹²²³ 5 AC.

¹²²⁴ 1 AC, 1 OE et 1 AV.

dans le droit de la commande publique. Les premiers – 3 interviewés et 7¹²²⁵ des 22 sondés – répondent logiquement par la négative, tandis que les seconds, soit 3 interviewés et 7¹²²⁶ sondés – sont quant à eux plutôt réservés, à l’instar des 8 sondés¹²²⁷ qui se disent « *mitigés* ». Sur ce point, 1 avocat interviewé adopte une position de compromis : quoique favorable à la proposition de quotas, il ne la juge cependant pas très réaliste :

« Il n’est pas certain que tous les États européens puissent opérer une telle transition de manière brutale. En outre, rendre obligatoire l’attribution au "mieux-disant" social accroîtrait l’inégalité entre les petits et les grands acheteurs publics ».

Un opérateur économique n’y est pour sa part pas très favorable, sauf si l’objet du marché s’y prête. Un autre souligne quant à lui que les dispositifs, tels que les clauses d’insertion sociale, doivent conserver leur souplesse de sorte l’on pourrait songer à élargir leur champ d’application, à la condition toutefois de veiller à ne pas complexifier les méthodes de comptabilisation.

Une promotion plus ambitieuse des aspects environnementaux. Ces résultats font écho à la remarque d’un avocat interviewé qui observe un décalage entre les considérations environnementales qui font d’ores et déjà l’objet d’exigences chiffrées et les considérations sociales qui s’imposent avec davantage de souplesse. Ce constat est conforté par l’enquête quantitative. Ainsi, à la question de savoir si elles privilégient l’aspect environnemental ou social dans les contrats qu’elles concluent, 13 des 19 autorités contractantes sondées répondent « *les 2* », 5 d’entre elles mettent l’accent sur les considérations environnementales et seulement 1 sur les préoccupations sociales.

Pour s’en expliquer, certaines expliquent que le « *le volet environnemental est plus concret et objectivable* », lorsqu’elles ne font pas valoir les difficultés et limites de l’aspect social.

¹²²⁵ 6 AC et 1 AV.

¹²²⁶ 6 AC et 1 AU.

¹²²⁷ 8 AC.

B. Les limites juridico-pratiques des considérations sociales

Les rares bénéfices associés aux aspects sociaux. Les avantages des considérations sociales mis en avant par les interviewés sont assez peu nombreux. Un opérateur économique souligne néanmoins :

« Les considérations sociales ont un effet vertueux, elles permettent le développement de tout un écosystème. Tel est le cas notamment en matière de clauses sociales qui conduisent à la conclusion de partenariats particuliers permettant de sous-traiter un certain nombre de prestations à des organismes spécialisés dans la réinsertion de publics éloignés de l'emploi ».

Un autre opérateur économique évoque quant à lui les « *répercussions positives sur l'image* » de l'autorité contractante, comme celle du titulaire du contrat. Dans le prolongement de cette idée, 1 autorité contractante observe une « *vraie acculturation* » des acheteurs publics autour de la question de l'insertion sociale, qui présente pour eux un véritable « *intérêt stratégique trans-partisan* » en ce sens que les heures d'insertion sont autant d'aides sociales en moins à payer pour les collectivités territoriales qui en ont la charge.

Les limites des considérations sociales. À rebours, les interviewés identifient des limites de plusieurs ordres à l'intégration des considérations sociales dans les contrats de la commande publique, au premier rang desquelles l'exigence juridique d'un lien avec l'objet du contrat¹²²⁸. Un avocat systématise, à cet égard, deux attitudes des autorités contractantes : certaines, généralement des petites collectivités, n'ont pas connaissance de cette exigence ou assument parfaitement leur volonté de favoriser les petites entreprises locales ; d'autres, mieux armées juridiquement, ont parfaitement conscience qu'un lien est exigé, mais savent parfaitement « *naviguer* » pour se conformer aux principes du droit de la commande publique tout en favorisant le développement économique du territoire. La deuxième limite mise en lumière par les interviewés est contractuelle, elle réside dans la traduction juridique et la quantification des enjeux sociaux, et plus spécifiquement « *sociétaux* », dans les contrats de la commande publique¹²²⁹. À ce propos 1 autorité contractante met en exergue que :

« Le droit n'est pas fondamentalement problématique, car il offre des outils comme les pénalités pour intégrer des considérations sociales dans les

¹²²⁸ 1 AC et 1 OE, ainsi qu'1 AC sondée.

¹²²⁹ 1 AC et 1 AV, ainsi qu'1 AC sondée.

contrats. Le principal frein réside davantage dans l'approche intellectuelle que supposent leur traduction contractuelle et leur quantification ».

Sur ce point, 1 avocat souligne également que le « *moins-disant reste encore favorisé au détriment du mieux-disant social* ». La troisième limite¹²³⁰ est d'ordre matériel, elle vise le coût financier et humain des considérations sociales. En effet, la prise en compte des considérations sociales porte en elle le risque de « *surenchérir* » le prix des prestations objet du contrat, tant elle suppose des investissements financiers et des ressources humaines supplémentaires propres à assurer le suivi des objectifs fixés par le contrat. Ce constat est nuancé par 1 autorité contractante et 1 opérateur économique qui soutiennent que l'investissement est certes conséquent au démarrage, mais que le « *système est [ensuite] très efficace et même efficient* ». Dans le prolongement de cette idée, 1 opérateur économique met en avant une difficulté très concrète dans la mise en œuvre des clauses d'insertion sociale, liée à la tension du marché de l'emploi dans certaines zones géographiques ou certains secteurs. Pour éclairer son propos, il livre un exemple : sur une équipe de 10 personnes, il faut au moins 1 salarié en insertion sociale. Or si celui-ci démissionne, il peut être difficile de recruter une personne présentant un profil similaire afin de respecter la clause.

Les résultats de l'enquête quantitative tendent à nuancer les observations des interviewés. En effet, une majorité de sondés (11¹²³¹ sur 23) n'estime pas que la mise en concurrence constitue un frein à l'intégration des considérations sociales dans les contrats de la commande publique, tandis qu'une minorité soutient soit la position contraire (7¹²³² sur 23), soit se dit mitigée (5¹²³³ sur 23). Dans le prolongement de ce questionnaire, les sondés sont peu nombreux à considérer que l'intégration des aspects sociaux dans les contrats de la commande publique comporte des risques juridiques particuliers (4¹²³⁴ sur 19) ou à se montrer hésitants (4¹²³⁵ sur 19). À rebours, la majorité d'entre eux (11¹²³⁶ sur 19) ne perçoit pas de risque particulier à intégrer des considérations sociales.

¹²³⁰ 1 AC et 3 OE.

¹²³¹ 9 AC, 1 AV et 1 AU.

¹²³² 7 AC.

¹²³³ 5 AC.

¹²³⁴ 3 AC et 1 AV.

¹²³⁵ 4 AC.

¹²³⁶ 10 AC et 1 AU.

Des objets plus « perméables » aux considérations sociales. Les enquêtés soulignent à l'unanimité – soit 4 interviewés¹²³⁷ et 23 sondés¹²³⁸ – que certains objets contractuels sont plus propices à l'intégration de considérations sociales que d'autres, au premier rang desquels les travaux, selon 4 autorités contractantes sondées, ce que nuance cependant 1 opérateur économique interviewé qui souligne que les clauses d'insertion sociale, qui supposent la formation du personnel sur le temps long, sont difficiles à mettre en œuvre dans les contrats de courte durée. Les contrats de fourniture ont également été évoqués à plusieurs reprises, par 2 autorités contractantes (l'une sondée, l'autre interviewée). À rebours, plusieurs enquêtés¹²³⁹ soulignent que les considérations sociales sont inadaptées à certains objets contractuels, à l'image des prestations intellectuelles ou des domaines techniques comme l'informatique. Une autorité contractante sondée nuance cependant cet apparent consensus en expliquant que la mise en place d'un système progressif avec différents niveaux d'exigences est supposée permettre la prise en compte des aspects sociaux dans l'ensemble des contrats de la commande publique, peu importe leur objet.

Ce faisant, cette autorité contractante soulève la question des leviers pertinents pour intégrer les considérations sociales dans les contrats de la commande publique.

§II. Les moyens propres à promouvoir les aspects sociaux

À la recherche du dispositif idoine. À la question de savoir quelle est la technique optimale pour intégrer des considérations sociales dans la commande publique, les enquêtés se montrent particulièrement hésitants, mettant en lumière la difficulté à prévoir des dispositifs généraux détachés des circonstances concrètes propres à chaque contrat. À cet égard, 15 des 22 autorités contractantes sondées mobilisent des clauses sociales dans leur contrat et 12 sur 22 des critères sociaux. En revanche, elles sont seulement 4 sur 22 à employer des spécifications techniques sociales et 11 sur 17 à considérer que l'utilisation des labels est rendue trop complexe par la *directive Marchés*. Enfin, sur les 20 sondés, 6 seulement se disent favorables à l'extension des dispositifs de réservation des contrats, 5 ne le sont pas et 9 sont mitigées.

Les interviewés vont dans le même sens : 1 opérateur économique se montre si favorable aux dispositifs de réservation qu'il souhaiterait que les clauses d'insertion sociale ne s'imposent

¹²³⁷ 1 AC, 3 OE et 1 AV.

¹²³⁸ 21 AC, 1 AV et 1 AU.

¹²³⁹ 2 OE interviewés et 1 AC sondée.

qu'à ces contrats. Un avocat, à l'inverse, fustige l'ouverture par le législateur européen de 2014 des dispositifs de réservation aux entités employant des personnes éloignées de l'emploi, eu égard à la distorsion de concurrence que cette évolution induit pour les structures employant des personnes en situation de handicap. Enfin, si 1 autorité contractante perçoit une progression dans la prise en compte des considérations sociales par des clauses plutôt que par des critères de sélection ou d'attribution, un opérateur économique estime, *a contrario*, que les critères sociaux représentent une « *étape supplémentaire* » par rapport aux clauses sociales.

L'efficience des clauses d'insertion sociale. Les clauses d'insertion sociale sont des dispositifs globalement bien maîtrisés par les praticiens, ainsi que le soulignent 1 autorité contractante et 4 opérateurs économiques interviewés. Un avocat, qui conseille à la fois les uns et les autres, confirme cette intuition en affirmant que ces clauses, facilement quantifiées (objectifs en heures d'insertion) et sanctionnées (pénalités), sont les « *plus pratiquées et les plus simples* ». Ces clauses sont d'autant plus mobilisées que leur mise en œuvre peut être facilitée par des structures d'appui, telles que des groupements d'intérêt public (GIP), chargées d'assurer le suivi de ces heures. À cet égard, parmi les points devant faire l'objet d'une attention particulière lors de la rédaction de ces clauses d'insertion sociale, le suivi¹²⁴⁰ est le plus fréquemment évoqué par les sondés, avant même la sanction de leur non-exécution¹²⁴¹ et le lien avec l'objet du contrat¹²⁴². Un opérateur économique nuance cependant cet engouement en soulignant que « *les clauses sociales d'exécution fonctionnent bien sous réserve d'être liées et adaptées à l'objet du marché, au risque de devenir impraticables* », tandis qu'un autre expose, de manière plus radicale :

« L'obligation d'insertion sociale fait peser sur les entreprises une contrainte très lourde sans être nécessairement la plus efficace. Il y aurait des moyens plus pertinents que le droit de la commande publique pour favoriser l'insertion sociale ».

Dans cet ordre d'idées, 1 opérateur économique interviewé appelle de ses vœux l'aménagement d'une exception qui consisterait à permettre à une entreprise de justifier d'une politique sociale efficace lorsqu'elle n'est pas en mesure, compte tenu de l'objet du

¹²⁴⁰ 6 AC et 1 AV.

¹²⁴¹ 2 AC et 1 AV.

¹²⁴² 3 AC et 1 AV.

marché – par exemple lorsqu’il s’agit d’un marché de prestations intellectuelles –, de respecter les exigences prévues par une clause d’insertion sociale.

La difficile traduction contractuelle des aspects « sociétaux ». Si l’insertion sociale semble être entrée dans les « *mœurs* » de la commande publique, les aspects « *sociétaux* », comme l’égalité femme-homme, le commerce équitable, le handicap ou le respect des droits de l’Homme, semblent quant à eux plus rétifs à toute contractualisation, spécialement au regard de l’exigence d’un lien entre la clause et l’objet du marché qui s’oppose à toute prise en compte de la politique générale de l’entreprise dans ces domaines. En ce sens, l’autorité contractante interviewée détaille :

« Le volet "sociétal" est plus difficile à intégrer dans les marchés publics. Il en va ainsi de l'égalité femme-homme, car tous les secteurs ne se sont pas forcément beaucoup féminisés, ou encore du handicap pour lequel il est compliqué d'adopter une action proactive dans les clauses et les critères sans tomber dans la binarité marchés réservés /marchés non réservés. S'agissant du commerce équitable, l'intégration est également complexe faute de structure d'appui et eu égard à un manque de "maturité technique" ».

Dans le même sens, l’autorité contractante sondée estime que les clauses sociales, hormis les clauses d’insertion « *sont un ensemble de mesures fourre-tout qui ne peuvent pas être contrôlées de façon objective, tant en passation qu’en exécution* », tandis qu’un avocat interviewé souligne que la prise en compte de l’égalité femme-homme n’est « *pas une préoccupation fondamentale de l’acheteur public* », cet aspect étant toutefois indirectement intégré dans les motifs d’exclusion. Il est plus nuancé en ce qui concerne le commerce équitable, considération sociale et environnementale qui fait, selon lui, l’objet d’une prise en compte accrue spécialement dans les marchés de fournitures de denrées alimentaires, par exemple en matière de restauration collective.

Une autorité contractante met en lumière certaines pistes pour améliorer la prise en compte de ces aspects dans les contrats de la commande publique, en soulignant que les acheteurs ou les autorités concédantes conservent la possibilité de mesurer des performances en matière sociétale en s’appuyant non pas sur des données chiffrées, mais sur des actes concrets comme des campagnes de sensibilisation ou de formation des salariés des entreprises. Elle évoque également, pour s’assurer du respect des droits de l’Homme dans certains secteurs déterminés comme l’équipement informatique, l’adhésion à des labels, ou en s’appuyant sur des

structures telles que certaines organisations non gouvernementales (ONG) chargées de contrôler des points de vigilance, d'établir des banques de données, mais encore de se fier à des lanceurs d'alerte dans les pays concernés.

L'opportunité discutée des clauses de rémunération minimale. Parmi les 19 sondés qui ont répondu à la question de savoir si le droit de l'Union européen devrait imposer l'insertion de clauses de rémunération minimale dans les contrats de la commande publique, 9 sont défavorables aux motifs qu'un tel dispositif serait « *incontrôlable* »¹²⁴³, contraire à la liberté de formalisation du prix et qu'il ne présenterait aucun intérêt en termes d'achat¹²⁴⁴. Ils sont néanmoins 7 à avoir répondu par la positive, en faisant valoir pour l'un d'eux que « *cela serait cohérent avec les nouveaux motifs d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur et permettrait de garantir une concurrence plus saine et équilibrée encore les différents opérateurs économiques* »¹²⁴⁵. Enfin, 3 sondés se disent mitigés, sans s'en expliquer davantage. Ces résultats mettent en lumière que ces mesures ne sauraient faire consensus au sein des praticiens et, très probablement, parmi les États membres. En revanche, l'opportunité de durcir les exigences sociales qui s'imposent aux opérateurs économiques issus de pays tiers apparaît moins clivante. Si, 50 % des sondés (10 sur 20) sont mitigés, ils sont près de 45 % (9 sur 20) à y être favorables contre seulement 5 % (1 sur 20) à estimer les outils actuels suffisants.

THEMATIQUE N° 7 : L'ACCES DES PME A LA COMMANDE PUBLIQUE

Le déroulement des enquêtes. Les enquêtés – soit 7 interviewés et 18 sondés – interrogés sur la thématique de l'accès des PME à la commande publique ont d'abord tiré un bilan général de la réforme de 2014 (§I.), avant de se pencher sur les mesures spécifiquement destinées à accroître leur participation à la commande publique (§II.).

¹²⁴³ 1 AC.

¹²⁴⁴ 1 AC.

¹²⁴⁵ 1 AC.

§I. Le bilan général de la réforme sur l'accès des PME

Une hausse discutée de la participation des PME depuis 2014. Pour tirer le bilan de l'incidence de la réforme des *directives de 2014*, les sondés étaient invités à indiquer s'ils observaient une hausse de la participation des PME à la commande publique depuis 2014. Cette question divise puisque sur les 18 sondés, 7 se disent « *mitigés* »¹²⁴⁶, 5¹²⁴⁷ répondent négativement et 6¹²⁴⁸ répondent positivement. Pour être parfaitement compris, ces résultats doivent être lus à la lumière des obstacles à l'accès des PME identifiés par les enquêtés et de l'efficacité supposée des mesures de facilitation envisagées par le législateur européen.

Les trois catégories d'obstacles à l'accès des PME. Les enquêtés ont identifié trois catégories d'obstacles à la participation des PME à la commande publique. Les premiers sont d'ordre juridique : ils renvoient aux lourdeurs et au formalisme – ou « *tracasseries administratives* » pour reprendre l'expression d'une autorité contractante – liés à la constitution des dossiers de candidatures¹²⁴⁹ et, plus généralement, à la complexité des procédures de passation¹²⁵⁰ qui crée une véritable « *aversion* » des PME pour la commande publique¹²⁵¹. D'autres enquêtés soulèvent également la question du « *mauvais allotissement* » de la part des autorités contractantes¹²⁵².

Les deuxièmes, plus nombreuses, sont des limites *ratione materiae*, au premier rang desquelles l'insécurité financière que suscite la participation des PME à un contrat de la commande publique, eu égard au risque de pénalités¹²⁵³ et aux délais de paiement¹²⁵⁴, d'autant plus que, comme l'indique 1 avocat interviewé « *la procédure est difficile à déclencher et suppose une réactivité de l'acheteur public* ». Parmi ces obstacles matériels, plusieurs sondés identifient également les capacités financières¹²⁵⁵ et / ou techniques¹²⁵⁶ élevées souvent exigées par les autorités contractantes. Cette observation rejoint à la fois l'idée d'une « *inadaptabilité* » des compétences des PME aux besoins variés des autorités contractantes¹²⁵⁷, notamment en

¹²⁴⁶ 7 AC.

¹²⁴⁷ 5 AC.

¹²⁴⁸ 5 AC et 1 OE.

¹²⁴⁹ Cette limite est identifiée par l'ensemble des interviewés (2 AC, 2 OE et 2 AV) et de nombreux sondés (8 AC).

¹²⁵⁰ 1 AC sondée.

¹²⁵¹ 1 AC interviewée.

¹²⁵² 2 AC et 1 OE sondés.

¹²⁵³ 1 AC sondée.

¹²⁵⁴ Cette limite est identifiée par certains interviewés (1 OE et 1 AV) ainsi que certains sondés (1 AC).

¹²⁵⁵ 3 AC.

¹²⁵⁶ 1 AC.

¹²⁵⁷ 1 AC.

matière de développement durable¹²⁵⁸ ou de RSE¹²⁵⁹ et celle d'un défaut de « *prévisibilité* » des marchés publics ou des concessions¹²⁶⁰. Dans le prolongement de cette idée, certains enquêtés citent un « *manque de connaissance du process* » de la commande publique¹²⁶¹ ou une insuffisante sensibilisation des acheteurs publics à la question de l'accès des PME à la commande publique¹²⁶². Une dernière limite relevant de cette catégorie réside dans la « *pression des gros candidats* »¹²⁶³ ou, pour le dire autrement, dans la domination de secteurs spécifiques par certaines grandes entreprises¹²⁶⁴ qui dissuadent les PME de candidater.

Enfin, les sondés ont identifié deux limites *ratione temporis* qui sont les délais trop succincts laissés aux candidats pour établir leurs offres¹²⁶⁵ et la durée excessive de la procédure de passation¹²⁶⁶.

L'intérêt inégal des mesures existantes de facilitation. Les enquêtés apparaissent très partagés sur la pertinence des différentes mesures envisagées par les *directives de 2014* pour accroître l'accès des PME à la commande publique. Parmi ces mesures, l'allotissement, cité par 8 autorités contractantes sondées, figure en bonne place, devançant la diminution des délais de paiement et les avances¹²⁶⁷, l'autorisation de constituer des groupements d'entreprises¹²⁶⁸, ainsi que les « *quotas PME* » dans les marchés de partenariat¹²⁶⁹. D'autres mesures sont également évoquées par les enquêtés, quoique moins fréquemment, à l'instar du *sourcing*¹²⁷⁰ ou des MAPA¹²⁷¹.

À rebours, certaines mesures, pourtant conçues par le législateur européen comme des mesures supposées favoriser l'accès des PME à la commande publique, prêtent le flanc à la critique, qu'il s'agisse du DUME¹²⁷² ou du plafonnement du chiffre d'affaires maximal exigé¹²⁷³ qui, selon 1 autorité contractante interviewée, « *n'accroît pas l'accès des PME, bien au contraire, car ces dernières sont dépassées par l'ampleur des marchés conclus par les*

¹²⁵⁸ 1 AC.

¹²⁵⁹ 1 AC.

¹²⁶⁰ 1 AC.

¹²⁶¹ 1 AC sondée.

¹²⁶² 1 AC interviewée.

¹²⁶³ 1 OE.

¹²⁶⁴ 1 AC.

¹²⁶⁵ 2 AC et 1 OE.

¹²⁶⁶ 1 AC.

¹²⁶⁷ 2 AC sondées et 1 OE interviewé.

¹²⁶⁸ 1 AC sondée et 1 OE interviewé.

¹²⁶⁹ 2 AC sondées.

¹²⁷⁰ 1 AC interviewée.

¹²⁷¹ 1 AC sondée.

¹²⁷² Dir. 2014/24, art. 59.

¹²⁷³ Dir. 2014/24, art. 58 §3.

grosses autorités contractantes ». Dans le même sens, la question de savoir si ce plafonnement du chiffre d'affaires par la *directive Marchés* est de nature à encourager la participation des PME, divise les sondés qui sont 5¹²⁷⁴ à répondre « *oui* », 5¹²⁷⁵ à répondre « *non* » et 4¹²⁷⁶ à se dire mitigés. Dans le prolongement de cette idée, 1 opérateur économique souligne que :

« C'est plutôt l'expression d'une relative sécurité financière pour le travail fait qui inciterait davantage les PME à se positionner pour les contrats de la commande publique. Il n'est pas certain qu'il faille plus d'outils que ceux qui existent déjà, mais il est impératif de les sécuriser, notamment la partie financière ».

Cette réflexion conduit donc à questionner l'efficacité de certaines des mesures de facilitation envisagées par le législateur européen en 2014.

§II. L'évaluation des mesures favorables aux PME

Les principales mesures « pro-PME ». Les enquêtés étaient invités à évoquer les effets de deux mesures envisagées par le législateur européen comme étant destinées à accroître la participation des PME à la commande publique, à savoir l'allotissement (A.) et la sous-traitance (B.).

A. Les bénéfices majoritairement associés à l'allotissement

Les bénéfices de l'allotissement. Il apparaissait nécessaire d'évoquer avec les enquêtés les effets de l'allotissement, envisagé en 2014 comme la mesure « *pro-PME* » par excellence. Ici deux indicateurs ont été mobilisés : un constat objectif de la pratique et l'impression subjective des enquêtés quant à l'incidence positive ou non de l'allotissement sur la participation des PME. Sur le premier point, 77,77 % des sondés (soit 14¹²⁷⁷ sur 18) indiquent que l'allotissement est fréquemment mobilisé dans la pratique tandis qu'ils sont 11,11 % (2¹²⁷⁸ sur 18) à soutenir la position contraire et 11,11 % (2¹²⁷⁹ sur 18) à être « *mitigés* ». Sur le second

¹²⁷⁴ 5 AC.

¹²⁷⁵ 4 AC et 1 OE.

¹²⁷⁶ 4 AC.

¹²⁷⁷ 14 AC.

¹²⁷⁸ 1 AC et 1 OE.

¹²⁷⁹ 2 AC.

point, une écrasante majorité d'enquêtés, en l'occurrence 14¹²⁸⁰ des 18 sondés et 3 interviewés¹²⁸¹, considère que cette mesure accroît effectivement la participation des PME à la commande publique, étant cependant entendu que ce résultat dépend des modalités de la division par lots. Sur ce point, 1 avocat interviewé observe :

« Dans certaines hypothèses l'obligation d'allotir est respectée, mais faute d'obligation de cohérence ou de taille des lots, les PME sont exclues soit parce que les lots sont trop conséquents, soit parce qu'elles ne remplissent pas les qualifications. Ainsi, sous le couvert d'accroître l'accès aux PME, on ne les handicape pas, mais on ne les aide pas non plus ».

En ce sens également, 1 opérateur économique sondé évoque la pratique des « lots à la carte » ou des « macro-lots », bien souvent tolérée sans pour autant être justifiée, tandis qu'une autorité contractante sondée se dit « mitigée » au motif que cela dépend de l'objet des contrats.

À rebours, une minorité d'enquêtés, soit 3¹²⁸² sondés et 2¹²⁸³ interviewés, tendent à démentir l'idée selon laquelle l'allotissement accroît, *per se*, la participation des PME, allant jusqu'à la qualifier de « mythe »¹²⁸⁴. Les risques et les difficultés suscités par la division des marchés en lots ne sont probablement pas étrangers à ce constat.

Les risques et les difficultés suscités par l'allotissement. Les enquêtés, et plus spécifiquement les sondés, ont fait part d'un certain nombre de risques et de difficultés inhérents à la division des marchés par lots. Au regard des résultats de l'enquête quantitative, trois problématiques principales peuvent être identifiées, en l'occurrence un suivi de l'exécution des contrats rendu plus complexe du fait de la coordination de multiples interlocuteurs¹²⁸⁵, une augmentation du nombre de contrats et, ce faisant, des charges de passation¹²⁸⁶, ainsi qu'une hausse des coûts financiers¹²⁸⁷. D'autres problématiques ont plus rarement été évoquées par les sondés, à l'image d'une augmentation du risque contentieux¹²⁸⁸, des difficultés liées à

¹²⁸⁰ 14 AC.

¹²⁸¹ 1 AC, 1 OE et 1 AV.

¹²⁸² 2 AC et 1 OE.

¹²⁸³ 1 AC et 1 AV.

¹²⁸⁴ Expression employée par 1 AC.

¹²⁸⁵ 8 AC.

¹²⁸⁶ 3 AC.

¹²⁸⁷ 2 AC.

¹²⁸⁸ 1 AC.

l'imputabilité des responsabilités¹²⁸⁹, d'une restriction de la concurrence¹²⁹⁰, mais encore de la santé et de la sécurité des employés sur les chantiers¹²⁹¹.

L'opportunité discutée de l'allotissement obligatoire. À la question de savoir si l'allotissement devrait être rendu obligatoire par le législateur européen comme il l'est en France, les interviewés y sont majoritairement défavorables¹²⁹², ainsi qu'en témoigne la réponse d'un avocat :

« Dans la plupart des marchés publics allotis, il serait toujours possible de multiplier des lots très fins pour chaque type de métiers et de prestations, au risque cependant de devenir ingérable pour l'acheteur public. Dans cette perspective, rendre l'allotissement obligatoire accroîtrait l'inégalité entre les acheteurs publics selon qu'ils ont ou non les capacités d'atteindre ces objectifs ».

Une autorité contractante va plus loin en appelant de ses vœux une suppression de l'obligation d'allotir au niveau interne ou, à tout le moins, une extension des motifs dérogatoires. Un avocat estime, *a contrario*, qu'il pourrait être judicieux de rendre l'allotissement obligatoire au niveau européen, sans cependant imposer un découpage précis des lots. Les résultats des sondages invitent à nuancer cet apparent consensus. En effet, 50 % des sondés (soit 9¹²⁹³ des 18) – parmi lesquels 1 opérateur économique – se disent favorables à l'allotissement obligatoire, 38,88 % (soit 7¹²⁹⁴ sur 18) sont contre et les 11,11 % restants (soit 2 sur 18) sont mitigés.

Au regard de ces résultats, l'allotissement semble bien constituer la mesure de facilitation de l'accès direct des PME la plus efficace, cependant que leur participation peut également être indirecte.

¹²⁸⁹ 1 AC.

¹²⁹⁰ 1 AC.

¹²⁹¹ 1 AC.

¹²⁹² 1 AC, 2 AV.

¹²⁹³ 8 AC et 1 OE.

¹²⁹⁴ 7 AC.

B. Les bénéfices incontestés de la sous-traitance

L'effet positif de la sous-traitance pour les PME. La sous-traitance est considérée comme un important levier de l'accès des PME à la commande publique. En ce sens, 3 des 6 sondés qui avaient répondu positivement à la question de savoir si la réforme de 2014 avait entraîné une hausse de la participation des PME n'ont pas manqué de préciser que celle-ci était principalement indirecte, c'est-à-dire qu'elle passait par la sous-traitance. Dans le même sens, les interviewés interrogés sur le sujet, à savoir 1 autorité contractante et 2 opérateurs économiques, estiment à l'unanimité que la participation des PME à la commande publique passe principalement par la sous-traitance. C'est la raison pour laquelle 1 opérateur économique met en garde contre la tentation de limiter excessivement la sous-traitance. Une autorité contractante apporte cependant de la nuance, en mettant en évidence les difficultés que pose la sous-traitance aux autorités contractantes comme aux opérateurs économiques :

« Lorsqu'on descend trop dans la sous-traitance, on s'aperçoit que les PME sont mises en difficulté avec la chaîne de paiement, car il n'existe pas de voie d'action directe du sous-traitant envers le maître d'ouvrage. En tout état de cause, cette situation n'est pas complètement sereine pour les entreprises et les maîtres d'ouvrage qui préfèrent avoir un nombre limité d'interlocuteurs sur les gros chantiers. La sous-traitance pose d'autres difficultés plutôt organisationnelles et opérationnelles relatives aux temps ainsi qu'aux coûts ».

Une limite imprécise à la sous-traitance : les « tâches essentielles ». C'est pour prévenir en partie ces difficultés opérationnelles que le législateur européen permet à l'autorité contractante de s'opposer à la sous-traitance de certaines « tâches essentielles ». Cette exception à la sous-traitance destinée à préserver une marge de manœuvre pour les autorités contractantes n'en constitue pas moins une limite à l'accès des PME, d'autant plus qu'elle n'est pas facilement appréhendée par les praticiens, ce que confirment les résultats de l'enquête quantitative. En effet, 56,25 % des sondés (soit 9¹²⁹⁵ sur 16) jugent cette notion imprécise, contre seulement 25 % (soit 4¹²⁹⁶ sur 16) qui l'appréhendent facilement et 18,75 % (soit 3¹²⁹⁷ sur 16) qui se disent mitigés.

¹²⁹⁵ 9 AC.

¹²⁹⁶ 4 AC.

¹²⁹⁷ 2 AC et 1 OE.

Deux alternatives peuvent être proposées pour remédier à cette insécurité juridique qui pèse tant sur les autorités contractantes que les opérateurs économiques : une définition quantitative (un taux) ou textuelle de la notion de « *tâches essentielles* » dans les directives européennes. La première proposition (taux) emporte la conviction de 7¹²⁹⁸ des 17 sondés, tandis que 4¹²⁹⁹ d'entre eux – dont 1 opérateur économique – se disent défavorables et 6 sont mitigés¹³⁰⁰. La seconde proposition (définition textuelle) semble plus convaincante puisque 10¹³⁰¹ des 16 sondés se disent favorables à une définition textuelle, contre seulement 2¹³⁰² qui ne la jugent pas plus pertinente et 4¹³⁰³ qui sont mitigés.

Le bilan en demi-teinte du paiement direct. Le paiement direct du sous-traitant par l'autorité contractante, prévu par la *directive Marchés*¹³⁰⁴, paraît être la mesure la plus pertinente pour surmonter les difficultés de trésorerie rencontrée par les PME lorsqu'elles sont sous-traitantes dans un contrat de la commande publique. Pour autant, les enquêtés, soit 2 interviewés et 18 sondés, tirent un bilan plutôt mitigé de cette mesure sur la participation des PME. En ce sens, 5¹³⁰⁵ sondés n'apportent pas de réponse catégorique à cette question, 4¹³⁰⁶ – dont 1 opérateur économique – sont d'avis que cette mesure n'est pas efficace. Cependant, 9¹³⁰⁷ sondés, soit 50 % d'entre eux, jugent que le paiement direct est de nature à encourager la participation des PME à la commande publique. Pour autant, à la question de savoir si les retards de paiement sont fréquents en pratique, aucun sondé n'a répondu négativement, 6¹³⁰⁸ des 18 sondés, dont 1 opérateur économique, ont répondu positivement et 12¹³⁰⁹ sont mitigés. Ces résultats, qui tendent à fortement relativiser l'efficacité générale du paiement direct, sont d'ailleurs confortés par l'enquête qualitative.

À cet égard, 1 avocat observe que la complexité des dispositions internes en matière de paiement direct ne facilite pas l'appréhension de ce dispositif par les sous-traitants, spécialement lorsqu'il s'agit de PME. Un opérateur économique critique plus sévèrement encore l'effet contreproductif du paiement direct en s'appuyant sur son expérience :

¹²⁹⁸ 7 AC.

¹²⁹⁹ 3 AC et 1 OE.

¹³⁰⁰ 6 AC.

¹³⁰¹ 10 AC.

¹³⁰² 2 AC.

¹³⁰³ 3 AC et 1 OE.

¹³⁰⁴ Dir. 2014/24, art. 71.

¹³⁰⁵ 5 AC.

¹³⁰⁶ 3 AC et 1 OE.

¹³⁰⁷ 9 AC.

¹³⁰⁸ 5 AC et 1 OE.

¹³⁰⁹ 12 AC.

« Le paiement direct n'est pas un outil favorable aux PME, car les maîtres d'ouvrage les laissent dans des difficultés financières sérieuses eu égard aux travaux exécutés et à la temporalité des réclamations (délai très long jusqu'au décompte final). L'entrepreneur principal, qui est plus solvable, en vient souvent à se substituer au maître d'ouvrage. Le problème c'est qu'il n'a aucune visibilité sur les sommes payées au sous-traitant par le maître d'ouvrage ».

Les enquêtés ayant dressé un bilan plutôt mitigé de la réforme des directives, il paraissait intéressant de les inviter à envisager des mesures qu'ils jugeraient pertinentes pour accroître la participation des PME à la commande publique.

C. Les pistes d'amélioration

La simplification. Les enquêtés sont nombreux à suggérer des mesures de simplification, à commencer par la constitution des dossiers de candidatures¹³¹⁰. Pour cela, plusieurs sondés appellent de leurs vœux une centralisation des attestations et documents à fournir dans les dossiers de candidature, qui pourrait prendre la forme d'une base de données¹³¹¹ ou d'un fichier unique basé sur le numéro SIREN¹³¹². Ces mesures ne sont pas sans rappeler la proposition d'une « liste blanche » émise par certains enquêtés sur la thématique relative à la sélection des candidats. Au-delà, ce sont également les procédures de passation¹³¹³ et les dossiers de consultation des entreprises (DCE)¹³¹⁴ qui mériteraient d'être simplifiées selon plusieurs enquêtés. Dans cette catégorie de mesures, d'autres répondants souhaitent une clarification du recours à l'entité tierce en ce qui concerne tant la nature des liens qui l'unissent au soumissionnaire principal que les modes de preuve permettant d'en attester¹³¹⁵. Dans le même ordre d'idées, 1 avocat interviewé préconise l'élaboration de formulaires types pour la constitution de groupements d'entreprises¹³¹⁶.

¹³¹⁰ 3 AC sondées.

¹³¹¹ 2 AC sondées.

¹³¹² 1 AC et 1 OE sondés.

¹³¹³ 2 AC sondées.

¹³¹⁴ 2 AC sondées.

¹³¹⁵ 1 OE interviewé.

¹³¹⁶ 1 AV interviewé.

L'accompagnement. Les enquêtés appellent également de leurs vœux des mesures d'accompagnement, allant de la mise en place de structures d'appui chargées d'aider les PME dans la constitution des dossiers de candidatures¹³¹⁷ – par exemple les chambres de commerce et d'industrie¹³¹⁸ –, en passant par l'allocation de ressources supplémentaires pour les « petites » autorités contractantes¹³¹⁹, jusqu'à des mesures de formation à la commande publique à destination des dirigeants ou salariés des PME¹³²⁰.

L'action positive (ou discrimination positive). Enfin, certains enquêtés ont proposé des mesures plus ambitieuses de « *discrimination positive* » en faveur des PME, à l'image de l'assouplissement ou de l'élargissement du champ de la théorie des « *petits lots* »¹³²¹ qui, selon le *Code de la commande publique*, peuvent être conclus au terme d'une procédure adaptée¹³²². Dans le même ordre d'idées, 1 autorité contractante sondée suggère d'autoriser la conclusion de « *lots de gré à gré* » sur le modèle de cette théorie¹³²³. D'autres enquêtés souhaiteraient que le législateur européen autorise le localisme¹³²⁴ ou qu'il fixe une part impérativement réservée aux PME (par exemple de l'ordre de 20%) dans chaque marché public¹³²⁵. Enfin, plusieurs d'entre eux invitent le législateur européen à adopter un authentique « *Small business act* »¹³²⁶ qui consisterait à prévoir des « *quotas PME* » ou à créer un dispositif de « *marchés réservés* » aux PME¹³²⁷.

THEMATIQUE N° 8 : L'innovation

Le déroulement des enquêtes. Les huit interviewés¹³²⁸ et les seize autorités contractantes sondées ayant sélectionné cette thématique étaient interrogés sur le bilan de

¹³¹⁷ 1 AC sondée.

¹³¹⁸ 1 AV interviewé.

¹³¹⁹ 1 AV interviewé.

¹³²⁰ 1 AC sondée.

¹³²¹ 1 AC sondée.

¹³²² Code de la commande publique, art. R. 2123-1.

¹³²³ 1 AC sondée.

¹³²⁴ 2 AC sondées.

¹³²⁵ 1 OE interviewé.

¹³²⁶ 1 AC sondée.

¹³²⁷ 2 AC sondées.

¹³²⁸ 1 AV, 4 AC, et 3 OE.

l'intégration de l'innovation au sein de la commande publique (§I.), ou sur les potentielles solutions qui pourraient être adoptées à cet égard (§II.).

§I. Le bilan majoritairement négatif de l'intégration de l'innovation au sein de la commande publique

L'insuffisance manifeste de l'intégration de l'innovation. Si certains estiment que certains outils liés à l'innovation sont plutôt satisfaisants (A.), la majorité des enquêtés souligne à l'inverse l'existence d'un nombre important de freins à l'intégration de l'innovation au sein de la commande publique (B.).

A. La perception minoritaire : l'efficacité de certains outils

Des procédures de passation généralement adaptées. Trois interviewés émettent un avis positif quant aux procédures de passation susceptibles d'être mobilisées dans le cadre de l'innovation. Ainsi, une autorité contractante indique ne pas avoir « *identifié de difficulté sur le plan juridique* » pour la mobilisation de l'innovation au sein de la commande publique, et souligne à l'inverse l'existence de dispositifs disponibles, comme les « *dispenses de mise en concurrence ou les marchés négociés [...] [et] le dialogue compétitif* ». Un avocat estime également que « [l]e mécanisme intéressant [...] est l'exception technique à une mise en concurrence¹³²⁹ [qu'i]l a déjà mis en œuvre notamment avec les sociétés d'accélération du transfert de technologies ». Un opérateur économique émet un avis un peu plus nuancé sur un dispositif (le marché de recherche et de développement), tout en mettant un exergue deux autres procédures dédiées à l'innovation (le partenariat d'innovation et une procédure non issue des directives européennes – le marché d'innovation à moins de 100 000 €) :

« -Le marché de recherche et développement (R&D) de gré à gré qui donne lieu à une remise en concurrence en aval : [...] ce marché est peu adapté, dans la mesure où il y a la possibilité de captation par un opérateur économique du développement d'un produit d'un autre opérateur, et donc la possibilité de bénéficier de la recherche et du développement réalisés par un autre opérateur. Il y a ainsi une

¹³²⁹ Ceci désigne un motif de recours aux marchés « de gré à gré » et, plus précisément, l'article 32 §2 b) de la directive 2014/24 : « lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier, pour l'une quelconque des raisons suivantes :

i) l'objet du marché est la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ;
ii) il y a absence de concurrence pour des raisons techniques ;
iii) la protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle [nous soulignons] ».

insécurité juridique trop importante et des questions essentielles liées au partage de la propriété intellectuelle. Ceci explique que ce marché soit en perte de vitesse.

- Le marché de partenariat d'innovation : il s'agit de mettre en pratique l'innovation codéterminée avec l'autorité contractante. [...] ce dispositif est plus pertinent que le marché de R&D, car il donne à l'opérateur économique l'assurance de développer ce qu'il a brainstormé. Le marché d'innovation à moins de 100 000 € avait toute sa raison d'être. »

Le cadre juridique satisfaisant des droits de la propriété intellectuelle liés à l'innovation. Seul un interviewé – un opérateur économique – affirme « a[voir] le sentiment que le cadre juridique est suffisamment clair » concernant la sauvegarde et la répartition des droits de propriété intellectuelle liés à l'innovation.

La synthèse. La perception positive de l'intégration de l'innovation au sein de la commande publique est isolée au sein du nombre d'interviewés et semble limitée à certains dispositifs ou outils juridiques.

A. La perception majoritaire : de multiples freins à l'intégration de l'innovation

La définition inopérante de l'innovation. Interrogés sur la définition de l'innovation, cinq des huit interviewés¹³³⁰ et deux¹³³¹ des huit sondés¹³³² sur cette question affirment que la définition de l'innovation n'est pas opérationnelle et constitue un frein à l'intégration de l'innovation. Or, cette question « se pose de manière systématique lorsqu'il est question d'achat innovant »¹³³³. Par exemple, un avocat interviewé souligne :

« Le principal frein [à la mobilisation de l'innovation] réside dans l'absence de clarté de la notion [...]. La question qui revient sans cesse est celle d'identifier ce qui est innovant. Il faudrait faire du sourcing. Or, le but du mécanisme de l'achat innovant [marché « de gré à gré » français en dessous de 100 000 €] est d'aller vite, sans publicité et sans mise en concurrence. »

¹³³⁰ Les 8 interviewés sont 1 AV, 3 OE, et 4 AC.

¹³³¹ 2 AC.

¹³³² 8 AC.

¹³³³ 1 AC.

Une autorité contractante interviewée affirme dans le même sens que « [l]e *périmètre de l'innovation n'est pas suffisamment défini : se pose la question de savoir ce qu'est l'innovation. Jusqu'alors, il n'existe aucune jurisprudence dans laquelle le caractère innovant d'un produit est contesté* ». Un opérateur économique interviewé partage cet avis et indique ne pas être convaincu de la nature claire et explicite de l'innovation, pour en déduire qu'« [i]l y a un effort de clarification à faire ».

Deux autres autorités contractantes participant à l'enquête qualitative mettent en exergue le fait que seul un outil soit utile pour cerner la définition de l'innovation, bien que cet outil ne soit pas suffisant : le *guide pratique français de la DAJ sur l'achat public innovant*.

Ainsi, une autorité contractante et un opérateur économique, interviewés sur la manière dont ils définissent l'innovation, reprennent simplement la définition des directives européennes, c'est-à-dire « *le processus de développement de produits ou de service nouveaux* »¹³³⁴ et « *l'innovation de processus ou organisationnelle* »¹³³⁵. Sept participants à l'enquête quantitative¹³³⁶ étaient également interrogés sur la définition qu'ils donnent à l'innovation. Si l'un d'entre eux se contente de mentionner l'existence d'un guide de la DAJ en la matière, les autres sondés reproduisent la définition européenne de l'innovation¹³³⁷ ou mettent en exergue certains aspects essentiels de la définition européenne¹³³⁸.

L'insécurité juridique généralisée. Les limites relatives à la définition de l'innovation au sein du droit de la commande publique participent d'un frein plus général : celui de l'insécurité juridique innervant la mobilisation de l'innovation. Trois des huit interviewés font expressément référence à l'insécurité juridique, et les trois quarts des sondés (soit douze autorités contractantes sur seize) répondent négativement à la question de savoir si

¹³³⁴ 1 AC.

¹³³⁵ 1 OE.

¹³³⁶ 7 AC.

¹³³⁷ L'une des autorités contractantes répond en indiquant : « [m]ise en œuvre d'un produit (bien ou service) ou d'un procédé (de production) nouveau ou sensiblement amélioré, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques d'une entreprise, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures ».

Une autre affirme qu'il s'agit d'une « [s]olution qui n'existe pas actuellement sur le marché ou qui nécessite des améliorations », tandis qu'une troisième indique que l'innovation renvoie aux « évolutions techniques apportées à une solution existante ou l'émergence d'une nouvelle solution ».

¹³³⁸ Ainsi, l'un des sondés affirme qu'« [i]l s'agit d'une solution qui ne répond pas à un besoin standard ».

Un autre sondé souligne que l'innovation recouvre « [u]ne nouveauté, une invention, corroborée par un titre de propriété industrielle comme un brevet ».

Un autre participant à l'enquête quantitative répond que l'innovation renvoie à un « procédé qui n'existe pas sur le marché ».

Un huitième sondé a répondu à la question de savoir comment il définit l'innovation, mais a fourni une réponse inexploitable : « Je ne sais pas ce qui est un problème en soi ».

l'encadrement juridique de l'innovation est suffisant ou opérationnel.¹³³⁹ Parmi les difficultés juridiques plus précises identifiées par certains sondés figurent le « *devenir des données collectées* »¹³⁴⁰, les difficultés pour assurer l'égalité de traitement des candidats, ou la répartition des droits de propriété intellectuelle¹³⁴¹.

Une autorité contractante interviewée évoque même une « *insécurité juridique permanente* ». Ceci résulte selon cet interviewé de la nature à la fois technique et évolutive de l'innovation, qui est difficilement appréhensible par le droit :

« [...] le principe même de l'innovation emporte un débat technique. [...] exemple : dernier marché de [m]a structure concernant les équipements technologiques, qui suscite des questions liées à l'innovation sur les 20 ou 30 prochaines années. Or, l'innovation est évolutive : ce qui est innovant aujourd'hui ne le sera peut-être plus quand la procédure de passation sera achevée. [...] exemple de l'intelligence artificielle : certains opérateurs se prétendent innovants alors qu'ils ne le sont pas nécessairement, ce qui donne systématiquement lieu à un débat technique (même en présence de 30 ingénieurs, qui ne partagent pas le même avis sur la nature innovante ou non).

[...] en définitive, le juriste tranche actuellement des questions techniques, alors même que la définition technique ne relève pas du rôle du juriste à [m]on sens.

Il existe donc un risque juridique de requalification, en raison même de cette définition, de la qualification, de l'innovation. Ceci est renforcé par la nature "désastreuse" de la jurisprudence sur le sujet, d'autant que le juge administratif ne dispose pas de l'expertise nécessaire pour qualifier lui-même l'innovation ».

¹³³⁹ Seules deux autorités contractantes répondent positivement, estimant ainsi que l'encadrement juridique actuel est opportun pour intégrer l'innovation au sein de la commande publique.

Les deux autres autorités contractantes sondées sur cette question ne se prononcent pas, en répondant « *ne sais pas* » ou « *mitigé* ».

¹³⁴⁰ 1 AC.

¹³⁴¹ Ces deux dernières difficultés sont mises en exergue par une même autorité contractante : « *[L]es clauses relatives à la propriété intellectuelle posent des difficultés [...] [L]es échanges en cours de dialogue également pour garantir une égalité de traitement dans le respect du secret des affaires. Nous avons plusieurs fois frein[é] des projets car les opérationnels avaient échangé avec des opérateurs économiques préalablement à consultation. Remettre les opérateurs économiques sur un même pied d'égalité n'était pas possible* ».

Cette incertitude juridique se manifeste également à l'égard des procédures disponibles dans le cadre de l'innovation. Une autorité contractante interviewée estime à cet égard que l'identification de la procédure la plus adéquate pour l'innovation n'est pas aisée, et que le partenariat d'innovation suscite d'importantes difficultés. D'où sa préférence en pratique pour les « *procédures négociées qui ne sont pourtant pas les plus adaptées à l'innovation* ». Un opérateur économique interviewé affirme même que l'acheteur « *court [...] un risque juridique à recourir* » au partenariat d'innovation : « *dans la mesure où la procédure du partenariat d'innovation est dérogatoire, l'acheteur doit le justifier* ». Les résultats de l'enquête quantitative confortent les difficultés liées aux procédures utilisées pour des marchés innovants. En effet, sur quinze autorités contractantes interrogées sur la question de savoir si elles concluent fréquemment des contrats liés à l'innovation et, le cas échéant, des partenariats d'innovation, plus de la moitié (huit) répondent négativement¹³⁴². L'une de ces autorités contractantes sondées développe davantage en indiquant : « *[n]ous utilisons les procédures sans mise en concurrence d'innovation, mais le partenariat d'innovation est une procédure lourde qui nécessite des moyens d'ingénierie importants qui ne sont pas à la portée de tous. Nous préférons donc miser sur une phase de sourcing/marchés innovants de faibles montants puis un marché à tranche avec des phases de tests/développement final de la solution* ». Une autre affirme « *utilis[er] le dialogue compétitif en priorité* ».

L'un¹³⁴³ des huit sondés¹³⁴⁴ concernant les freins à l'innovation et la possibilité de créer une structure d'appui pour lever ces freins estime en revanche que « *[l]es freins ne sont à mon sens pas juridiques, mais pratiques* » en donnant des éléments relatifs au BTP¹³⁴⁵. Un autre¹³⁴⁶ des participants à l'enquête quantitative ayant répondu à cette même question souligne également un frein non juridique : le coût. Ceci fait écho aux moyens et caractéristiques nécessaires à l'intégration de l'innovation au sein de la commande publique.

Les prérequis exigeants à la mobilisation de l'innovation. La rareté de la mobilisation de l'innovation, voire la réticence à conclure des contrats qui y sont dédiés, peut également s'expliquer par les caractéristiques ou qualités dont les parties doivent disposer pour

¹³⁴² Seules trois autorités contractantes répondent positivement, les sondés restants répondant qu'ils ne savent pas (2 AC) ou « *plus ou moins* » (2 AC).

¹³⁴³ 1 AC.

¹³⁴⁴ 8 AC.

¹³⁴⁵ « *Dans le bâtiment cela pose des questions relatives à la prise en charge par les assurances en cas de défaut. Ensuite la modification des pratiques que cela induit parfois chez l'acheteur induit une réticence naturelle plutôt difficile à combattre* ».

¹³⁴⁶ 1 AC.

promouvoir l'innovation. Cinq¹³⁴⁷ des huit interviewés et cinq sondés font état de telles limites, qui peuvent être regroupées en quatre catégories.

La première catégorie repose sur le niveau d'expertise exigé de l'autorité contractante. Deux autorités contractantes et un avocat interviewés soulignent à cet égard l'importance de connaître le domaine. « [L]a *mauvaise connaissance du domaine* »¹³⁴⁸ constituant le principal frein à l'innovation, il est essentiel de connaître le secteur économique visé « *pour déterminer si l'innovation proposée répond bien au besoin* »¹³⁴⁹. Ceci implique « *un niveau d'expertise très élevé* »¹³⁵⁰. Deux¹³⁵¹ des cinq sondés¹³⁵² sur les caractéristiques ou qualités dont doivent disposer les parties à un contrat lié à l'innovation mettent également en exergue l'importance de connaître le secteur, en sus – pour l'un d'entre eux – de l'« *analyse fine du besoin* ». Dans la continuité de l'expertise et des connaissances de l'autorité contractantes requises, l'un des sondés¹³⁵³ estime de manière générale que l'autorité doit disposer « *de vraies compétences d'acheteur (au sens du secteur privé)* », ce qui est davantage développé par un autre sondé¹³⁵⁴ selon lequel « [l]'acheteur doit avoir une grande maturité technique et juridique sur le sujet. Les règles liées à la propriété intellectuelle, le régime des résultats ainsi que la confidentialité doivent être appréciés au cas par cas et sont complexes ».

La deuxième catégorie repose sur l'ampleur des « *moyens humains et financiers* »¹³⁵⁵, c'est-à-dire « *des ressources en interne importantes* »¹³⁵⁶, dont doivent disposer les deux parties, comme le mettent en lumière trois interviewés – deux autorités contractantes et un opérateur économique. Si l'opérateur économique souligne qu'« *il suffit d'une personnalité volontaire et qualifiée qui souhaite s'engager dans l'innovation* », il reconnaît également qu'en pratique « *[c]e sont souvent les grandes entreprises qui sont à même de porter des projets innovants* ». Il complète en soulignant qu'il y a parfois « *une absence de moyens, de volonté, ou les deux* ».

Une troisième catégorie repose sur le temps nécessaire à la conclusion et à l'exécution de contrats liés à l'innovation, « *notamment du côté des acheteurs qui agissent souvent dans la*

¹³⁴⁷ 3 AC, 1 AV et 1 OE.

¹³⁴⁸ 1 AC.

¹³⁴⁹ 1 AV.

¹³⁵⁰ 1 AC.

¹³⁵¹ 2 AC.

¹³⁵² 5 AC.

¹³⁵³ 1 AC.

¹³⁵⁴ 1 AC.

¹³⁵⁵ 1 AC.

¹³⁵⁶ 1 AC.

précipitation » comme le souligne un avocat interviewé. Le temps nécessaire pour les contrats liés à l'innovation est également mis en exergue par l'une des cinq autorités contractantes sondées à ce sujet.

La quatrième et dernière catégorie est également mise en lumière par cet avocat interviewé, qui souligne l'importance de la « *co-construction du besoin* » dans le cadre de l'innovation. Il affirme que cela implique notamment que « [l]es opérateurs économiques [jouent] le jeu pour aider l'acheteur et non pas tirer la couverture à eux ». L'un des cinq participants à l'enquête quantitative interrogés sur les caractéristiques ou qualités nécessaires pour le succès d'un contrat lié à l'innovation relève également l'importance des échanges.

La synthèse. Les différentes limites mises en lumière par les enquêtés semblent converger et se renforcer mutuellement. Elles sont en outre de différentes natures et non exclusivement juridiques, comme le démontrent les prérequis à la mobilisation de l'innovation.

§II. Les solutions potentielles pour renforcer l'intégration de l'innovation

La diversité des améliorations possibles. Les solutions proposées par les enquêtés, ou proposées à ceux-ci afin de recueillir leur opinion, peuvent être classées en deux catégories, selon qu'il s'agit de nouveaux outils propres à l'innovation (A.) ou du perfectionnement de dispositifs existant déjà au sein de la commande publique (B.).

A. Les nouveaux dispositifs dédiés à l'innovation

La création d'un outil de sécurisation et d'accompagnement. Cinq interviewés¹³⁵⁷ et huit sondés¹³⁵⁸ soit ont spontanément proposé des solutions pour accompagner les acheteurs et ainsi limiter l'insécurité juridique entourant l'innovation, soit ont été interrogés sur des solutions émanant de la Chaire de droit des contrats publics.

Un avocat interviewé souligne spontanément la nécessité d'« *une doctrine gouvernementale ou [d']un texte qui permette de sécuriser la prise de décision* » concernant l'innovation, en particulier compte tenu du manque de clarté de la définition de l'innovation.

¹³⁵⁷ 1 AV, 3 AC, et 1 OE.

¹³⁵⁸ 8 AC.

Parmi les interviewés, deux autorités contractantes et un opérateur économique se prononcent en faveur de la création d'une structure d'appui aux autorités contractantes pour les accompagner dans la recherche de l'innovation proposée par la Chaire de droit des contrats publics. Les participants à l'enquête quantitative étaient également amenés à se prononcer sur l'identification des freins à l'innovation et sur la pertinence de la création d'une structure d'appui. Trois des huit autorités contractantes sondées en la matière déclarent être favorables à une telle structure¹³⁵⁹, une quatrième estime que l'accompagnement est nécessaire – sans répondre précisément sur la question d'une structure d'appui –¹³⁶⁰ et les quatre autres se contentent d'énoncer les freins à l'innovation sans se prononcer sur la création d'une structure d'appui. L'une des autorités contractantes interviewées propose par ailleurs un outil ayant sensiblement le même objectif : « *créer une forme de label ou une certification délivrée par un organisme externe* ». Cet outil pourrait faire écho à une limite identifiée par un opérateur économique interviewé en l'état actuel du droit :

« [...] le Guide sur l'achat public innovant est excellent, mais [...] il est arrivé un peu tard et [...] il reste encore trop théorique. [...] [I]l faudrait une boîte à outils contractuels et pratiques pour les autorités contractantes avec un accent sur les clauses de propriété intellectuelle (ex : trame type en la matière, clausiers type LexisNexis). L'explication pédagogique est très bien, mais il [y a] un manque de "livrable" pratique ».

Le cinquième et dernier interviewé sur le sujet – une autorité contractante – émet un avis plus réservé concernant la création d'une structure d'appui :

« [...] cela permettrait effectivement de sécuriser l'achat innovant, mais poserait différentes difficultés. La première problématique serait celle du périmètre du label (le principe même de l'innovation étant qu'il s'agit d'idées nouvelles et propres à chaque secteur). L'autre difficulté concernerait les pouvoirs qu'on conférerait à telle ou telle autorité chargée de délivrer les labels ».

¹³⁵⁹ L'une des trois autorités contractantes alerte toutefois quant aux potentiels inconvénients d'une telle structure : « [I]a création de structure dédiée peut être une solution mais avec une crainte de charge administrative et lenteur ».

¹³⁶⁰ « L'accompagnement est nécessaire pour permettre aux acheteurs publics d'avoir un cadre de référence clair pour aller plus loin dans la démarche d'approche de la solution (caractérisation) et, in fine, concrétisation par les outils contractuels adéquats. La frilosité est peut-être synonyme de risque juridique. Le but étant de satisfaire le besoin en nature et en étendue et de choisir l'offre la plus pertinente à la fois économiquement et contractuellement aux vues des solutions présentes sur le marché ».

Le renforcement de l'inclusion de l'innovation à tous les stades de la procédure. Une autorité contractante interviewée n'émet pas de suggestion précise, mais indique qu'« [i]l serait judicieux de regarder ce qui peut être changé à tous les stades de la procédure pour inclure l'innovation, notamment pour la sélection des candidats ».

Le retour aux marchés de définition. Faisant écho aux critiques émises par deux autorités contractantes concernant spécifiquement le partenariat d'innovation dans le cadre de l'enquête qualitative¹³⁶¹, un opérateur économique interviewé indique que « *le partenariat d'innovation n'est pas opérationnel* ». Il souhaite ainsi le remplacer par un ancien outil français : le marché de définition.

La synthèse. Les solutions relatives à la sécurisation et à l'accompagnement dans le cadre de l'innovation sont celles ayant recueilli le plus grand nombre d'avis positifs. D'autres solutions proposées par les interviewés semblent plus isolées, mais pourraient lever certaines limites à l'intégration de l'innovation au sein de la commande publique.

B. L'amélioration des outils préexistants non réservés à l'innovation

La sécurisation des variantes. Un avocat, une autorité contractante et deux opérateurs économiques interviewés ainsi que quinze autorités contractantes sondées se sont prononcés sur la possibilité que les variantes puissent être mobilisées dans le cadre de l'innovation.

Deux des interviewés – un avocat et un opérateur économique – estiment qu'il s'agit d'un outil efficace pour promouvoir l'innovation, mais que le cadre juridique actuel des variantes est insuffisamment sécurisant. Ainsi, un avocat « *souhaite un meilleur encadrement juridique des variantes* » afin de limiter les risques de « *laxisme côté acheteur ou [d']une définition insuffisante du besoin* » tout en encourageant l'innovation. Un opérateur économique souligne les avantages des variantes (« *marge de créativité pour les opérateurs économiques* » et « *proposition de solutions optimales* »), mais reconnaît la réticence des autorités

¹³⁶¹ Une autorité contractante interviewée estime que « [l]a procédure du partenariat d'innovation est aussi compliquée qu'inutile ».

Une autre autorité contractante interviewée affirme dans le même sens que « *les conditions à réunir pour mobiliser ces outils [la conception-réalisation ou le marché global de performance, qu'elle compare au partenariat d'innovation] semblent trop exigeantes, ce qui suscite la peur. Le partenariat d'innovation exige une forte ambition et de la témérité, ce qui explique [le recours] en pratique à d'autres procédures pour éviter le partenariat d'innovation* ».

contractantes concernant les variantes, car ces dernières « *entravent la comparaison des offres* ». Il propose ainsi « *que les autorités contractantes établissent des exigences minimales et accordent davantage de liberté concernant les propositions et l'innovation des opérateurs économiques* ». Dans le même sens, presque la moitié des sondés¹³⁶² répond favorablement à la question de savoir si les variantes constituent un outil potentiel de promotion de l'innovation et, le cas échéant, si leur encadrement juridique devrait être renforcé ou amélioré. Trois autorités contractantes ayant répondu positivement à cette question proposent à ce titre des modifications du cadre juridique des variantes. La première estime que les variantes devraient toujours être autorisées, la deuxième suggère de « *permett[re] de faire des critères dédiés par exemple* », et la troisième – sensiblement dans le même sens – indique qu'il faudrait « *faciliter leur analyse par un cadre clair et la possibilité de critère permettant leur valorisation* ». Seuls deux sondés¹³⁶³ sur quinze répondent négativement à la question de savoir si les variantes pourraient promouvoir l'innovation et si leur cadre juridique devrait être modifié pour ce faire. Six répondent « *mitigé* » tout en indiquant, pour l'un d'entre eux, que le cadre juridique est « *à améliorer* », semblant ainsi indiquer que les variantes pourraient faciliter l'intégration de l'innovation si son cadre juridique était perfectionné.

Les deux autres interviewés ont répondu sur la qualité du cadre juridique applicable aux variables (même hors innovation). Ils ont émis des avis similaires aux autres interviewés. Ainsi, un opérateur économique affirme que « *le régime juridique non harmonisé entre les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices ne facilite pas le recours à ces dernières* ». Une autorité contractante souligne plus généralement « *qu'il faudrait lever l'insécurité juridique relative aux variantes, car cette insécurité freine le recours aux variantes par les acheteurs* », alors même qu'il s'agit d'un « *axe d'amélioration important, quelle que soit la catégorie de marchés* ».

La généralisation du sourcing. Un opérateur économique interviewé a spontanément souligné que le *sourcing* « *permet de faciliter la réponse à une expression de besoins des acheteurs publics notamment en matière d'innovation et de développement durable (exemple : questions d'évacuation des déchets, utilisation de l'eau)* ». Cet interviewé estime qu'il faudrait généraliser le *sourcing*, actuellement « *mal connu des acheteurs et sous-utilisé* ».

¹³⁶² 7 AC sur 15 AC.

¹³⁶³ 2 AC.

L'adaptation des procédures. Seuls les participants à l'enquête quantitative ont répondu à deux questions connexes liées aux procédures susceptibles d'être mobilisées pour des marchés innovants. La première question portait sur la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif. Bien que nuancées, les réponses d'un peu plus de la moitié des sondés révèlent que ces deux procédures sont susceptibles de constituer un outil d'intégration de l'innovation, même si certains changements de ces procédures seraient nécessaires pour améliorer leur mobilisation en la matière. Ainsi, sur onze autorités contractantes sondées ayant donné une réponse « tranchée »¹³⁶⁴, seules trois ont réfuté l'efficacité de la procédure concurrentielle avec négociation et du dialogue compétitif pour répondre aux besoins innovants des acheteurs. Cinq autorités contractantes – soit presque la moitié des sondés s'étant réellement prononcés sur cette question – répondent en revanche par la positive, et trois répondent « *mitigé* ». Parmi ces trois dernières (autorités contractantes n'étant pas pleinement convaincues de l'efficacité actuelle de ces deux procédures pour mettre en œuvre l'innovation), deux apportent des précisions importantes mettant en lumière les modifications qui leur semblent nécessaires. Ainsi, la première propose d'élargir la notion de prix provisoire, et la seconde de permettre « [d]es échanges préalables à la sélection de candidatures [...] sans risque[...] de rompre l'égalité de traitement ». La deuxième question posée aux sondés portait sur l'opportunité de simplifier, à l'échelle européenne, les procédures applicables aux marchés innovants, par exemple en allégeant les procédures formalisées. Parmi les réponses « claires » des sondés – soit parmi neuf¹³⁶⁵ réponses sur quatorze¹³⁶⁶ - la majorité¹³⁶⁷ se déclare favorable à la simplification des procédures mobilisables pour les marchés innovants, faisant ainsi écho aux critiques précédemment citées et adressées par exemple au partenariat d'innovation. Seules deux autorités contractantes sondées n'y sont pas favorables.

Le renforcement de l'adéquation entre les outils de modification et l'innovation. Six interviewés¹³⁶⁸ et quatorze autorités contractantes sondées étaient interrogés sur la modification d'un contrat au titre de l'innovation. Ils se sont prononcés sur

¹³⁶⁴ 15 autorités contractantes ont répondu à cette question, mais quatre ont indiqué ne pas savoir.

¹³⁶⁵ 9 AC.

¹³⁶⁶ 14 AC.

Cinq autorités contractantes déclarent qu'elles ne savent pas (2 AC) ou répondent « *plus ou moins* » (3 AC).

¹³⁶⁷ 7 AC sur 9 AC.

¹³⁶⁸ 1 AV, 3 AC, et 2 OE.

l'opportunité d'adapter davantage les règles actuelles de modification, pour faciliter la prise en considération de l'innovation.

Concernant l'éventuelle création d'un motif de modification dédié à l'innovation, seule une autorité contractante interviewée a déclaré y être « *extrêmement favorable* » sans réserve. Elle propose toutefois des modalités ou, du moins, indique des contrats pour lesquels un tel motif serait approprié :

« [...] *en particulier pour des marchés longs (de huit, neuf, ou dix ans par exemple), compte tenu de la nature fortement évolutive du monde industriel. [...] cela devrait être mis en perspective avec les durées des procédures de passation extrêmement longues (en tout cas pour ce qui concerne [m]a structure) et [...] un tel dispositif permettrait de pallier l'obsolescence.* »

Cette perception positive de la création d'un nouveau motif de modification est davantage prégnante parmi les sondés. Ainsi, la moitié des participants à l'enquête quantitative – soit sept autorités contractantes sur quatorze – répond positivement à la question de savoir si l'innovation devrait constituer un nouveau motif de modification du contrat¹³⁶⁹. L'une de ces sept autorités contractantes sondées apporte toutefois des précisions relativisant les effets d'un tel motif de modification, en ajoutant qu' « [i]l est déjà possible de le prévoir dans la clause de réexamen, mais il serait louable que ce soit intégré dans les directives ».

Les autres interviewés émettent un avis légèrement plus nuancé. Quatre d'entre eux affirment être favorables à la création d'un motif de modification lié à l'innovation, mais alertent sur l'importance d'un encadrement pour éviter de potentielles dérives. Ainsi, un opérateur économique met en avant l'opportunité d'un tel outil compte tenu des limites de la clause réexamen (qui « *doit avoir été prévue dès la consultation* »), mais uniquement « *à condition de bien encadrer cette modification* ». Il ajoute qu' « *il faudrait que le maître d'ouvrage juge opportun de la prévoir et d'en organiser les modalités d'activation (avec les travaux supplémentaires ou les surcoûts que cela peut engendrer)* ». Un autre opérateur économique souscrit également à la proposition d'un nouveau motif de modification (notamment pour « *compléter les dispositifs actuels* », et « *en raison de l'obsolescence rapide* » en ce qui concerne les marchés de nouvelles technologies), en suggérant des modalités plus précises. Il émet ainsi l'idée « *de s'inspirer des clauses de réexamen actuelles en la matière et*

¹³⁶⁹ Les sept autres autorités contractantes sondées sur cette question répondent négativement pour une partie d'entre elles (4 AC) ou qu'elles ne savent pas (3 AC).

de rendre obligatoires les clauses de révision des prix pour la parité dollar-euro dans les marchés technologiques », ainsi que « *de faire évoluer le contrat à l'intérieur d'un pourcentage* ». Dans le même sens, une autorité contractante lie l'opportunité d'un motif de modification dédié à l'innovation à « *un encadrement financier pour la bonne utilisation des deniers publics* ». Un avocat souligne l'importance de garde-fous et reprend la même idée de « *corrélér la clause à un pourcentage par rapport au montant initial du marché* ». Cet avocat est toutefois plus réservé sur l'opportunité de ce nouvel outil, en estimant que seul « *un marché [...] pourrait s'y prêter : la location ou l'achat de véhicules* ». Pour les autres marchés, il souligne le risque de création d'une insécurité juridique importante et d'« *une mauvaise définition du besoin qui laisserait carte blanche aux opérateurs économiques* ». Une autorité contractante souligne qu'il s'agit d'« *[u]n point d'amélioration à creuser* », mais alerte sur le fait que la modification constitue « *un nid à contentieux de manière générale, pas seulement sous l'angle de la modification* ».

En revanche, quatre des quatorze autorités contractantes sondées sur cette question indiquent être défavorables à la création d'un motif de modification dédié à l'innovation, dont l'une alertant sur le risque de « *requalification en modification substantielle* ». Les trois sondés restants ne se prononcent pas¹³⁷⁰.

La réception majoritairement positive d'un éventuel nouveau motif de modification est susceptible de résulter de l'inadéquation des dispositifs actuels pour prendre en compte l'innovation. Une autorité contractante met ainsi en exergue la nature irréconciliable des exigences de la clause de réexamen et de l'innovation : « *la clause de réexamen est privée de tout effet utile dans ce cas de figure, car elle doit être précise, mais cela est impossible dans le cas de l'innovation* ». Cet interviewé suggère en conséquence d'établir « *un cadre juridique plus balisé* » de la prise en compte de l'innovation au sein de la clause de réexamen, et propose par ailleurs « *d'élargir les prix provisoires en matière d'innovation* ».

Le renforcement de la lisibilité et de la cohérence des règles applicables.

Une autorité contractante interviewée propose la création d'« *un titre unique dans le Code de la commande publique relatif à l'innovation (exemple : “marchés faisant appel à l'innovation”)* » et une mise en cohérence des règles ».

¹³⁷⁰ Trois autorités contractantes ont indiqué ne pas savoir si l'innovation devrait constituer un nouveau motif de modification du contrat.

La synthèse. Une pluralité de mesures est envisageable pour améliorer l'intégration de l'innovation, bien qu'il ne soit pas certain qu'elles fassent toutes consensus. Une partie non négligeable des interviewés et des sondés semblent favorables à la fois à de nouveaux dispositifs propres à l'innovation et à l'amélioration de dispositifs communs à l'ensemble du droit de la commande publique.

AXE 4 : LES TECHNIQUES D'ACHAT

L'objectif des enquêtes. Pour appréhender les difficultés relatives aux techniques d'achat, les enquêtés pouvaient être interrogés sur l'accord-cadre (**thématique 9**) et/ou sur le système d'acquisition dynamique (**thématique 10**).

THEMATIQUE N° 9 : L'accord-cadre

Le déroulement des enquêtes. Les huit interviewés¹³⁷¹ et les dix-neuf sondés¹³⁷² ayant sélectionné cette thématique étaient interrogés sur les caractéristiques propres à l'accord-cadre (§I.), ou le recours à l'accord-cadre (§II.), ou son exécution (§III.).

§I. La caractéristique principale de l'accord-cadre : l'incertitude

L'adaptabilité apparente de l'accord-cadre. Parmi les enquêtés, quatre interviewés¹³⁷³ et onze sondés¹³⁷⁴ étaient interrogés sur les atouts et faiblesses de l'accord-cadre. Deux interviewés – des autorités contractantes – et quatre sondés – soit un total de six autorités contractantes – ont explicitement mis en exergue la flexibilité, la souplesse, de cet outil. Selon l'une des autorités contractantes interviewées, cette flexibilité résulte de « *la double typologie (bons de commande / marchés subséquents) [...] [qui] permet aux acheteurs publics de mieux répondre à l'incertitude qui gouverne la définition de leur besoin* ». La nature protéiforme de l'accord-cadre est également mise en exergue, par la seconde autorité contractante interviewée, comme participant de la souplesse de cet outil. Un cinquième

¹³⁷¹ 2 AV, 3 AC, et 3 OE.

¹³⁷² 1 AV et 18 AC.

¹³⁷³ 1 AV, 2 AC, et 1 OE.

¹³⁷⁴ 1 AV et 10 AC.

sondé¹³⁷⁵ relève implicitement cette flexibilité en qualifiant l'accord-cadre de « *montage juridique intéressant auprès des services prescripteurs puisqu'il permet d'amener en interne des réflexion[s] sur la planification des achats* ».

Dans le même sens, bien que plus nuancé, un opérateur économique interviewé affirme que « *l'absence de définition précise du besoin de l'acheteur* » constitue à la fois un atout et une faiblesse de l'accord-cadre.

Seul un des quatre interviewés met en exergue un atout différent : « *l'existence d'une seule mise en concurrence, même si elle est un peu "lourde"* »¹³⁷⁶.

Certains sondés font en revanche état soit d'une souplesse excessive, soit – à l'inverse – de certains aspects trop restrictifs de l'accord-cadre. Ainsi, l'un¹³⁷⁷ des sondés interrogés sur les atouts et faiblesses de la réglementation actuelle de l'accord-cadre estime que celle-ci est « *[t]rop permissive [et génère un] [d]éséquilibre économique de la relation contractuelle* ». Un autre sondé¹³⁷⁸ estime également que la réglementation devrait être plus restrictive concernant la mobilisation de l'accord-cadre pour certaines prestations : « *[c]ertaines natures de prestations devraient en être exclu[es], au moins s'agissant des accords-cadres à bons de commande (MOE, travaux)* ». À l'inverse, trois sondés¹³⁷⁹ estiment que certaines règles actuelles pourraient être assouplies, en soulignant – pour deux d'entre eux – que l'obligation d'indiquer le montant maximum constitue une faiblesse – et – pour le troisième – que la durée maximale (de quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs) pourrait être améliorée ou constitue une faiblesse.

La nature indéterminée de l'accord-cadre. Trois interviewés¹³⁸⁰ mettent en exergue des interrogations quant à la nature de l'accord-cadre, c'est-à-dire quant à la question de savoir s'il s'agit d'une technique d'achat ou d'un contrat. Un avocat se réfère en ce sens à la précédente qualification en droit français à l'origine de cette incertitude : « *les marchés à bons de commande, qui constituaient une typologie de contrats, sont devenus en France les accords-cadres qui sont des techniques d'achat* ». Une autorité contractante identifie également cette

¹³⁷⁵ 1 AC.

¹³⁷⁶ 1 AV.

¹³⁷⁷ 1 AV.

¹³⁷⁸ 1 AC.

¹³⁷⁹ 3 AC.

¹³⁸⁰ 2 AV et 1 AC.

difficulté et recommande en conséquence une modification des directives européennes sur ce sujet :

« Une autre difficulté repose sur l'assimilation trompeuse juridiquement entre accord-cadre et technique d'achat. Il y a derrière cette question un vrai débat doctrinal : l'accord-cadre doit-il être assimilé à un contrat (qui peut être modifié comme tel) ou, au contraire, à une simple technique d'achat qui laisse ensuite sa place à un contrat ? ».

Un autre avocat émet également une proposition en ce sens : *« il faudrait préciser qu'il s'agit d'une technique d'achat qui aboutit à un contrat ».*

La synthèse. Les réponses des interviewés et d'une grande partie des sondés mettent en lumière le fait que l'accord-cadre constitue une réponse à l'incertitude du besoin de l'acheteur, mais est lui-même empreint d'incertitude, ne serait-ce que concernant sa nature.

§II. Le cadre juridique insatisfaisant du recours à l'accord-cadre

L'interdiction abstraite de l'usage abusif de l'accord-cadre. Quatre interviewés¹³⁸¹ et neuf sondés¹³⁸² se sont prononcés quant à l'interdiction de l'usage abusif ou la seule exigence qui lui soit expressément reliée – à savoir, l'obligation d'indication d'un montant maximum au sein de l'accord-cadre.

Un avocat interviewé souligne n'avoir *« jamais été confronté »* à l'interdiction de l'usage abusif des accords-cadres. L'exigence d'un montant maximum ne constitue pas à son sens *« un réel handicap »*, mais il affirme qu'elle suscite des difficultés liées à *« l'appréciation du montant maximum (qui est parfois sous-évalué) »*.

Deux autres interviewés et huit des neufs sondés¹³⁸³ proposent des formes d'usage abusif de l'accord-cadre. Un avocat interviewé *« perçoit un usage abusif dans la conclusion de marchés de gré à gré en matière de prestations de conseil lorsque le service est répétitif (car [cela] revient à dire qu'il s'agit d'un accord-cadre) et dépasse les seuils »*. Il n'est toutefois pas favorable aux propositions françaises récentes, issues de l'Observatoire de l'éthique publique,

¹³⁸¹ 2 AV et 2 AC.

¹³⁸² 1 AV et 8 AC.

¹³⁸³ Le neuvième sondé sur la question (1 AC) indique simplement qu'« [i]l est difficile actuellement de faire une telle identification [c'est-à-dire d'identifier un usage abusif de l'accord-cadre] ».

d'encadrer le recours à l'accord-cadre pour les prestations de conseil¹³⁸⁴, alors que les sondés sont davantage divisés sur cette question¹³⁸⁵. Une autorité contractante interviewée reconnaît la difficulté d'identification de l'usage abusif de l'accord-cadre. Elle estime cependant pouvoir « émettre quelques hypothèses au regard notamment de l'arrêt Simonsen¹³⁸⁶ » et propose des modifications à cet égard :

« - Lorsque l'accord-cadre ne prévoit pas de valeur maximale. Sur ce point, les directives devraient expliciter les effets qui s'imposent lorsque l'accord-cadre a atteint sa valeur maximale (selon Simonsen : il est épuisé).

- Lorsque le montant maximum est déconnecté de la définition du besoin. [...] l'exigence d'une certaine précision dans la fixation du montant maximal de l'accord-cadre entre en contradiction avec "l'essence" même de cet instrument, supposé pallier les incertitudes des acheteurs quant à la définition de leur besoin. La jurisprudence Simonsen fait donc peser sur les acheteurs un risque juridique de censure pour mauvaise définition du besoin lorsque le montant maximum est trop élevé. La question se pose notamment aux centrales d'achats. Sur ce point, les directives pourraient prévoir des exceptions dument justifiées à l'obligation de fixer un montant maximum (par exemple lorsque cela est "manifestement impossible"). Elles pourraient également préciser les modalités selon lesquelles ce montant maximum pourrait être revu en cours d'exécution de l'accord-cadre ».

La deuxième autorité contractante interviewée souscrit également à ces propos en mettant en exergue les difficultés que l'exigence d'un montant maximum génère pour les centrales d'achat. Elle affirme qu' « *il est possible, particulièrement pour les centrales d'achat (en fonction des demandes des autorités contractantes), qu'il y ait une hausse exceptionnelle des achats selon une nouvelle politique gouvernementale par exemple* ». Cet interviewé s'interroge plus généralement « *sur la pertinence du maintien de cette obligation de montant maximum qui résulte d'une interprétation de la CJUE, mais qui n'était pas celle initialement*

¹³⁸⁴ Dans sa note 33 du 20 juillet 2023, l'Observatoire de l'éthique publique a fait trois propositions alternatives : « [i]nterdire la technique de l'accord-cadre (option 1) », « [c]entraliser les accords-cadres au sein de la Direction des achats de l'État (option 2) », et « [i]mposer le recours aux marchés subséquents pour les accords-cadres conclus (option 3) ».

¹³⁸⁵ 9 sondés (1 AV et 8 AC) ont donné leur avis sur les propositions de l'Observatoire de l'éthique publique. 6 ont émis un avis favorable (6 AC), tout en alertant pour certains sur des risques ou potentiels inconvénients, et 3 s'y sont opposés (1 AV et 2 AC).

¹³⁸⁶ CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen et Weel*, aff. C-23/20.

*du Conseil d'État*¹³⁸⁷ », d'autant plus que cette obligation constitue l'un des freins de l'accord-cadre selon cet interviewé.

Cette deuxième autorité contractante interviewée estime qu'un usage abusif de l'accord-cadre peut résulter, du point de vue du fournisseur, d'une différence très importante entre le montant estimé et le montant réel à la fin de l'accord-cadre, assortie de « *pénalités si le fournisseur n'est pas capable de fournir rapidement les prestations* ». Elle affirme que « *[d]ans un tel cas de figure, le fournisseur a subi un préjudice, car il a mis en œuvre des moyens pour pouvoir assurer la prestation s'il était sollicité, mais il n'y a pas de sanction par la jurisprudence qui ne retient comme engagement contractuel que le montant minimum* ».

Les formes d'usage abusif identifiées par les sondés¹³⁸⁸ se distinguent légèrement de celles des interviewés et peuvent être classées en trois catégories. La première tient au montant et/ou à la durée excessifs¹³⁸⁹. La deuxième renvoie à la définition des besoins, c'est-à-dire au recours à l'accord-cadre « *lorsque le besoin est connu* »¹³⁹⁰, quand il « *est mal défini par fainéantise* »¹³⁹¹, ou lorsque la « *définition des besoins [est] trop large* »¹³⁹². La troisième catégorie, mise en exergue par deux sondés¹³⁹³, repose sur les modalités d'exécution de l'accord-cadre : l'usage abusif est caractérisé, selon un sondé, en présence d'un « *[m]arché subséquent à bon[s] de commande renouvelable[s]* » et, pour un autre sondé, en cas d'exécution exclusivement « *par bons de commande en dehors de tout contrôle a priori de l'assemblée délibérante et a posteriori de la direction des achats et des instances de contrôle* ».

Le maintien de dévoiements potentiels du recours à l'accord-cadre. Deux interviewés¹³⁹⁴ ainsi que deux sondés¹³⁹⁵ soulignent l'existence de dévoiements ou, du moins, de recours non pleinement appropriés à l'accord-cadre malgré l'interdiction de l'usage abusif de celui-ci.

Une autorité contractante interviewée met en lumière la différence entre deux formes d'accord-cadre – les bons de commande et les marchés subséquents – et souligne que la distinction entre les deux constitue une difficulté en pratique. Or, cette difficulté est susceptible

¹³⁸⁷ CE, 24 octobre 2008, *UGAP*, n° 314499.

¹³⁸⁸ 1 AV et 8 AC.

¹³⁸⁹ 2 AC.

¹³⁹⁰ 1 AV.

¹³⁹¹ 1 AC.

¹³⁹² 1 AC.

¹³⁹³ 2 AC.

¹³⁹⁴ 1 AC et 1 OE.

¹³⁹⁵ 2 AC.

de conduire à la mobilisation inadéquate d'une forme d'accord-cadre. En effet, de nombreux accords-cadres à bons de commande sont conclus, « *alors que l'imprécision dans la définition du besoin aurait dû [...] conduire à recourir aux marchés subséquents qui sont cependant trop "lourds" »*. Sensiblement dans le même sens, une autorité contractante sondée concernant les difficultés rencontrées en pratique en présence d'un accord-cadre affirme que « *[t]rop d'Ac à BDC [accords-cadres à bons de commande] [sont] conclu[s] de manière précipitée, sans appréhender la rigidité du dispositif »*.

Un opérateur économique interviewé adopte une position similaire en ce qui concerne la définition insuffisante du besoin lors de la mobilisation de l'accord-cadre, faisant écho à certains usages abusifs précédemment identifiés par les sondés :

« [...] les acheteurs se servent de l'accord-cadre à bons de commande et de leur incapacité à définir techniquement la réalisation des travaux ainsi qu'à finaliser la conception des travaux, alors même qu'ils connaissent leur besoin. Il est difficile pour le(s) attributaire(s) de l'accord-cadre de se substituer à l'acheteur afin de réaliser la conception. [Il existe] également la difficulté tenant au fait qu'ils sont contraints de répondre à l'exécution des travaux sans une mise en concurrence suffisante et sans avoir une appréciation réelle des travaux qui seront réalisés, alors même qu'un marché public serait suffisant ».

Cet opérateur économique met également en exergue deux autres dévoiements portant davantage sur l'objet et les motifs de recours à l'accord-cadre. Le premier est le recours à l'accord-cadre « *pour confier des constructions plus "lourdes" »* par contraste avec « *l'objet habituel* » de cet outil. Le second repose sur la mobilisation de l'accord-cadre en lieu et place d'un marché de gré à gré reposant sur une « *urgence impérieuse* » « *par crainte de recourir aux marchés de gré à gré* ». Cet interviewé affirme que ceci n'est pas conforme aux directives et génère d'importantes difficultés pour l'attributaire de l'accord-cadre (qui est « *contraint de réaliser ces travaux s'il en reçoit la demande, alors même que l'accord-cadre ne permet pas d'évaluer le prix ou les prestations à réaliser au moment de sa conclusion* »). Il recommande en conséquence de « *limiter la possibilité pour le maître d'ouvrage de mobiliser les accords-cadres. Le recours aux accords-cadres devrait être restreint aux marchés d'entretien récurrent pour lesquels le maître d'ouvrage est dans l'incapacité de définir son besoin sur une année* ».

(exemples : assainissement, voirie) ». L'un des sondés¹³⁹⁶ estime de manière plus générale que « certaines contraintes réglementaires par ailleurs ont conduit à dévoyer la pratique des accords-cadres d'autant que cette technique d'achat conduit à une inflation des prix ».

La synthèse. L'encadrement du recours à l'accord-cadre pour éviter des dérives ne semble pas opérationnel, la seule obligation expressément dédiée à l'interdiction de l'usage abusif demeurant en grande partie théorique et ne permettant pas de mettre fin aux dévoiements constatés par certains enquêtés en pratique.

§III. Les modalités incertaines d'exécution de l'accord-cadre

L'imprévisibilité du montant de l'accord-cadre. Quatre interviewés¹³⁹⁷ ainsi que dix-neuf sondés¹³⁹⁸ étaient interrogés sur l'opportunité d'exiger un montant minimum de l'accord-cadre (par mimétisme avec l'obligation d'indication d'un montant maximum) ou d'établir une différence (en pourcentages) entre le montant minimum et le montant maximum.

Trois interviewés – une autorité contractante et deux opérateurs économiques – se déclarent favorables à l'une des deux mesures. Une autorité contractante donne l'exemple d'une « règle d'un facteur de 5 entre le montant estimé et le montant maximum », qui permet à son sens de « maintenir la souplesse des accords-cadres » tout en limitant l'imprévisibilité du montant pour les opérateurs économiques. Un opérateur économique estime que « [l]'instauration d'une obligation d'un montant minimum serait une bonne chose assortie de conséquences indemnitaires pour les opérateurs économiques ». Un autre opérateur économique déclare « être favorable au rétablissement de l'obligation d'indication du montant minimum même [en ce qui concerne les accords-cadres multi-attributaires, pour lesquels il semble plus difficile de se prévaloir du montant minimum], en précisant les modalités d'indemnisation si ce montant n'est pas atteint ». Cet opérateur économique estime en complément qu'« il faudrait limiter le montant maximum des accords-cadres », qui peut être très élevé en pratique dans le but de permettre à l'autorité contractante « de choisir son prix avec deux mises en concurrence (une lors de l'attribution de l'accord-cadre, une lors de l'attribution du marché subséquent) ».

¹³⁹⁶ 1 AC.

¹³⁹⁷ 1 AV, 1 AC, et 2 OE.

¹³⁹⁸ 1 AV et 18 AC.

Le quatrième interviewé sur ce sujet – un avocat – a en revanche un avis plus réservé sur de tels dispositifs. Il indique ne pas être certain des avantages et des bénéficiaires de telles mesures. L'interviewé souligne toutefois que « [l]e montant minimum permet de sécuriser le titulaire de l'accord-cadre, car il permet l'indemnisation en cas de non-exécution, même si les titulaires ne font pas tous les démarches (puisque cela fait perdre du temps et qu'il faut justifier le montant perdu sur sa marge nette) ». Il souligne en conséquence « qu'il faudrait approfondir pour s'assurer que cette mesure produise les effets escomptés ».

Les propos de ce quatrième interviewé rejoignent les réponses de la majorité des sondés. Parmi les dix-neuf participants à l'enquête quantitative¹³⁹⁹, quatorze¹⁴⁰⁰ sont opposés à la fixation d'une différence maximale entre les montants minimum et maximum. Seuls trois¹⁴⁰¹ s'y déclarent favorables, et deux¹⁴⁰² répondent « mitigé ». Deux de ces dix-neuf sondés mettent d'ailleurs en exergue les risques d'une telle mesure. Pour l'un, « [l]e risque induit est d'atteindre le maximum trop rapidement avant la fin du contrat, impliquant de le renouveler plus souvent ». Pour l'autre, il existe des risques pour les autorités contractantes, à l'inverse des opérateurs économiques : « [i]dée intéressante pour les opérateur[s] économique[s] qui auront une plus grande visibilité sur les volumes garanties par l'accord-cadre. Pour les acheteur[s], cette idée est plus hasardeuse notamment pour les services qui ont du mal parfois [à] estimer sur 4 ans les volumes en jeu ».

L'exclusivité controversée du/des attributaire(s) de l'accord-cadre. Cinq interviewés – un avocat, trois autorités contractantes, et un opérateur économique – se sont prononcés sur l'exclusivité du ou des attributaire(s) de l'accord-cadre ainsi que, corrélativement, sur la faculté de cumul d'un accord-cadre et d'un marché pour le même besoin. Leurs réponses témoignent de l'absence de réponse claire en droit.

Deux interviewés font expressément état d'une incertitude et estiment que l'existence ou non d'une exclusivité est variable. Ainsi, un avocat indique ne pas être « certain[...] de l'existence d'une exclusivité, et estime que sa réponse peut dépendre [du destinataire] ». Il se réfère en ce sens à la suppression dans les textes français de l'exclusivité des accords-cadres, et au fait qu' « en principe, on ne doit pas contracter un nouveau marché pour un besoin faisant déjà l'objet d'un marché, mais un marché ne signifie pas exclusivité et cela vaut également

¹³⁹⁹ 1 AV et 18 AC.

¹⁴⁰⁰ 14 AC.

¹⁴⁰¹ 3 AC.

¹⁴⁰² 1 AV et 1 AC.

pour les accords-cadres ». Une autorité contractante « *pense qu'il n'existe pas d'exclusivité, mais [...] estime que la question n'est pas clairement tranchée en droit* ». Cet interviewé souligne que le facteur influençant l'existence de l'exclusivité « *repose sur l'économie : la question de l'exclusivité suppose de trouver deux fournisseurs avec deux prestations analogues en même temps* ».

Une autre autorité contractante interviewée adopte une position plus tranchée, en estimant que le droit établit une exclusivité. Elle s'appuie pour ce faire sur l'ordonnance française de 2015 transposant la directive *Marchés*, qui instaure à son sens une exclusivité en l'absence de clause. Cette autorité contractante explique qu'en conséquence une clause de non-exclusivité est insérée dans les accords-cadres qu'elle conclut. Elle propose toutefois deux modifications des directives européennes sur le sujet pour davantage de clarté, dont une intéressant également la nature fermée de l'accord-cadre :

« [...] les directives devraient également prévoir des guidelines relatives aux conditions de validité des clauses de non-exclusivité, par exemple dans son préambule.

[...]

Les directives pourraient instaurer comme règle par défaut (sans clause supplémentaire) [la] possibilité d'ouvrir les accords-cadres, par exemple à d'autres entités d'un même groupe, afin de renforcer la souplesse qu'offre les accords-cadres ».

Les deux autres interviewés sur le sujet – une autorité contractante et un opérateur économique – sont également favorables à l'existence d'une exclusivité, mais n'indiquent pas pour autant que cette exclusivité est expressément prévue par les textes. Ils estiment simplement que l'absence d'exclusivité serait excessive. En effet, « *l'absence d'exclusivité paraît contredire l'essence de l'accord-cadre ainsi que les principes de la commande publique* »¹⁴⁰³. Cet interviewé se réfère à une ordonnance récente du tribunal de Grenoble rejetant l'exclusivité¹⁴⁰⁴, mais indique généralement inclure une clause de non-exclusivité dans les accords-cadres qu'il conclut – clause qui délimite la possibilité de mobiliser un autre opérateur économique que celui ou ceux attributaire(s) de l'accord-cadre (« *exemple : défaillance du titulaire* »). Un opérateur économique souligne que l'absence d'exclusivité créerait un

¹⁴⁰³ 1 AC.

¹⁴⁰⁴ TA Grenoble, 26 mars 2024, n° 210475.

déséquilibre trop important entre les autorités contractantes et les opérateurs économiques : « [l]es entreprises sont favorables à une exclusivité, faute de quoi l'acheteur dispose d'un pouvoir trop étendu ».

Les réponses des participants à l'enquête quantitative sont moins contrastées. Ainsi, sur les dix-huit sondés¹⁴⁰⁵, quatorze¹⁴⁰⁶ estiment que le(s) attributaire(s) d'un accord-cadre dispose(nt) d'une exclusivité, et trois¹⁴⁰⁷ répondent « *mitigé* » à cette question. Seul un sondé¹⁴⁰⁸ estime qu'il n'y a pas d'exclusivité, mais que « *les acheteurs devraient pouvoir imposer un % de non-exclusivité dans certaines situations annoncées dans les documents de la consultation pour limiter les effets d'aubaine* ». Toutefois, trois sondés¹⁴⁰⁹ nuancent leur réponse (mitigée ou positive) par des précisions supplémentaires. Ainsi, deux d'entre eux estiment que le droit n'accorde pas, en principe, d'exclusivité, mais que le périmètre du contrat peut conduire à reconnaître l'exclusivité ou, qu'en pratique, ils accordent l'exclusivité. Le troisième indique simplement qu'il est possible de prévoir une non-exclusivité au sein de l'accord-cadre.

En ce qui concerne le cumul d'un accord-cadre avec un marché pour le même besoin, en particulier un marché « de gré à gré » reposant sur une « *urgence impérieuse* », un opérateur économique et un avocat interviewés estiment que ce cumul n'est pas interdit. L'opérateur économique affirme ainsi que « [c]'est une affaire d'opportunité au regard, notamment, des accords-cadres en cours d'exécution ». L'avocat adopte une position plus précise, en estimant que « *ce cumul est admis* » dans certaines circonstances : « *l'urgence doit permettre de faire des choses qui ne sont pas exactement prévues dans le marché, notamment en raison des délais d'exécution. L'accord-cadre n'est pas toujours adapté à de telles situations (exemples : prestations, engagements du titulaire, délais...)* ». Également interrogés sur la possibilité de conclure un autre marché, comme un marché fondé sur une « *urgence impérieuse* », les participants à l'enquête quantitative donnent des réponses nuancées. Ainsi, presque la moitié des sondés – soit neuf¹⁴¹⁰ sondés sur dix-neuf¹⁴¹¹ – répond à cette question que cela dépend, dont trois identifiant des cas de figure particuliers dans lesquels ce « cumul » entre l'accord-

¹⁴⁰⁵ 1 AV et 17 AC.

¹⁴⁰⁶ 1 AV et 13 AC.

¹⁴⁰⁷ 3 AC.

¹⁴⁰⁸ 1 AC.

¹⁴⁰⁹ 3 AC.

¹⁴¹⁰ 9 AC.

¹⁴¹¹ 1 AV et 18 AC.

cadre et un marché serait possible¹⁴¹². Parmi les autres sondés, presque autant de sondés répondent négativement que positivement¹⁴¹³.

L'encadrement insuffisant de l'accord-cadre multi-attributaire. Une autorité contractante et deux opérateurs économiques participant à l'enquête qualitative soulignent l'existence de difficultés, voire de risques, en présence d'un accord-cadre multi-attributaire.

Ainsi, une autorité contractante affirme rencontrer des difficultés en raison du silence du droit concernant les modalités concrètes de passation avec les titulaires de marchés subséquents à un accord-cadre pour les entités adjudicatrices : *« il n'y a rien dans le droit qui permette de guider les acheteurs sur les règles objectives et non discriminatoires qui trouvent à s'appliquer dans ce cas de figure »*. Cette autorité contractante propose en conséquence une modification des directives : *« l'émission de guidelines souples et pas trop prescriptives destinées à préserver l'équilibre entre contraintes écrites et liberté contractuelle. Ces dernières pourraient par exemple trouver leur place dans les considérants des directives »*.

Deux opérateurs économiques semblent partager cet avis, en mettant en exergue la liberté excessive dont dispose l'autorité contractante pour l'exécution d'un accord-cadre multi-attributaire. Ainsi, l'un d'entre eux souligne l'absence d'encadrement du choix des attributaires dans l'exécution de l'accord-cadre :

« [...] les conditions et modalités de [la] répartition [des prestations entre les attributaires] ne sont pas définies, ce qui permet au maître d'ouvrage d'attribuer des bons de commande en fonction de ses préférences (exemple : accorder un bon de commande à l'entreprise la moins chère sur les travaux concernés) sans visibilité pour les attributaires ».

Dans le même sens, l'autre opérateur économique interrogé sur le sujet souligne qu'un pouvoir discrétionnaire trop étendu est reconnu à l'acheteur pour un accord-cadre multi-attributaire notamment, d'autant que de tels accords-cadres *« apparaissent plus souvent comme*

¹⁴¹² Une autorité contractante estime que cela est possible *« [s]i les montants sont conséquents »*, une autre seulement si cela est *« prévu dans l'accord-cadre »*, et une troisième *« si le titulaire n'est pas en capacité de répondre dans les délais courts imposés par l'urgence »*.

¹⁴¹³ 4 AC et 1 AV répondent positivement pour la possibilité de cumul, et 4 AC répondent négativement. Une autorité contractante répondant positivement complète sa réponse en indiquant que cela est possible quand *« le titulaire ne formule pas une réponse satisfaisante à un MS [marché subséquent] »*. Le dernier sondé (1 AC) répond qu'il ne sait pas.

un moyen de faire baisser les prix (plutôt que de permettre de pallier les insuffisances de l'attributaire) ».

La malléabilité sous-jacente de la durée de l'accord-cadre. Alors que la limitation de la durée de l'accord-cadre est présentée comme l'un des freins de cet outil par une autorité contractante interviewée, quatre autres interviewés¹⁴¹⁴ sur ce sujet soulignent que la durée des bons de commande et des marchés subséquents peut excéder celle de l'accord-cadre. Trois d'entre eux¹⁴¹⁵ soulignent toutefois que ceci n'est possible que si le bon de commande est émis ou le marché subséquent conclu avant la fin de l'accord-cadre. En revanche, les onze sondés¹⁴¹⁶ identifient, pour la majorité d'entre eux, d'autres hypothèses dans lesquelles les bons de commande et marchés subséquents disposent d'une durée plus longue que celle des accords-cadres¹⁴¹⁷, sauf un indiquant que ceci est impossible¹⁴¹⁸. L'un des interviewés – un avocat – estime que ceci est bénéfique, car *« la durée maximale de 4 ans des accords-cadres (pour ceux conclus par des pouvoirs adjudicateurs) est un peu courte »*, et que cela *« permet également d'assurer la transition en attendant la conclusion d'un nouvel accord-cadre »*. Dans

¹⁴¹⁴ 1 AV, 2 AC, et 1 OE.

¹⁴¹⁵ 1 AV et 2 AC.

¹⁴¹⁶ 11 AC.

Un douzième sondé a répondu à cette question, mais sa réponse n'est pas exploitable : *« Cela pose une difficulté ? »* (1 AV).

¹⁴¹⁷ À la question de savoir *« [...] dans quelle(s) hypothèse(s) un bon de commande ou un marché subséquent peut-il disposer d'une durée excédant celle de l'accord-cadre ? »*, voici les réponses de dix autorités contractantes :

- 1) *« S'il répond à un besoin "naturel et sincère" qui ne permet pas d'attendre sa passation sur le futur AC » ;*
- 2) *« En cas de besoin lié à l'objet du marché ou ses conditions d'exécution » ;*
- 3) *« jamais on finit les BC et MS conclu pdt l'AC [les bons de commande et marchés subséquents conclus pendant l'accord-cadre] mais avec une limite de X mois (obligation mise en concurrence périodique) » ;*
- 4) *« quand on est en fin d'accord cadre, et en cours de relance/attribution du marché ...cela permet ainsi de ne pas avoir de rupture d'approvisionnement et donc de faire du hors marché » ;*
- 5) *« Quand sa durée prévoit un délai d'exécution qui dépasse la fin de la durée de l'AC » ;*
- 6) *« Un marché subséquent peut continuer à produire ses effets après l'accord cadre sans limitation de durée, sous réserve que cette durée soit conforme aux pratiques couramment observée[s] pour la nature de la prestation concernée. En revanche, le recours aux AC à BDC devrait être réservé aux achats n'entraînant pas de dépassement ou un dépassement très court. Conclure un AC pour une durée inférieure à la durée d'exécution des BDC (comme en MOE) est un non sens » ;*
- 7) *« bon de commande à la fin du marché, incident de procédure à la relance mais doit être encadré et prévu dans le marché initial »*
- 8) *« pour éviter la rupture du service public et le temps de relancer une procédure de marché pour renouveler un contrat » ;*
- 9) *« Lorsque l'on a un besoin qui à vocation à s'exécuter dans le temps. En pratique, cela se fait surtout [quand] on est en retard sur la publication ou notification du nouveau marché. En outre, cet[te] technique est utile également sur les gros marchés de fourniture, puisque cela laisse le temps lors des renouvellements aux agents de rentrer dans les SI Achat ou SI de gestion, les codes produits, fournisseurs et nouveaux marchés » ;*
- 10) *« bon de commande passé avant le terme de l'accord-cadre, mais cela ne doit pas être abusif et cela doit rester dans le cadre du maximum » ;*
- 11) *« Les marchés de concession de droits sur les logiciels ».*

¹⁴¹⁸ À la question de savoir *« [...] dans quelle(s) hypothèse(s) un bon de commande ou un marché subséquent peut-il disposer d'une durée excédant celle de l'accord-cadre ? »*, une autorité contractante a répondu : *« jamais on finit les BC et MS conclu pdt l'AC mais avec une limite de X mois (obligation mise en concurrence périodique) ».*

le même sens, une autorité contractante affirme que cela est nécessaire, voire indispensable, pour certains marchés, comme les marchés de maîtrise d'œuvre *« qui sont toujours exécutés alors que l'accord-cadre est terminé »*.

Cette opinion est toutefois nuancée par les propos des mêmes interviewés ou d'autres interviewés, qui mettent en lumière un encadrement juridique insuffisant. Ainsi, un opérateur économique souligne qu'il rencontre des difficultés quant à la durée d'exécution des bons de commande et la notification de ces bons. Il est possible qu'aucun calendrier de notification des bons de commande ne soit émis et que la notification de ces bons soit retardée, ce qui dévie fortement du calendrier initial prévu par l'accord-cadre. Or, *« il n'y a aucune jurisprudence sur le sujet, et seulement quelques indications de durée raisonnable de la DAJ, mais [...] ces indications ne s'appliquent pas [aux] marché[s] [de grande] ampleur »*. Une autorité contractante met en lumière une autre incertitude : *« peut-on modifier un bon de commande ou un marché subséquent alors même que l'accord-cadre a expiré ? »*. Ceci est confirmé par une autre autorité contractante, qui souligne des incertitudes et potentielles incohérences après la fin de l'accord-cadre :

« [Il faudrait que] les directives précisent que l'accord-cadre continue à produire des effets sur les marchés subséquents en cours même une fois sa durée terminée.

L'exigence de montant maximum a créé de la confusion, car ce montant est déterminé par les contrats conclus en application de l'accord-cadre, ses actes d'exécution et ses avenants. Il faut donc une adéquation entre le montant maximum de l'accord-cadre et les marchés passés en application. Or, lorsque l'accord-cadre n'existe plus, on disposerait d'une "totale liberté" ? Autrement dit, il y a une dichotomie entre l'encadrement strict de la durée de l'accord-cadre et la liberté qui pourrait être laissée aux acheteurs lorsque l'accord-cadre a pris fin (durée ou montant maximal atteint) ».

Cette autorité contractante propose en conséquence de préciser au sein des directives la possibilité et, le cas échéant, les hypothèses de *« recours à l'accord-cadre échu »*.

Un cinquième interviewé – une autorité contractante – met en lumière le silence des directives sur une situation connexe, mais plus précise : celle des effets de la résiliation (amiable ou judiciaire) de l'accord-cadre à l'égard des bons de commande. Ceci soulève la question de

savoir si les bons de commande émis avant cette résiliation peuvent être exécutés jusqu'à leur terme malgré ladite résiliation.

La clarté insuffisante de la modification de l'accord-cadre. Les propos précédents mettent en lumière la possibilité que l'accord-cadre soit implicitement modifié par les bons de commande ou marchés subséquents sans réel(le) régulation ou contrôle en la matière.

Sur les cinq interviewés sur ce sujet – un avocat, trois autorités contractantes, et un opérateur économique –, quatre¹⁴¹⁹ indiquent pourtant que les règles de modification des contrats de la commande publique semblent applicables aux accords-cadres. Il en est de même de la majorité des sondés qui estime, pour douze¹⁴²⁰ d'entre eux sur dix-neuf¹⁴²¹, que les règles applicables à la modification de l'accord-cadre ne sont pas différentes de celles régissant l'ensemble des contrats de la commande publique¹⁴²². Deux des interviewés soulignent à cet égard l'importance de la clause de réexamen¹⁴²³, hypothèse de modification d'ailleurs envisagée par la CJUE dans l'arrêt *Simonsen*¹⁴²⁴.

Les interviewés mettent néanmoins en exergue certaines difficultés rencontrées en pratique. Il en est ainsi de « *la prévisibilité des prix. Si la durée de l'accord-cadre est trop longue, cela peut mettre l'entreprise dans de grandes difficultés financières, notamment en l'absence de clause de variation des prix pertinente* »¹⁴²⁵. Une autorité contractante appelle de ses vœux une modification plus générale des directives, afin de clarifier les facultés de modification de l'accord-cadre. Une autre autorité contractante propose une modification plus précise, afin de déterminer s'il est possible « *d'augmenter le montant maximal de 10 %* » et afin d'identifier dans quelle mesure une modification étrangère au montant maximum peut avoir une incidence financière et constituer une modification substantielle. L'interviewé propose à cet égard des « *guidelines* » qui pourraient être insérées dans les directives « *pour sécuriser ces modifications et unifier les pratiques* ».

¹⁴¹⁹ 1 AV, 2 AC et 1 OE.

¹⁴²⁰ 1 AV et 11 AC.

¹⁴²¹ 1 AV et 18 AC.

¹⁴²² 2 autorités contractantes indiquent ne pas savoir, 1 répond « *mitigé* », et 4 répondent positivement – indiquant ainsi que la modification des accords-cadres est régie par d'autres règles.

¹⁴²³ 2 AC.

¹⁴²⁴ CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen et Weel*, aff. C-23/20.

1 AC fait expressément référence à cette jurisprudence pour l'application à l'accord-cadre de la clause de réexamen.

¹⁴²⁵ 1 OE.

La synthèse. Les enquêtés font état d'un mutisme problématique et généralisé concernant l'exécution de l'accord-cadre au sein des directives européennes. Il apparaît que soit ces textes sont complètement silencieux sur certains droits des parties ou certaines modalités d'exécution, soit les quelques règles établies, comme celles relatives à la durée maximale de cet outil, ne règlent pas l'intégralité des interrogations apparaissant en pratique.

THEMATIQUE N° 10 : Le système d'acquisition dynamique

Le déroulement des enquêtes. Le seul enquêté (une autorité contractante) et les seize sondés¹⁴²⁶ ayant sélectionné cette thématique étaient interrogés sur différents aspects du système d'acquisition dynamique (SAD), notamment la comparaison avec l'autre technique d'achat analysée au sein du présent rapport et les éventuelles modifications à apporter au sein des futures directives.

Le bilan relativement positif des règles applicables au système d'acquisition dynamique. Les participants à l'enquête quantitative ont répondu à quatre questions relevant de l'efficacité du système d'acquisition dynamique ou de l'évolution des règles qui lui sont applicables. Ces questions peuvent être regroupées, car relevant du bilan de l'encadrement juridique de cette technique d'achat.

La première question était très générale et portait sur l'identification des atouts et faiblesses du système d'acquisition dynamique. Si seulement trois autorités contractantes ont fourni des réponses exploitables pour cette question¹⁴²⁷, elles ont identifié des atouts importants. Ainsi, l'une estime qu'il s'agit d'un « *atout dans le cadre des achats issus de la réutilisation et du réemploi* ». Une autre souligne que cet outil « *permet une grande réactivité en cas de nouveau besoin* », mais est limité par les prérequis à son utilisation¹⁴²⁸. La troisième regrette

¹⁴²⁶ 1 AV et 15 AC.

¹⁴²⁷ 3 autres autorités contractantes ont également répondu à cette question, mais ont simplement indiqué ne pas utiliser, dans leur pratique, le système d'acquisition dynamique.

¹⁴²⁸ « *Par contre, c'est un mécanisme qui demande en interne des compétences fortes puisqu'ils sont lourd à mettre en place* ».

les limites, aussi bien pratiques que juridiques, de cet outil, tout en reconnaissant implicitement que le système d'acquisition pourrait être bénéfique pour l'accès des PME¹⁴²⁹.

Cette dernière opinion n'est toutefois pas partagée par l'ensemble des sondés. En effet, à la question de savoir si le système d'acquisition dynamique encourage la participation des PME, plus de la moitié des sondés – soit neuf¹⁴³⁰ sondés sur seize¹⁴³¹ – répond ne pas savoir¹⁴³². Deux des sondés restants mettent en exergue des freins à la participation des PME via le SAD : la première tient aux conditions de recours à cet outil¹⁴³³, la seconde à l'un des prérequis de cet outil – à savoir, la maîtrise des outils informatiques. La troisième question a donné peu de réponses exploitables. Quinze sondés¹⁴³⁴ étaient interrogés sur l'apport des *directives de 2014* et, plus précisément, sur la question de savoir si elles ont simplifié les règles applicables au SAD. Quatre seulement ont donné une réponse « tranchée », un¹⁴³⁵ répondant positivement et trois¹⁴³⁶ négativement. Les onze autres sondés¹⁴³⁷ ont répondu, dans leur majorité, ne pas savoir¹⁴³⁸.

La quatrième question impliquait, pour les trois autorités contractantes sondées, d'identifier les règles ou notions qui semblent perfectibles. Une d'entre elles répond ne pas savoir, une autre indique la « [p]ossibilité de négocier », et la dernière indique que la notion d'« achats d'usage courant » pourrait être améliorée. Ceci fait écho à d'autres questions portant spécifiquement sur les conditions de recours au SAD.

La délimitation principalement satisfaisante des hypothèses de recours au système d'acquisition dynamique. Interrogée sur la définition des motifs de recours au système d'acquisition dynamique, l'autorité contractante interviewée souligne que cette technique d'achat « recouvre [...] des achats qui sont simples et qui demeurent stables sur la durée ». Les trois autorités contractantes sondées sur la définition de ces motifs soit indiquent

¹⁴²⁹ Selon cette autorité contractante, les systèmes d'acquisition dynamiques sont « peu connus et limité à certains types d'achat. ils devraient pouvoir être étendus à tous les marchés de façon à faciliter justement l'accès des PME aux marchés et souvent pas informées au bon moment ».

¹⁴³⁰ 1 AV et 8 AC.

¹⁴³¹ 1 AV et 15 AC.

¹⁴³² 1 seule autorité contractante répond positivement, 5 négativement, et 1 « mitigé ».

¹⁴³³ Une autorité contractante répond négativement en indiquant : « car limité à certains achats aujourd'hui ». Une autre autorité contractante répond « mitigé » en développant : « [d]'un côté oui puisque l'on peut davantage ciblé les besoins et donc ouvrir à plus de concurrence. De l'autre côté, le SAD demande au[x] opérateur[s] économique[s] d'être à l'aise avec les outils informatiques ».

¹⁴³⁴ 1 AV et 14 AC.

¹⁴³⁵ 1 AC.

¹⁴³⁶ 3 AC.

¹⁴³⁷ 1 AV et 10 AC.

¹⁴³⁸ Sur ces 11 sondés, 1 a répondu « mitigé » (1 AC) et les 10 autres ont répondu qu'ils ne savaient pas (1 AV et 9 AC).

ne pas savoir, soit affirment que les notions devraient être précisées, soit donnent deux significations possibles¹⁴³⁹. Sur les domaines pour lesquels cet outil est le plus approprié ou le plus souvent mobilisé, l'interviewé affirme qu'il s'agit principalement de fournitures, en donnant les exemples d'ordinateurs ou d'éprouvettes pour des laboratoires. Ceci rejoint en partie les réponses des sondés. Si l'un¹⁴⁴⁰ des seize¹⁴⁴¹ sondés estime que « *tous les domaines peuvent être concernés* », trois autres¹⁴⁴² mettent en avant des domaines dans lesquels le SAD est plus adapté – « *[l]es prestations standardisées* », ou l' « *[i]nformatique* », ou « *location de voitures, etc.* ». Près de la moitié des sondés¹⁴⁴³ indique toutefois ne pas savoir si certains domaines sont plus adaptés au SAD que d'autres.

L'autorité contractante interviewée met également en exergue la possibilité de « *combinaison* [système d'acquisition dynamique] avec des enchères électroniques inversées » et l'opportunité de choisir cet outil plutôt que l'accord-cadre. Sur ce dernier point, l'interviewé estime qu' « *il serait tout à fait possible de mobiliser des SAD et des accords-cadres sur les mêmes typologies de produits. La réelle question est celle de l'obsolescence des produits qui suppose ou non une nouvelle définition du besoin à la place de l'évolution des spécifications techniques* ». L'un¹⁴⁴⁴ des treize¹⁴⁴⁵ sondés sur l'opportunité de mobiliser un SAD plutôt qu'un accord-cadre répond dans le même sens que l'interviewé, en indiquant que le SAD est plus approprié en cas de « *besoins vraiment imprévisibles* ». Deux autres participants à l'enquête quantitative indiquent en revanche des cas de figure différents : pour l'un, c'est en cas de « *faible concurrence* » ; pour l'autre – à l'inverse – le SAD peut être mobilisé en présence d'un grand nombre d'acteurs ou en cas de potentielles solutions innovantes¹⁴⁴⁶.

Les spécificités opportunes du système d'acquisition dynamique : la complémentarité avec l'accord-cadre. Ce dernier élément souligne l'opportunité de la comparaison du SAD et de l'accord-cadre. Le seul interviewé met en exergue deux différences principales entre ces deux outils. La première tient à la flexibilité de la durée du SAD – la durée

¹⁴³⁹ « Deux interprétations possibles : ACHAT courant de l'acheteur ou achat courant pa[r] l'ensemble des acheteurs ».

¹⁴⁴⁰ 1 AC.

¹⁴⁴¹ 1 AV et 15 AC.

¹⁴⁴² 3 AC.

¹⁴⁴³ À la question de savoir si certains domaines sont plus adaptés au SAD, 7 AC répondent positivement et 2 AC répondent négativement (sur un ensemble de 16 sondés composés de 15 AC et 1 AV). Les 7 sondés restants indiquent ne pas savoir (1 AV et 6 AC).

¹⁴⁴⁴ 1 AC.

¹⁴⁴⁵ 1 AV et 12 AC.

¹⁴⁴⁶ Les sondés restants n'ont pas indiqué d'hypothèses dans lesquelles le SAD est plus opportun que l'accord-cadre.

maximale ayant été supprimée¹⁴⁴⁷ – par contraste avec l'accord-cadre. La seconde repose sur « *la nature hybride du SAD [...] : il constitue à la fois une technique de passation (comme un appel d'offres) et se rapproche d'un contrat ou du moins de l'accord-cadre* ». Cette seconde différence constitue en effet, selon l'intégralité des sondés ayant donné une réponse « tranchée »¹⁴⁴⁸, le principal élément de distinction entre le SAD et l'accord-cadre.

Les limites potentielles du système d'acquisition dynamique. L'autorité contractante interviewée était amenée à se prononcer tout d'abord sur les effets de la nature intégralement électronique du SAD. Elle répond que « *cela ne constitue pas nécessairement un frein, et que l'on tend plutôt vers la fluidification de ces systèmes avec même un ajout de l'intelligence artificielle* ». Ceci est en partie confirmé par les résultats de l'enquête quantitative : si huit¹⁴⁴⁹ des quinze¹⁴⁵⁰ sondés indiquent ne pas savoir si la nature intégralement électronique du SAD constitue un frein, cinq¹⁴⁵¹ réfutent la qualification de frein et seulement deux¹⁴⁵² estiment que ceci constitue effectivement une limite du SAD. Concernant cette fois la place accordée au *sourcing* dans le cadre du SAD, les réponses données par les sondés ne permettent pas de déterminer si cette place est opportune¹⁴⁵³. L'interviewé met, pour sa part, en exergue la nécessaire conciliation avec l'égalité de traitement : « *il faut arrêter le sourcing suffisamment en amont de la mise en concurrence, pour éviter le risque d'être accusé d'une rupture d'égalité de traitement* ». Il suggère à ce titre de « *fournir une orientation générique sur le sujet (plutôt qu'un délai précis), concernant un délai entre ces deux étapes (entre le sourcing et la mise en concurrence)* ». Au regard de l'opportunité d'ouvrir le SAD à la négociation, les réponses des sondés sont très nuancées, entravant tout bilan clair en la matière¹⁴⁵⁴. Concernant cette fois l'exécution et, plus précisément, le cumul avec « *un marché*

¹⁴⁴⁷ Sur 5 autorités contractantes sondées concernant la suppression de la durée maximale du SAD, 4 indiquent en avoir une perception positive – la cinquième indique ne pas savoir.

¹⁴⁴⁸ 1 AV et 6 AC ont répondu ne pas savoir si cela constituait la principale différence entre les deux techniques d'achat.

Les 6 derniers sondés (6 AC) ont en revanche répondu positivement à cette question.

¹⁴⁴⁹ 1 AV et 7 AC.

¹⁴⁵⁰ 1 AV et 14 AC.

¹⁴⁵¹ 5 AC.

¹⁴⁵² 2 AC.

¹⁴⁵³ Sur 15 sondés (1 AV et 14 AC), 10 indiquent ne pas savoir (1 AV et 9 AC), 1 autorité contractante répond « *mitigé* », 2 répondent positivement (2 AC), et 2 autres négativement (2 AC).

¹⁴⁵⁴ À la question de savoir s'il faudrait ouvrir le SAD à la négociation, sur 15 sondés (1 AV et 14 AC), 7 indiquent ne pas savoir (1 AV et 6 AC), 1 AC répond « *mitigé* », 5 AC répondent positivement, et 2 AC répondent négativement. Certains des sondés développent leur réponse. Ainsi, une autorité contractante favorable à l'ouverture à la négociation souligne que cela pourrait être opportun « *[p]our les achats où la concurrence est faible* ». Une autorité contractante y est en revanche défavorable, car cela nuirait à la « *réactivité* ».

spécifique (qui est comme un accord-cadre) », l'interviewé fait état d'une incertitude : « faut-il appliquer l'obligation d'un montant maximum ? La réponse n'est pas évidente ».

La synthèse. Le seul entretien réalisé concernant le SAD et les réponses des quelques sondés en la matière révèlent aussi bien une complémentarité qu'un contraste avec l'accord-cadre, les règles applicables au SAD semblant bien moins incertaines que celles relatives à l'accord-cadre.

AXE 5 : LA DUREE ET LA FIN DES CONTRATS

L'intérêt inégal des enquêtés. Les enquêtés – soit 6 interviewés¹⁴⁵⁵ et environ 30 sondés – ont manifesté un intérêt inégal pour les questions relatives à l'exécution des contrats. En effet, l'encadrement de la durée des contrats (§I.) semble avoir suscité un moins grand intérêt que celui de leur résiliation (§II.), étant précisé que certains enquêtés auraient souhaité aborder la question de la modification des contrats déjà traitée dans un précédent rapport de la Chaire.

§I. L'encadrement partiel de la durée des contrats

Une nouvelle réglementation majoritairement rejetée. À la question de savoir si les directives européennes devraient prévoir un encadrement supplémentaire de la durée des marchés publics et des concessions, une écrasante majorité des sondés, en l'occurrence 82,75 % (soit 24 sur 29)¹⁴⁵⁶ ont répondu par la négative, contre seulement 17,24 % (soit 5 sur 29)¹⁴⁵⁷ par la positive. Ces résultats font clairement apparaître que les sondés sont majoritairement défavorables à l'édiction de nouvelles dispositions européennes relatives à la durée des contrats de la commande publique. Dans le détail pourtant, la réponse à cette question est loin d'être monolithique.

L'encadrement indirect de la durée des marchés publics. L'absence d'encadrement direct, par la *directive 2014/24*, de la durée des marchés publics divise manifestement les enquêtés. En effet, à la question de savoir si la législation européenne devrait explicitement réglementer la durée des marchés publics, sur les 24 sondés, 10¹⁴⁵⁸ répondent « non », 8¹⁴⁵⁹ répondent « oui » et 6¹⁴⁶⁰ se disent mitigés. Les sondés qui ont répondu positivement s'en justifient en soulignant le caractère « flou » de la notion de durée en matière

¹⁴⁵⁵ 4 OE, 2 AV.

¹⁴⁵⁶ 23 AC et 1 AU.

¹⁴⁵⁷ 3 AC, 1 OE et 1 AV.

¹⁴⁵⁸ 8 AC et 2 AV.

¹⁴⁵⁹ 7 AC et 1 AV.

¹⁴⁶⁰ 4 AC, 1 OE et 1 AU.

de marchés publics¹⁴⁶¹. À cet égard, 1 autorité contractante se demande si la durée inclut « *les garanties contractuelles et autres engagements post-réception* ». D'autres soulignent que le caractère implicitement limité de la durée des marchés publics mériterait d'être formellement affirmé¹⁴⁶², lorsqu'ils n'appellent pas de leurs vœux son augmentation¹⁴⁶³.

À rebours, le caractère implicite de la limitation de durée des marchés publics ne semble pas susciter de difficulté particulière chez les interviewés, d'autant moins que celle-ci est limitée par l'exigence d'une remise en concurrence périodique, parfaitement comprise des acteurs de la commande publique. Sur ce point, 1 opérateur économique interviewé observe peu d'abus en pratique de sorte qu'il n'estime pas utile d'encadrer davantage cette durée. Il serait plutôt d'avis de laisser aux acheteurs publics toute la souplesse nécessaire pour adapter cette durée à leur besoin et à l'objet du marché. Dans le même sens, 1 autre interviewé relevant de la même catégorie constate que cette durée n'est pas problématique : indiquée dans chaque contrat, c'est une « *donnée d'entrée* » bien maîtrisée par les parties prenantes.

En revanche, il met en lumière une autre problématique :

« Une difficulté sérieuse tient à la sacralisation de la date théorique d'exécution des travaux qui ne laisse pas la place à l'aléa alors même que les travaux sont très sensibles à la saison. La faiblesse dans les marchés publics de travaux tient à la trop grande latitude accordée au pouvoir adjudicateur pour la phase d'exécution des travaux. Il faudrait systématiser la date théorique d'exécution des travaux comme étant la référence contractuelle : cette date peut naturellement changer, mais il faut admettre que l'économie du contrat (le prix) en soit impactée ».

L'encadrement équivoque de la durée des concessions. De manière générale, les sondés sont plus nombreux à s'être exprimés sur la durée des concessions tout en apportant des réponses pour le moins nuancées. Si 9 des 21 sondés¹⁴⁶⁴ estiment « *opportun* » que la *directive 2014/23* réglemente la durée des contrats de concessions, 8¹⁴⁶⁵ ne savent pas et 4¹⁴⁶⁶ y sont défavorables. Les commentaires permettent d'éclairer ces résultats mitigés. En effet, 1 autorité contractante estime que « *la prolongation des concessions devrait être mieux*

¹⁴⁶¹ 2 AC.

¹⁴⁶² 1 AV.

¹⁴⁶³ 2 AC.

¹⁴⁶⁴ 7 AC, 1 OE et 1 AU.

¹⁴⁶⁵ 8 AC.

¹⁴⁶⁶ 3 AC et 1 AV.

encadrée » afin de faire obstacle à des « *concessions cinquantennaires...* » comme il en existe encore, tandis qu'une autre souligne, au contraire, qu'« *une concession doit pouvoir se prolonger après amortissement sous réserve que le bénéfice ne soit pas excessif* ». Sur ce point, 1 avocat interviewé appelle également de ses vœux davantage de souplesse en ce qui concerne la prolongation des contrats, notamment des contrats de concessions. Il s'appuie sur la possibilité qui existait auparavant de prolonger les délégations de service public d'un an en cas de diligence insuffisante pour prévoir le « *tuilage* » entre deux contrats. Parmi les interviewés, seul 1 avocat s'est exprimé au sujet de la durée de concessions pour faire part de divergences d'interprétation de la disposition concernée dans la *directive 2014/23*. La difficulté porte sur l'article 18 §2 aux termes duquel « *pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques* »¹⁴⁶⁷. L'enquête considère, contrairement à certains de ses confrères, que cette durée est limitée à 5 ans et qu'au-delà, la durée maximale est celle nécessaire à l'amortissement des investissements réalisés par le concessionnaire. Il expose également que cette durée n'est pas claire dans certaines hypothèses. Par exemple, dans le cas des affermages sans investissement, il éprouve de grandes difficultés à faire comprendre à ses clients que la durée du contrat ne doit pas excéder 5 ans. L'enquête appelle donc de ses vœux une clarification voire un arbitrage par le législateur européen entre une durée de 5 ans ou la durée d'amortissement des investissements afin d'harmoniser les pratiques.

Il souhaiterait également que la directive précise la méthode de calcul de la durée d'amortissement à travers des indications qui pourraient figurer dans le préambule. Il est rejoint, en cela, par 1 autorité contractante sondée qui souligne que « *le sujet de l'amortissement n'est pas une notion juridique commune, mais fait intervenir des notions de comptabilité et de normes qui nécessitent une définition commune* ». À cet égard, une majorité des sondés, soit 11 des 22¹⁴⁶⁸, souhaiterait que la *directive Concessions* fixe le point de départ de la durée normale d'amortissement (par exemple à la signature du contrat ou à l'achèvement des travaux de premier établissement) contre seulement 4¹⁴⁶⁹ en défaveur de cette proposition et 7¹⁴⁷⁰ mitigés.

¹⁴⁶⁷ Dir. 2014/23, art. 18 §2.

¹⁴⁶⁸ 9 AC, 1 AV et 1 AU.

¹⁴⁶⁹ 2 AC, 1 OE et 1 AV.

¹⁴⁷⁰ 6 AC et 1 AV.

Contrairement à la question de la durée des contrats, celle de la résiliation a suscité un plus grand intérêt chez les enquêtés, en particulier les interviewés.

§II. La timide réglementation de la résiliation des contrats

Une réglementation jugée suffisante. Les sondés étaient d’emblée interrogés sur le point de savoir si les directives devraient davantage encadrer la résiliation des contrats de la commande publique. À ce sujet, 65,51 % des sondés (soit 19 sur 29)¹⁴⁷¹ ont répondu par la négative contre 34,48 % par la positive (soit 10 sur 29)¹⁴⁷². Ces résultats, qui permettent de conclure provisoirement que le cadre posé par les *directives Marchés et Concessions* en matière de résiliation est considéré comme suffisant par les praticiens, doivent être nuancés. En effet, une majorité des sondés – soit 11 sur 21¹⁴⁷³ – considère, dans le même temps, que la liste des motifs de résiliation prévus par le droit européen devrait être étendue à des fins d’harmonisation. Ils sont seulement 4 sur 21 à répondre « non » et 6 à se dire mitigés.

Les motifs discutés de la résiliation. Les interviewés n’ont formulé aucune observation s’agissant des trois motifs de résiliation prévus par les *directives de 2014*¹⁴⁷⁴. En revanche, 2 opérateurs économiques ont sévèrement critiqué un motif purement interne : la résiliation pour motif d’intérêt général. À cet égard, l’un d’eux fait part de son inquiétude s’agissant d’un « *motif que les entreprises ne maîtrisent pas et qui peut les placer dans une situation très difficile* », faute de parvenir à retrouver un marché public dans un laps de temps restreint. Un autre explique :

« *La résiliation pour motif d’intérêt général conduit à ce que le fait politique, par exemple un changement de majorité, devienne un motif d’intérêt général, ce qui n’est pas admissible et constitue un dévoiement* ».

Parmi les remèdes envisageables au niveau européen pour remédier à cette situation, les enquêtés, relevant tous de la catégorie des opérateurs économiques, sont divisés : l’un d’eux propose que le législateur prévoie un cas de résiliation à l’initiative de l’opérateur économique

¹⁴⁷¹ 15 AC, 1 OE, 2 AV et 1 AU.

¹⁴⁷² 7 AC, 2 OE et 1 AV.

¹⁴⁷³ 8 AC, 1 OE, 1 AV et 1 AU.

¹⁴⁷⁴ Ces motifs visent l’hypothèse d’une modification substantielle illicite, celle de la découverte *a posteriori* d’un motif d’exclusion obligatoire visant l’attributaire ou un recours en manquement devant la Cour de justice de l’Union européenne.

afin de « *tordre le cou à la jurisprudence restrictive*¹⁴⁷⁵ *qui permet aux pouvoirs adjudicateurs d'invoquer l'intérêt général pour refuser la résiliation même si une clause le prévoit* » ; un autre l'invite à faire mieux connaître la résiliation amiable qui constitue une voie de sortie « *adaptée* » à certains marchés, mal connue des acheteurs publics. Un autre opérateur économique serait d'avis que le législateur européen propose une définition de l'intérêt général, ne serait-ce que par ses composantes tandis que le dernier interviewé adhère quant à lui à la proposition d'une liste strictement limitative de motifs fixée par le législateur européen qui n'emporte pourtant pas la conviction des sondés. En effet, sur les 24 sondés à ce sujet, 16¹⁴⁷⁶ sont défavorables à une liste européenne strictement limitative des motifs de résiliation, 7¹⁴⁷⁷ sont mitigés et 1¹⁴⁷⁸ seul accueille positivement cette proposition.

Les conséquences de la résiliation. À la question de savoir si les directives sont suffisamment précises en ce qui concerne les conséquences de la résiliation des marchés publics et des concessions, les 3 opérateurs économiques interviewés répondent majoritairement par la positive. L'un d'eux détaille son point de vue :

« Il n'est pas nécessaire d'encadrer davantage la résiliation, car il faut conserver une part d'intuitu personae au stade de l'exécution. En effet, la relation commerciale et professionnelle qui se noue entre maître d'ouvrage et le titulaire du marché est gage de confiance sur des activités techniques et complexe. Ainsi, ajouter de la réglementation pourrait conduire à une perte d'efficacité technique ».

Pour autant, ces derniers ne s'opposent pas à ce que le législateur européen clarifie à la marge certains points, au premier rang desquels le sort de l'avenant lorsque la résiliation est motivée par une modification substantielle illicite. Ainsi, un opérateur économique estime qu'il serait opportun que les directives précisent que seul l'avenant peut être résilié si cela permet un retour à la légalité du contrat, non seulement parce que cela offrirait une souplesse propre à assurer la continuité des contrats en évitant une remise en concurrence et des frais pour l'ensemble des parties prenantes, mais aussi pour inciter les maîtres d'ouvrage public à signer des avenants plus facilement. Les sondés vont majoritairement dans le même sens, puisque 40,90 % d'entre eux (soit 9 sur 22) souhaiteraient que les directives contiennent des dispositions


¹⁴⁷⁵ CE, 8 oct. 2014, *Société Grenke Location*, n° 370644.

¹⁴⁷⁶ 12 AC, 1 OE, 2 AV et 1 AU.

¹⁴⁷⁷ 6 AC et 1 AV.

¹⁴⁷⁸ 1 AC.

sur ce point, contre 22,72 % (soit 5 sur 22) se disant contre et 36,36 % (soit 8 sur 22) restant mitigés. Un autre opérateur économique interviewé souhaiterait que le législateur européen apporte des précisions concernant les modalités d'indemnisation du cocontractant en cas de rupture pour motif d'intérêt général¹⁴⁷⁹, si tant est que cela puisse être fait au niveau européen.



¹⁴⁷⁹ En vertu du CCAG travaux, cette résiliation est indemnisée à hauteur de 5% du montant du marché, ce qui ne couvre pas les frais généraux engagés par l'opérateur économique (art. 50.4).

LIBRES PROPOS

Libres propos des enquêtés. Dans le cadre de l'enquête qualitative, chaque entretien se concluait par des libres propos de l'interviewé dans lesquels il pouvait partager ses observations et ses attentes vis-à-vis de la future réforme des directives européennes. Sur les vingt enquêtés, huit ont formulé des propositions, l'une très détaillée sur l'accès des opérateurs économiques issus de pays tiers (§I.), les autres, très variées, portant sur des domaines qui étaient soit exclus du champ d'application du rapport, soit déjà envisagés dans les précédents rapports de la Chaire de droit des contrats publics, mais susceptibles de présenter un intérêt pour le présent rapport (§II.).

§I. L'accès des opérateurs économiques issus de pays tiers

L'enjeu de la question. Un enquêté, universitaire, souhaiterait attirer l'attention du législateur européen sur la question de l'accès des opérateurs économiques issus de pays tiers à l'Union européenne, et ce d'autant plus au regard du non-aboutissement des négociations consistant à faire intégrer les pays émergents comme la Chine à *l'Accord sur les marchés publics* de 1994, témoin d'un essoufflement du multilatéralisme au niveau international. Il signale à cet égard :

« Cette question constitue un enjeu tant pour la "souveraineté européenne" ou, à tout le moins, son indépendance stratégique, ainsi que pour les États membres dont certains regrettent l'ouverture du marché européen à des États tiers qui développent pour leur part une véritable politique protectionniste. Elle constitue également un enjeu eu égard aux velléités de localisme qui se font entendre çà et là ».

Selon lui, ce problème devait figurer à l'agenda des nouvelles directives en ce sens que les textes actuels contiennent une ambivalence sur question.

L'état du droit applicable. En principe, tout opérateur issu d'un pays tiers qui peut se prévaloir d'un accord international conclu par l'UE a droit à un traitement équivalent aux opérateurs issus de l'UE, c'est-à-dire qu'il peut invoquer les *directives Marchés ou Concessions*. Par ailleurs, la *directive 2014/25* permet aux entités adjudicatrices, pour leurs marchés de fournitures, d'écarter des offres qui contiennent plus de 50% de produits extérieurs à l'UE et venant d'un pays non-signataire à un accord international. La question – qui fait d'ailleurs l'objet de deux affaires pendantes devant la Cour de justice – est donc de savoir qui est compétent, entre la Commission européenne, les législateurs nationaux ou les autorités contractantes, pour exclure un opérateur économique issu d'un État tiers non signataire d'un accord international, voire un opérateur économique issu d'un État signataire d'un accord international qui n'est pas applicable.

Pour y répondre, on peut raisonner de deux façons. Il est possible d'adopter, à l'image du législateur français, une lecture *a contrario* qui consiste à soutenir qu'un opérateur économique d'un pays tiers qui ne peut pas se prévaloir d'un accord international peut être exclu. À rebours, on peut affirmer qu'en vertu du *règlement IMPI*¹⁴⁸⁰ qui habilite la Commission européenne à mener des enquêtes sur les États tiers ne pouvant pas se prévaloir d'un accord international, seule cette dernière est en mesure de prononcer des restrictions à l'encontre des opérateurs économiques venant de ces États. Ces deux interprétations n'étant pas conciliables, il appartient au législateur européen de procéder à un arbitrage propre à lever ces ambiguïtés.

Une autorité contractante souligne également les difficultés qu'entraîne la mobilisation simultanée « *du règlement européen relatif aux subventions étrangères et du règlement IMPI avec le pourcentage de pièces originales de pays tiers à l'UE* ».

§II. Les autres difficultés ou propositions

La réalisation d'enquêtes de terrain à l'échelle européenne. Une autorité contractante souhaiterait la mise en œuvre d'« *enquêtes de terrain au niveau européen* ».

L'interdiction des évolutions de groupements d'entreprises en cours d'exécution. Un enquêteur met en lumière le sujet de l'évolution des groupements d'entreprises

¹⁴⁸⁰ Règlement (UE) 2022/1031 concernant l'instrument relatif aux marchés publics internationaux.

en cours d'exécution qui constitue un sujet central tant pour les autorités contractantes que pour les opérateurs économiques. La situation qui consiste, pour une entreprise, à se désengager d'un marché avant son terme, n'est, en effet, pas sereine ni pour l'acheteur public ni pour les autres membres du groupement. C'est ce qui conduit cette autorité contractante à appeler de ses vœux un encadrement plus strict voire une interdiction de cette pratique au niveau européen.

Les dispositions françaises relatives aux marchés « de gré à gré ». Trois interviewés – un avocat, un opérateur économique et une autorité contractante – soulignent des difficultés ou suggèrent des mesures concernant les règles exclusivement françaises applicables aux marchés « de gré à gré ».

Une autorité contractante souligne la difficulté tenant à l'anticipation et à la gestion de « *la pression des élus* », « *certain d'entre eux transmettant un projet qui doit être conclu en gré à gré en 24 heures et transmettant même un devis à cet effet* ». Cet interviewé souligne que cette difficulté pourrait être accrue par la *proposition de loi Terlier sur la confidentialité des consultations des juristes d'entreprise*. Ceci générera probablement « *des questions quant à la confidentialité des procédures des marchés de gré à gré, face au comportement de certains opérationnels ou élus susceptibles de rechercher l'avis d'avocats potentiellement contraire à ceux rendus par les juristes en interne* ».

Un avocat fait également état de deux difficultés concernant un seuil français des marchés « de gré à gré » – à savoir, les marchés de prestations de conseils en deçà de 40 000 € :

- « - *Le calcul du seuil de 40 000 € pour des prestations récurrentes et un contrat d'une longue durée ;*
- *Un risque d'abus dans l'utilisation de la procédure (absence de mise en concurrence alors qu'on ne devrait pas toujours faire appel au même opérateur économique).* »

Un opérateur économique propose par ailleurs de pérenniser la dispense de procédure de publicité et de mise en concurrence pour les marchés publics de travaux en deçà de 100 000 €.

Le système de qualification. Une autorité contractante indique que le système de qualification « *mériterait d'être intégré au sein du [présent] rapport* », en raison de son utilisation fréquente par les entités adjudicatrices et des interrogations qui l'entourent. Elle met en exergue quatre difficultés principales (mais non exhaustives), qui sont « *issues de la*

transposition directe des directives dans le droit interne ». En premier lieu, il faudrait clarifier l'expression « *parmi les opérateurs qualifiés* », pour déterminer si le choix est réalisé à partir d'une liste ou entre tous les opérateurs qualifiés. En deuxième lieu, il s'agirait de faciliter l'identification des procédures applicables, dont la procédure adaptée. En troisième lieu, il serait nécessaire d'encadrer davantage le « *risque de dévoiement* » consistant en « *la mutualisation du système de qualification avec d'autres panels* ». En quatrième lieu, il faudrait indiquer plus précisément les règles applicables à la procédure, c'est-à-dire la question de savoir si cette technique d'achat « *neutralise la phase de candidature* ». « *[S]oit c'est un panel qui permet ensuite une candidature restreinte et rapide pour passer en phase d'offres, soit cela neutralise la phase de candidatures* ».

Les propositions diverses. Un opérateur économique formule, pour sa part, plusieurs propositions de réforme de la *directive Marché*. En premier lieu, il appelle de ses vœux une révision de la rédaction de l'article 22 de la *directive 2014/24* relative au « BIM » selon lequel « *pour les marchés publics de travaux et les concours, les États membres peuvent exiger l'utilisation d'outils électroniques particuliers tels que des outils de modélisation électronique des données du bâtiment ou des outils similaires (...)* »¹⁴⁸¹. Il exprime également le souhait que le législateur européen inscrive dans les directives plusieurs avancées des CCAG, à savoir le plafonnement des pénalités de retard et le respect du contradictoire, mais encore l'interdiction pour les autorités contractantes d'émettre des ordres de service à 0 € dans les marchés autres que les marchés de travaux. Enfin, il estimerait judicieux que le législateur européen encadre la rémunération du maître d'œuvre en cas d'augmentation du prix des travaux.

¹⁴⁸¹ Dir. 2014/24, art. 22 §4.