

AJDA 2020 p.114

Le nouveau seuil de 40 000 € dans les marchés publics

Le mythe de Janus revisité ?

Jean-Marc Peyrical, Maître de conférences à l'université Paris-Saclay, avocat associé

Guillaume Delaloy, Chef du bureau de la réglementation générale de la commande publique, direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers

*
**

L'essentiel

Le relèvement à 40 000 € HT du seuil des marchés publics non obligatoirement soumis à des procédures de publicité et de mise en concurrence va sans nul doute raviver le débat tant sur un plan doctrinal que praticien entre les tenants d'une certaine orthodoxie dans le respect des principes de la commande publique dès le premier euro dépensé et ceux qui aspirent plutôt à une plus grande souplesse dans la passation des contrats concernés. Afin de dépasser un tel débat, les acheteurs publics devront prouver que, de par leur professionnalisme et leur diligence dans l'exercice de leurs fonctions, ils arriveront à trouver un équilibre entre efficacité de la commande publique, sécurité juridique et bonne utilisation des deniers publics.

Décret n° 2019-1344 du 12 décembre 2019 modifiant certaines dispositions du code de la commande publique relatives aux seuils et aux avances (JO 13 décembre, texte n° 21)

A l'instar de Janus, dieu romain possédant deux visages, l'un tourné vers le passé et l'autre vers l'avenir, le seuil de 40 000 € applicable à la passation des marchés publics à compter du 1^{er} janvier 2020 revêt deux faces. La première, résolument optimiste et que l'on pourrait considérer comme tournée vers l'avenir, est synonyme d'assouplissement des procédures d'achat, et donc de dynamisation d'un domaine souvent décrié justement pour sa lourdeur excessive.

La deuxième est sans doute plus sombre, en tout cas plus réservée sur la portée de ce seuil qui symboliserait plutôt un risque pour les acheteurs ainsi qu'une mauvaise gestion des deniers publics. En ce sens, elle serait plutôt passiviste, en tout cas aux yeux de ceux - acheteurs comme opérateurs économiques - qui militent au contraire pour une ouverture vers un achat davantage centré sur des préoccupations d'efficacité économique que de contraintes juridiques.

Comme souvent, la vérité - si vérité il y a - se situe sans doute entre les deux.

Et comme Janus, il s'agit sans nul doute de deux faces à la fois indissociables et complémentaires, l'achat public étant constamment pris dans cette spirale de la dualité qui le fait naviguer entre droit et économie, efficacité et respect des normes juridiques.

I - Le relèvement du seuil : origines et conséquences

Ce seuil de 40 000 € avait déjà été évoqué en octobre 2015 lors du dépôt du rapport sénatorial porté par Martial Bourquin au titre révélateur de *Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME*. Sachant que Thierry Mandon avait, quant à lui, proposé 30 000 € en 2013 dans son rapport *Mieux simplifier : la simplification collaborative*. Il aura donc fallu attendre quatre ans - alors que le rapport sénatorial avait proposé un délai de trois ans pour le relèvement du seuil - pour que la proposition fasse son chemin et devienne réalité.

Pourquoi 40 000 et non pas 30 ou 50 par exemple ? L'idée a été de se situer sur un seuil médian au regard de ce qui se pratique au sein des autres Etats de l'Union européenne, s'agissant en tout cas des marchés de fournitures et de services ; le seuil de dispense de procédure pour les marchés de travaux étant souvent à la fois déconnecté et plus élevé (v., à ce sujet, C. Frackowiak et C. Demas, Un nouveau seuil aux portes de la commande publique, BJCP 2019. 367). Il n'aurait d'ailleurs pas été illogique d'aller au-delà de 40 000 € pour des marchés de travaux qui reposent sur un seuil de procédures formalisées bien plus élevé (5 350 000 € HT à compter du 1^{er} janv. 2020) que celui des fournitures et services. La France a opté pour une solution sans doute jugée plus claire et plus lisible pour les acheteurs publics et les opérateurs économiques.

Le relèvement du seuil de 25 000 à 40 000 € a des conséquences mécaniques en termes d'obligations qui s'imposent aux acheteurs. Ainsi, la dématérialisation des procédures ne sera obligatoire désormais qu'à compter du nouveau seuil, et il en sera de même s'agissant de l'*open data* et de la publication des données essentielles des marchés. Le gouvernement a néanmoins souhaité maintenir un minimum de transparence *a posteriori* pour les marchés se situant entre 25 et 40 000 €, les acheteurs devant soit appliquer volontairement les obligations de mise à disposition des données essentielles sur leur profil d'acheteur qui s'imposent à partir de 40 000 €, soit publier sur le support de leur choix la liste annuelle de ces marchés en mentionnant leur objet, leur montant, la date de leur signature ainsi que le nom et la localisation de l'attributaire. On retrouve ici l'obligation qui figurait à l'ancien article 133 du code des marchés publics. Cette mesure est destinée à compenser l'absence de publicité préalable permettant aux citoyens de vérifier que la nouvelle liberté laissée aux acheteurs n'est pas utilisée à mauvais escient et aux opérateurs économiques d'avoir une visibilité sur les besoins de ces derniers et de se faire connaître auprès d'eux en prévision de leur renouvellement.

En revanche, il est ressorti des discussions devant le Conseil d'Etat que le caractère obligatoirement écrit des marchés continuera à

s'imposer à partir de 25 000 € et ne sera donc pas touché par le nouveau seuil de 40 000 €. Lors du relèvement du seuil à 25 000 € en 2015, le Conseil d'Etat avait déjà alerté le gouvernement sur le risque d'insécurité juridique lié à l'absence d'écrit. On voit là en tout cas toutes les limites de la volonté de simplification et de lisibilité recherchée dans la mise en place d'un seuil unique, dont la mise en oeuvre appellera donc une vigilance particulière de la part des acheteurs publics.

II - De la raison des acheteurs publics

Cette vigilance sera également de mise - mais là il n'y a rien de nouveau - dans l'utilisation de ce nouveau seuil, utilisation qui devra être raisonnée et raisonnable et ne devra pas conduire à des détournements des règles et principes qui gouvernent la passation des contrats de la commande publique. On connaît les règles prudentielles qui s'appliquaient déjà aux marchés de moins de 25 000 € : ne pas systématiquement contracter avec le ou les mêmes prestataires ; éviter le « saucissonnage » des marchés et donc le découpage d'une même opération ou d'une unité fonctionnelle dans le but de rester en dessous du seuil de mise en concurrence ; avoir une bonne connaissance de la structure de l'offre sur le marché en pratiquant une veille régulière, voire en appliquant en tant que de besoin la règle des trois devis, notamment pour les marchés intervenant dans des secteurs particulièrement concurrentiels et dotés de nombreux prestataires potentiels... On en revient ici au nécessaire bon sens des acheteurs, et donc à leur bonne foi dans l'accomplissement de leurs tâches et de ce qu'il faut bien appeler leur métier.

D'aucuns ne vont bien sûr pas oublier de rappeler que l'ombre de la décision *Telaustria* (CJCE 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, AJDA 2001. 106 [📄](#), note L. Richer [📄](#) ; et 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey [📄](#) ; RFDA 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier [📄](#)) va planer sur les marchés concernés par ce nouveau seuil (ils pourraient également évoquer les exigences à valeur constitutionnelle dégagées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, AJDA 2003. 1404 [📄](#), note E. Fatôme [📄](#) ; 1391, note J.-E. Schoettl [📄](#) ; et 2348, étude E. Fatôme et L. Richer [📄](#)). Font-ils pour autant partie du côté sombre du Janus des 40 000 € ? Il paraît en effet vertueux de se référer aux principes fondamentaux rappelés par le juge européen, qui a créé il y a bientôt vingt ans un *corpus* juridique régulièrement rappelé par le juge administratif et dont l'importance et la portée sont devenues au fil du temps incontestées et incontestables. Mais est-il nécessaire de l'appliquer à la lettre et d'adopter une posture stricte conduisant à imposer un « degré de publicité préalable » dès le premier euro dépensé dans le cadre d'un contrat de la commande publique ? Et puis il y a cette notion « d'intérêt transfrontalier », développée par le juge européen (CJCE 13 nov. 2007, aff. C-507/03, *Commission c/ Irlande*) et reprise par le juge administratif (CE 1^{er} avr. 2009, n° 323585, *Communauté urbaine de Bordeaux, Société Kéolis*, Lebon [📄](#) 110 ; AJDA 2009. 1889 [📄](#), note F. Train [📄](#) ; RFDA 2009. 937, note D. Dubois et C. Raux [📄](#)), qui, même si elle reste d'une approche quelque peu délicate, permet de justifier le non-recours à la concurrence pour des prestations qui ne sont pas vraiment susceptibles d'impacter les échanges entre Etats membres.

Bien sûr, il serait irréaliste de nier que le relèvement du seuil des marchés non obligatoirement soumis à une publicité et une mise en concurrence préalables va favoriser ici et là l'achat local, par exemple dans les circuits courts en matière de restauration scolaire. Mais même si le « localisme » ne fait pas partie du vocabulaire utilisé dans la commande publique (sauf exceptions, v. L. n° 2017-256 du 28 févr. 2017 relative à l'égalité réelle outre-mer qui permet à titre expérimental et sous certaines conditions aux acheteurs ultramarins de réserver un tiers de leurs marchés publics aux PME locales, G. Kalfèche, Petites et moyennes entreprises ultramarines et commande publique, AJDA 2018. 105 [📄](#)), peut-on reprocher aux décideurs publics d'encourager la production locale et les achats de proximité, dans une certaine mesure bien entendu, dont on sait qu'ils vont dans le sens d'une meilleure prise en compte de la protection de l'environnement et donc du développement durable ?

D'autres vont sans doute mettre en avant des contradictions entre les principes et surtout les objectifs de la commande publique. En l'espèce, l'objectif d'efficacité peut, en effet, apparaître contradictoire avec celui de la bonne utilisation des deniers publics. Une des explications du relèvement du seuil est en effet d'assouplir les procédures applicables à la passation des marchés et donc à la fois de permettre aux acheteurs de passer des commandes plus rapidement et de donner la possibilité aux opérateurs économiques, et notamment aux PME-TPE d'y accéder plus facilement que s'il s'agissait de procédures davantage formalisées (sachant que le décret de relèvement des seuils prévoit aussi à l'attention de ces dernières une revalorisation de 5 à 10 % du taux des avances, ce qui prouve que le relèvement des seuils ne suffira pas en lui-même à améliorer l'accès des PME à la commande publique). Mais cette absence de mise en compétition, notamment sur le prix, peut se révéler contraire à ce que l'on considère comme une gestion saine et sensée de l'argent public utilisé dans le cadre des contrats en cause. Si cette question des liens plus ou moins antagonistes entre efficacité et bonne gestion des deniers publics mériterait qu'on lui consacre davantage de lignes, sans doute est-il utile de revenir sur les considérants de l'arrêt *Perez* du Conseil d'Etat (17 mars 2017, n° 403768, Lebon [📄](#) T. ; AJDA 2017. 598 [📄](#) ; JA 2017, n° 558, p. 10, obs. R. Fievet [📄](#) ; AJCT 2017. 462, obs. M. Robillard [📄](#)) à propos de la possibilité de passer des marchés négociés sans publicité ni concurrence jusqu'à 25 000 € HT : « cette faculté ouverte aux acheteurs se justifie par la nécessité d'éviter que ne leur soit imposé, pour des marchés d'un montant peu élevé, le recours à des procédures dont la mise en oeuvre ne serait pas indispensable pour assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics et qui pourraient même, en certains cas, dissuader des opérateurs économiques de présenter leur candidature ; [...] la définition d'un seuil portant sur la valeur estimée du besoin constitue un critère objectif de nature à renforcer la sécurité juridique de la passation du marché pour l'acheteur et le candidat ». Pour le Conseil d'Etat ainsi, efficacité et bonne gestion de l'argent public ne sont pas antinomiques mais plutôt complémentaires, voire indissociables. Et il confirme que des procédures de passation trop complexes au regard du montant des marchés peuvent aller à l'encontre de l'accès des opérateurs économiques auxdits marchés ; preuve que la simplification et l'assouplissement ne vont pas systématiquement à l'encontre des grands principes de la commande publique, bien au contraire s'agissant de la liberté d'accès à la commande publique.

III - Quelle sécurité juridique ?

Quant aux perspectives contentieuses contre ce décret des 40 000 €, peut-être va-t-on voir apparaître, à l'instar des jurisprudences *Béziers I, II et III* (CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, *Commune de Béziers*, Lebon avec les concl. [📄](#) ; AJDA 2010. 142 [📄](#), chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi [📄](#) ; CE, sect., 21 mars 2011, n° 304806, *Commune de Béziers*, Lebon avec les concl. [📄](#) ; AJDA 2011. 591 [📄](#) ; et 670 [📄](#), chron. A. Lallet [📄](#) et CE 27 févr. 2015, n° 357028, *Commune de Béziers*, Lebon avec les concl. [📄](#) ; AJDA 2015. 1482 [📄](#), note P. Bourdon [📄](#)), un troisième arrêt *Perez* ? Pour rappel, si le requérant avait eu gain de cause dans la première affaire (CE 10 févr. 2010, n° 329100, *Perez*, Lebon [📄](#) ; AJDA 2010. 561 [📄](#), note J.-D. Dreyfus [📄](#) ; *ibid.* 596, chron. S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser [📄](#) ; D. 2010. 506, et les obs. [📄](#) ; JA 2010, n° 416, p. 10, obs. E. Royer [📄](#) ; JT 2010, n° 118, p. 12, obs. E. Royer [📄](#) ; Constitutions 2010. 410, obs. P. De Baecke [📄](#) ; RTD eur. 2010.

975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ⁽¹⁾) où le Conseil d'Etat avait censuré le relèvement du seuil de 4 000 à 20 000 € par le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 au motif qu'il méconnaissait les principes fondamentaux de la commande publique, il n'a pas eu le même succès dans l'arrêt précité du 17 mars 2017 portant cette fois sur le seuil de 25 000 € issu du décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015. Le Conseil d'Etat a, en effet, estimé que si ce nouveau seuil était plus élevé que le précédent, il était assorti de garanties suffisantes pour que, cette fois, lesdits principes ne soient pas atteints. Tout est affaire de subtilité et la frontière entre le respect et la méconnaissance des règles et principes qui gouvernent la commande publique est particulièrement fine. Il a ainsi suffi d'indiquer que, pour les marchés en cause, les acheteurs publics devaient choisir une offre pertinente - adjectif dont le sens et la portée peuvent faire l'objet de multiples interprétations -, faire une bonne utilisation des deniers publics et ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin pour que le juge estime suffisantes les garanties encadrant l'utilisation de ce nouveau seuil. Etait-il nécessaire non seulement de s'entourer mais surtout de mettre par écrit de tels garde-fous, qui relèvent à nouveau du bon sens et d'une pratique donc sensée et raisonnée des acheteurs - ne serait-ce qu'en termes de *sourcing* afin de connaître au mieux le milieu économique de leurs prestataires potentiels - évidemment sous le contrôle des juridictions compétentes en cas de contentieux ? Suffit-il, pour qu'un seuil soit considéré comme acceptable au regard du droit de la commande publique, d'écrire des éléments qui ne ressortent finalement que de la pratique et apparaissent ainsi quelque peu décalés, voire fictifs dans un décret ?

Toujours est-il que le décret des 40 000 € reprenant au mot près les mêmes garanties, et maintenant comme indiqué ci-dessus des obligations de transparence dès 25 000 €, on ne voit pas sur quelle base il pourrait être fragilisé en cas de nouvelle action contentieuse.

IV - Dépasser les antagonismes

Le mythe de Janus est-il véritablement adapté à la situation ? Ce nouveau seuil des 40 000 € présente-t-il vraiment deux faces antagonistes, l'une sombre et l'autre de lumière, l'une positive et l'autre négative ?

La clé réside sans doute dans le professionnalisme des acheteurs publics, ainsi que dans la déontologie qui leur est propre. Parmi la trilogie qui compose cette dernière - probité, impartialité, diligence -, le concept de diligence mérite sans doute une attention particulière. Utilisée dans le code de la commande publique - article R. 2194-5 : « le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir » -, la diligence, synonyme d'efficacité, est directement liée au professionnalisme et donc aux compétences des acheteurs publics. On la retrouve à tous les stades des procédures de marchés publics, de leur préparation (définition du besoin, mise en place des nomenclatures de familles de produits et services...) à leur exécution, en passant bien sûr par leur passation et le choix des attributaires des marchés. S'agissant plus précisément de l'exécution, et encore plus précisément de l'exécution des marchés de travaux, le Conseil d'Etat est venu encadrer la responsabilité contractuelle des maîtres d'ouvrage, qui ne peut plus être engagée que si leur faute est prouvée (CE 5 juin 2013, n° 352917, *Région Haute-Normandie*, Lebon ⁽²⁾ ; AJDA 2013. 2095 ⁽³⁾, note J.-E. Martin-Lavigne ⁽⁴⁾ ; RDI 2013. 588, obs. A. Galland ⁽⁵⁾ ; AJCT 2013. 524, obs. R. Bonnefont ⁽⁶⁾). Hors sujétions techniques imprévues, il s'agit du cas où les difficultés rencontrées lors de l'exécution sont imputables à une faute du maître d'ouvrage dans l'estimation de ses besoins, l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché ou dans la conception et la mise en oeuvre dudit marché (v. CAA Douai, 29 mai 2019, n° 17DA01465, *SA groupe 1000 Picardie*). Afin de s'exonérer de sa responsabilité, le maître d'ouvrage devra donc démontrer toute sa diligence dans l'accomplissement des missions qui sont les siennes pendant l'exécution du marché.

La méthode utilisée par le juge pénal lorsqu'il intervient dans des affaires de délit de favoritisme est d'ailleurs la même : il déduit l'intentionnalité ou non de la faute commise de plusieurs indices, du comportement du ou des acheteurs à leur organisation et leur expérience en la matière (v., par ex., Crim. 12 juill. 2016, n° 15-80.477, pour la condamnation d'un directeur général des services qui, de par ses fonctions et son rang hiérarchique, était présumé avoir pleinement connaissance des règles de procédure des marchés publics ; v. aussi 6 déc. 2017, n° 16-85.947, un président d'université expérimenté, entouré d'un service interne dédié aux marchés publics qu'il pouvait solliciter en tant que de besoin, ainsi que l'avis des services comptables eux-mêmes compétents et expérimentés, ne saurait prétendre qu'il a pu de bonne foi méconnaître entièrement, ainsi qu'il l'a pourtant fait, les exigences de publicité et de transparence que lui imposait le code des marchés publics, ou encore 25 nov. 2014, n° 13-85.444, les personnes incriminées ayant fait voter un règlement intérieur relatif à la passation des marchés selon la procédure adaptée ne peuvent invoquer l'absence d'élément intentionnel et prétendre ignorer la procédure applicable).

La logique est similaire s'agissant de la mise en oeuvre du nouveau seuil de 40 000 € : il appartiendra aux acheteurs de se montrer diligents à cet effet, ce qui se traduira par de la compétence et du savoir-faire, et donc des problématiques d'organisation mais aussi de formation initiale et continue.

En d'autres termes, la seule façon d'aller au-delà de la métaphore de Janus appliquée au seuil des 40 000 € sera d'accentuer encore la professionnalisation de l'achat public. Sous réserve de l'appréciation des juges en cas de contentieux sur des affaires précises ou du contrôle d'organismes comme les chambres régionales des comptes, toute autre considération, pour intéressante qu'elle soit sur un plan conceptuel, sera vaine et dénuée de tout sens des réalités.

Mots clés :

CONTRAT * Marché public * Passation du marché public * Marché passé sans publicité ni mise en concurrence * Seuil des marchés sans publicité ni mise en concurrence