

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N°41)
SPÉCIALITÉ DROIT PUBLIC

Par **CHEN Tianhao**

LE DROIT DES MARCHES PUBLICS EN FRANCE ET EN CHINE

DANS LE CONTEXTE DE LA GLOBALISATION

---- ENTRE LIBERALISATION ET UTILISATION STRATEGIQUE
DES MARCHES PUBLICS

Sous la co-direction de
Frédérique RUEDA et Banggui JIN

Soutenue le 13 octobre 2017

Membres du jury :

M. Jean-Bernard AUBY

Professeur de droit public à Sciences Po Paris,
Directeur de la Chaire Mutations de l'action publique et du droit public

Mme Marion UBAUD-BERGERON

Professeur de droit public à l'Université de Montpellier I, *rapporteur*

M. Willy ZIMMER

Professeur de droit public à l'Université de Strasbourg, *rapporteur*

M. Jean-François BRISSON

Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux

M. Banggui JIN

Maître de conférences de droit public à l'Université de l'Aix-Marseille, *co-directeur de thèse*

Mme Frédérique RUEDA

Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux, *co-directrice de thèse*

LE DROIT DES MARCHES PUBLICS EN FRANCE ET EN CHINE DANS LE CONTEXTE DE LA GLOBALISATION

---- ENTRE LIBERALISATION ET UTILISATION STRATEGIQUE DES MARCHES PUBLICS

Résumé : Aujourd'hui, tant en France qu'en Chine, les marchés publics sont de plus en plus utilisés dans la perspective stratégique, visant à poursuivre des divers objectifs de politiques publiques. Néanmoins, une telle utilisation stratégique devra inévitablement affronter la logique libérale inhérente au régime des marchés publics, qui ne se traduit pas seulement par le régime traditionnel libéralisé sous la logique de finances publiques, mais aussi par le régime découlant récemment de l'ambition de l'ouverture des marchés publics à la concurrence globale. Ainsi, parachever un équilibre entre ces deux exigences devient un problème crucial, notamment lors de la formulation des normes juridiques globales en la matière. Bien que, à cause de la vague de globalisation juridique, une homogénéité peut déjà être identifiée à la fois dans l'utilisation stratégique et la libéralisation des marchés publics entre la France et la Chine, cette tendance à la convergence n'est pas imposée par des méthodes d'équilibre adoptées dans ces pays. De surcroît, en se basant sur les particularismes nationaux du droit chinois, les méthodes d'équilibre adoptées en Chine bénéficient d'une légitimité intrinsèque. Il est ainsi impossible en l'état actuel d'inciter les pouvoirs publics chinois à se détourner en convergeant avec les méthodes d'équilibre adoptées en France.

Mots clés : globalisation ; droit des marchés publics en Chine ; droit des marchés publics en France ; utilisation stratégique des marchés public ; particularismes nationaux ; libéralisation ; protectionnisme.

CHINESE AND FRENCH GOVERNMENT PROCUREMENT SYSTEM IN A GLOBALIZED CONTEXT

---- BETWEEN LIBERALIZATION AND STRATEGIC USE OF GOVERNMENT PROCUREMENT

Abstract: In the contemporary era, whether in China or in France, government procurement is increasingly employed in strategic use in order to pursue numerous policy-based objectives. However, this mode of policy-based utilization would be inevitably in conflict with the liberal logic inherent to the system of government procurement which is not only present in the financial logic of traditional liberal systems but also used to establish a government procurement system open to global competition. Thus, how to balance the conflict between liberalization and policy orientation in the field of government procurement is a crucial problem which should be solved in global government procurement norms. However, on the one hand, with the process of legal globalization, Chinese and French government procurement systems are largely homogeneous in terms of liberalization and policy orientation. On the other hand, the methods they use to balance the conflict between liberalization and policy orientation remain different. At the same time, because of the specificity of the Chinese judicial system, the Chinese equilibrium methods have their own legitimacy. In the current circumstance, it is impossible for the Chinese public authorities to abandon their own equilibrium methods to seek convergence with the French equilibrium methods.

Key words: Globalization; Chinese government procurement system; French government procurement system; Strategic use of Government procurement; National idiosyncrasies; Liberalization; Protectionism.

L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

L'auteur informe que, sauf indication contraire, les traductions effectuées sont personnelles.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Madame le Professeur Frédérique RUEDA et Monsieur le Professeur Banggui JIN pour la direction de ce travail de recherche. La confiance que vous m'avez accordée et vos conseils ont été déterminants pour l'aboutissement de celui-ci.

Ma reconnaissance s'adresse ensuite à l'ensemble des membres du C.E.R.C.C.L.E. et en particulier à son directeur, Monsieur le Professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien, ainsi qu'à Monsieur le Professeur Fabrice Hourquebie, directeur de l'Ecole doctorale : l'environnement tranquille de recherches fourni par le C.E.R.C.C.L.E m'a permis de travailler de manière très efficace, et les financements fournis par le centre de recherche et de l'école doctorale m'ont aussi permis de participer à des colloques et conférences à Pékin et à Paris. Un grand merci également à Mme Martine Portillo pour son aide et son soutien toujours chaleureux et soigneux.

Merci à Madame le Professeur Aude Rouyère, à Messieurs les Professeurs Jean-Bernard Auby, Olivier Dubos, Jean-François Brisson, à Monsieur Jean-Baptiste Vila pour avoir consacré de leur temps à des discussions et des échanges académiques avec moi.

Il me faut remercier également Monsieur le professeur YU An et Mesdames les professeurs ZHANG Li et WANG Wei pour leur accueil à l'Université de Tsinghua et l'Université de Science Politique et du Droit de Chine. J'ai eu la chance particulière de pouvoir intervenir dans des conférences internationales importantes organisées par eux autour du sujet des marchés publics et des PPP.

Je tiens également à remercier le China Scholarship Council et le ministère des Affaires étrangères et du Développement international de la France pour les bourses qu'ils m'ont attribuées, qui m'ont permis de réaliser mes recherches doctorales dans les meilleures conditions.

Un immense merci à Nicolas, Anna, Jean-Philippe, Charles, Clément, Daniel, Léa et Sandrine pour l'inspiration doctrinale et l'aide quotidienne apportée par eux durant toute la période de mes recherches doctorales.

Mes remerciements vont enfin à ma femme le docteur LIU Qiping, mes deux filles CHEN Zijin et CHEN Zipei, et mes grands parents XIANG Pinshan, PENG Qingxian, ainsi que tous les membres de ma famille, pour la patience et la grande aide dont ils ont fait preuve durant toutes ces années.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE

PARTIE I Les progrès de la libéralisation des marchés publics en France et en Chine

Titre 1. La libéralisation endogène

Titre 2. La libéralisation exogène

PARTIE II. L'affrontement entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics en France et en Chine

Titre 1. L'utilisation stratégique des marchés publics en France et en Chine

Titre 2. L'équilibre entre utilisation stratégique et libéralisation des marchés publics

CONCLUSION GENERALE

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS ET ACRONYMES

act. : actualité

aff. : affaire

AJ Collectivités Territoriales : Actualité juridique collectivités territoriales

A.J.D.A. : Actualité juridique du droit administratif

al. (et): alii

al. : alinéa

A.M.P : Accord sur les marchés publics

A.N.P. : Assemblée nationale populaire

art. : article(s)

c/ : contre

C.C. : Cour constitutionnelle

C.C.C. : Cahiers du Conseil constitutionnel

C.C.I.P : Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris

Comm. : Commentaire

Cornell Int'l L. J. : Cornell International Law Journal

C.E. : Conseil d'Etat

C.E., Ass. : Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat

chr. : Chronique

cit. : cité(e)(s)

C.J.C.E. : Cour de justice des Communautés européennes

C.J.U.E. : Cour de justice de l'Union européenne

coll. : collection

cons. : considérant(s)

D. : Recueil Dalloz

D.C. : décision constitutionnelle

dir. : sous la direction de

éd. : édition

Harvard Int.L.J. : Harvard International Law Journal

Ibid. : Ibidem

I.C.L.Q : International & Comparative Law Quarterly

J.C.P.G. : La semaine juridique, édition générale

J.O.C.E. : Journal officiel des communautés européennes

J.O.R.F. : Journal officiel de la République française

J.O.U.E. : Journal officiel de l'Union européenne
L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.P.A. : Les petites affiches
Mon. TP : Le Moniteur des Travaux Publics et du Bâtiment
n° : numéro
p. : page
P.C.C. : parti communiste chinois
préc. : précité(e)(s)
pp. : pages
P.U.A.M. : Presses universitaires d'Aix-Marseille
P.U.F. : Presses universitaires de France
P.U.S. : Presses universitaires de Strasbourg
R.D.P. : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
R.T.D. com. : Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
Rec. : Recueil Lebon
rééd. : réédition
req. : requête
R.D.I. : Revue de droit immobilier
R.F.D.A. : Revue française de droit administratif
R.R.J. : Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
R.T.D. Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.E. : Revue trimestrielle de droit européen
R.T.D.H. : Revue trimestrielle des droits de l'homme
s. : et suivant(es)
SJTU Law Review : Shanghai Jiao Tong University Law Review
spéc. : spécialement
t. : tome
vol. : volume

INTRODUCTION GENERALE

« Le co-contractant de l'Etat était considéré autrefois comme ayant naturellement des intérêts antagonistes de ceux de l'Etat. C'était un adversaire. »¹

---- Marcel Waline 1951

« Les marchés publics constituent (...) un instrument de dirigisme incomparable (...) s'ils ont encore pour objet immédiat de procurer à l'Etat des prestations, leur but réel peut être d'ordre économique ou social. »²

---- Georges Péquignot 1962

« The (...) major reason for the recent wave of procurement legislation has been the growth of international agreements to regulate public procurement. (...) The resulting international agreements have required the governments should put aside their traditional practices of using procurement to promote domestic industry, (...) since these policies invariably involve discrimination in favour of national industry. »³

---- Sue Arrowsmith 1998

Depuis leur apparition à l'époque présente, il a toujours existé des conflits entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics. C'est le cas en France et en Chine. Aujourd'hui, dans le contexte de la globalisation, est-ce que les méthodes adoptées dans ces deux pays pour équilibrer ces deux exigences peuvent aboutir à une convergence ? Dans la

1 Marcel Waline, « L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses co-contractants », *RDP* 1951, p.5.

2 Georges Péquignot, « Le contentieux des marchés publics », in Armand Bizaguet, *Les marchés publics et leur financement*, Dalloz 1962, p.238-239.

3 Sue Arrowsmith, « National and international perspectives on the regulation of public procurement: harmony or conflict? », in Sue Arrowsmith and Arwel Davies, *Public procurement: Global revolution*, Kluwer law international 1998, p.10-11.

présente thèse, nous allons étudier ce problème, mais avant tout, il convient de délimiter ce sujet en définissant précisément les termes le composant et de discuter de façon préliminaire la signification du contexte de la globalisation.

I- Les définitions et le contexte

§1. Les définitions

Deux expressions méritent d'être précisées ici. Il s'agit tout d'abord du « droit des marchés publics en France et en Chine » (§1), et ensuite de « libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics » (§2).

1. « Le droit des marchés publics en France et en Chine »

En premier lieu, il s'agit évidemment des normes juridiques et des jurisprudences applicables en l'état actuel, et encadrant la passation des marchés publics dans ces deux pays. Pour la France, nous allons donc nous concentrer sur les normes juridiques en vigueur à la suite de la réforme récente, à savoir l'ordonnance du 23 juillet 2015 du décret du 27 mars 2016, ainsi que les jurisprudences corrélatives rendues par le juge français et le juge de l'UE. Pour la Chine, en la matière, les normes juridiques en vigueur sont issues de la loi relative aux marchés publics de 2003 (《政府采购法》) et le décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (《政府采购法实施条例》) ainsi que d'une série de réglementations issues du gouvernement central. Le juge administratif chinois a aussi rendu maintes décisions importantes sur la passation des marchés publics, qui seront également étudiées dans la présente thèse.

En second lieu, afin de mieux saisir les logiques profondes de l'évolution du régime des marchés publics en France et en Chine, nous adopterons aussi une perspective historique sur les normes juridiques. C'est la raison pour laquelle les textes juridiques et les jurisprudences produits dans l'histoire du développement de ce régime nous intéresseront aussi. Même s'ils

ont déjà été dépassés au sens du droit positif, ils constituent sans aucun doute la fondation de l'édifice du droit des marchés publics valable aujourd'hui.

Toutefois, il faudrait rappeler que certains objets seront exclus de la présente recherche. C'est le cas des marchés de partenariat public-privé (PPP) et des marchés publics de défense.

S'agissant des marchés de PPP en France l'ordonnance du 23 juillet 2015 les a récemment inclus dans le domaine de l'application du droit des marchés publics.⁴ De plus, les nouvelles règles « ont pour objet de se substituer, non seulement aux anciens contrats de partenariats mais, plus largement, à toutes les formes juridiques de partenariat public-privé qui entraient dans la catégorie des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne. »⁵ Il s'agit ainsi d'une « unification et une consolidation des différentes formules contractuelles existantes au profit d'une forme unique, générique et transversale. »⁶ La maturité du régime des marchés de PPP est donc parachevée en France. Néanmoins en Chine, bien qu'une instruction issue du ministère des finances publiques en 2014 vienne d'étendre l'application du droit des marchés publics aux marchés de PPP⁷, contrairement à ce qui est le cas en France, il ne s'agit pas de la fin du chaos normatifs, mais plutôt d'un début de guerre pour déterminer la compétence en la matière. Plus précisément, au-delà du Ministère des finances publiques, la Commission nationale pour le développement et la réforme se déclare également compétent de régler les marchés de PPP, notamment pour les PPP qui impliquent des éléments de travaux.⁸ Pour apaiser une telle « guerre de compétences », le Conseil des affaires de l'Etat a

4 Article 4 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

5 Gabriel ECKERT, « Le périmètre des marchés de partenariat », *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2015, dossier 11, numéro 3.

6 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

7 Instruction n°76 de 2014 relative à généraliser l'utilisation de la modalité de partenariat public-privée (2014 年财金[2014]76 号《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》).

8 L'arrêté ministériel n°25 de 2015 relatif à la concession des travaux infrastructurels et des services publics (2015 年第 25 号令《基础设施和公用事业特许经营管理办法》).

fini par décider d'établir par lui-même un décret relatif aux marchés de PPP, mais le projet d'élaborer ce texte n'a été que récemment enregistré dans l'ordre du jour de 2017.⁹ On peut ainsi voir que le régime encadrant les marchés de PPP en Chine ne s'est pas encore suffisamment stabilisé, et reste majoritairement en chantier. Dans ces conditions, la comparaison entre le régime des marchés de PPP en France et en Chine est pratiquement inopérante.

Quant aux règles concernant les marchés publics de défense, il convient aussi de les exclure de l'objet de recherche de la présente thèse. En France, même si la réforme de 2015/2016 vient d'intégrer certaines dispositions concernant ces marchés dans les textes du droit commun des marchés publics, le régime formulé par ces dispositions reste un régime particulier et obscur de manière générale. Pareillement en Chine, la loi relative aux marchés publics de 2003 n'a rien prescrit sur les marchés publics de défense mais simplement chargé la commission militaire centrale d'élaborer par elle-même les règles encadrant spécifiquement ces marchés. Ils sont ainsi totalement exclus du champ d'application du droit commun des marchés publics chinois. Même si une série de textes juridiques est ensuite publiée par la commission militaire centrale¹⁰, les pratiques des achats publics dans ce domaine restent majoritairement opaques, sachant que, selon la théorie de « la relation spéciale de puissance (特别权力关系理论) » adoptée par le droit administratif chinois,¹¹ les actions en matière de défense sont catégoriquement exclues du contrôle juridictionnel du droit commun.¹² On peut donc constater que les marchés publics de défense bénéficient tant en France qu'en Chine

9 Instruction n°23 de 2017 relative au programme du Conseil des affaires de l'Etat concernant l'élaboration des décrets pendant l'année (2017 年国办发[2017]23 号《国务院办公厅关于印发国务院 2017 年立法工作计划的通知》).

10 Par exemple, le décret n°50 de 2002 relatif aux marchés publics d'équipements militaires (2002 年[2002]军字第 50 号《装备采购条例》)

11 YING Songnian, *Le droit administratif et le droit du contentieux administratif* 2^e édition, Law Press 2009, p.17-18 (应松年:《行政法与行政诉讼法学》第二版, 法律出版社 2009 年, 第 17-18 页).

12 En témoigne l'article 12 de la loi sur le contentieux administratif de 1989, qui a posé que « les requêtes contre les actes suivants sont irrecevables : 1) les actes d'Etat concernant la défense nationale et les affaires étrangères. » Traduit par ZHANG Li, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs en Chine*, BRUYLANT 2009, p.638.

d'un statut particulier au regard du droit commun des marchés publics, et notamment, que les pratiques dans ce domaine se caractérisent très souvent par une obscurité considérable. Ces éléments nous empêchent d'effectuer une étude de comparaison suffisamment approfondie.

2. « Libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics »

L'opposition entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics provient en fait d'une distinction traditionnelle en matière de droit des marchés publics entre les politiques primaires (*Primary policies*) et les politiques secondaires (*Secondary policies*).¹³ Dans les débats doctrinaux relatifs au droit des marchés publics, on adopte cette distinction généralement en fonction de la nature des missions assignées aux marchés publics. De façon schématique, les politiques primaires visent à une mission d'économie des deniers publics, et en opposition, les politiques secondaires dépassent le cadre des intérêts d'économie immédiats pour s'engager dans une dimension plus globale et plus stratégique, comme la protection sociale et environnementale, la relance économique, la restructuration industrielle, ou le développement territorial équilibré etc..¹⁴

Néanmoins, cette distinction traditionnelle est déjà relativement dépassée : selon certains auteurs, il faut la mettre à jour en prenant en compte l'influence de la libéralisation économique globale. Précisément, le mouvement de libéralisation économique globale a apporté à cette distinction une nouvelle dimension au niveau international, concrétisée par des accords internationaux ou régionaux, visant à enlever les barrières aux frontières des marchés publics.¹⁵ Par conséquent, la marge de manœuvre des pouvoirs publics dans le domaine des

13 Sue Arrowsmith et Peter Kunzlik, « Public procurement and horizontal policies in EC law : general principles », in Sue Arrowsmith et Peter Kunzlik, *Social and environmental policies in EC procurement law*, Cambridge University Press 2009, p.13-14.

14 Rolf H. Weber, « Development promotion as a secondary policy in public procurement », *Public Procurement Law Review* n°4 2009, p.187.

15 Peter-Armin Trepte, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press 2004, p.8.

politiques primaires et secondaires à la fois est désormais considérablement restreinte.¹⁶ Il en résulte que, selon certains auteurs, une telle distinction dichotomique doit être révisée en faveur d'une distinction trichotomique en y ajoutant la dimension internationale.¹⁷

De plus, la distinction traditionnelle fait aussi l'objet de critiques intrinsèques. Les arguments de cette approche critique nous incitent ainsi à améliorer son contenu. Concrètement, deux auteurs arguent que la distinction traditionnelle entre ces deux politiques implique une hypothèse d'inégalité, ce qui nous conduit à penser que la mission d'économie des deniers publics a plus de valeur que d'autres missions stratégiques. Toutefois, selon ces auteurs, cette inégalité est virtuelle, et ces deux types de mission possèdent en fait une importance équivalente ; ils prônent donc le remplacement de la dénomination de « politiques secondaires » par celle de « politiques horizontales » (*horizontal policies*)¹⁸.

Néanmoins, pour nous, ni la révision trichotomique ni la relocalisation horizontale ne s'adaptent aux objets de recherches de la présente thèse.

Tout d'abord, l'horizontalisation des différentes missions reste assez virtuelle à nos yeux, sachant que, comme nous allons le démontrer, les valeurs attachées aux différentes missions sont plutôt variables aux yeux des différentes entités, selon le temps et le lieu où elles s'inscrivent. Certes, actuellement en France et en l'UE, les politiques secondaires sont en train de monter en importance, et il arrivera certainement un moment où nous pourrions qualifier les politiques secondaires comme horizontale en comparant avec les politiques primaires. Toutefois, ce moment ponctuel ne doit pas être que temporel et fugace : au fil du temps, l'équilibre pencherait d'un côté ou de l'autre.

En second lieu, par rapport à la nouvelle dimension internationale, bien qu'on l'ajoute à

¹⁶ *Ibid.*, p.209-210.

¹⁷ *Ibid.*, p.5-6.

¹⁸ Sue Arrowsmith et Peter Kunzlik, « Public procurement and horizontal policies in EC law : general principles », *op.cit.*, p.14.

la distinction traditionnelle, cette dernière reste fondée sur la nature des missions. Néanmoins, à nos yeux, cette distinction sur la base de la nature des missions, est toujours futile au fond. Pour être plus clair, il nous suffit de poser la question de savoir si la mission des politiques primaires, à savoir de l'économie des deniers publics, se heurte par nature à la mission de la politique internationale ou à la mission des politiques secondaires. On peut voir que la réponse ne va pas de soi, sauf à changer la perspective en se concentrant sur les éléments du régime liés à telle ou telle mission spécifique, en les analysant et les comparant. C'est seulement dans ce cas que l'on pourrait explorer un résultat significatif.

Schématiquement, les éléments du régime liés aux politiques primaires consistent notamment en un régime formaliste de publicité et de mise en concurrence, visant à répondre à la méfiance des personnes politiques envers les agents administratifs chargés directement de l'achat.¹⁹ Et pour les éléments correspondant à la politique internationale, visant bien plus à élargir le volume du marché, se concrétisent notamment par des obligations juridiques d'éliminer toutes les barrières aux frontières susceptibles d'entraver la libre circulation.²⁰ Tout cela nous montre les différences existant entre les politiques primaires et la politique internationale. Néanmoins, d'un autre côté, en se focalisant sur les éléments du régime, nous pouvons constater que les éléments du régime liés à ces deux politiques partagent en réalité une structure assez proche, à savoir celle d'une publicité préalable et d'une mise en concurrence, avec pour effet de concevoir et de construire un espace de concurrence, donc une concurrence artificielle, à l'imitation de la concurrence naturelle dans les marchés privés.²¹ Ceci nous conduit à penser qu'il existe en fait une sorte d'homogénéité entre les éléments du régime correspondant à ces deux politiques : cette homogénéité est qualifiée dans

¹⁹ Peter-Armin Trepte, *op.cit.*, p.13-14, 83.

²⁰ *Ibid.*, p.259

²¹ Comme un auteur l'a bien remarqué, « these regional and international rules are largely inspired by existing national procedures which have been developed over a long period of time and which have identified the same range of procedures. » Voir Peter-Armin Trepte, *Ibid.*, p.253-254.

la présente thèse de régime de libéralisation des marchés publics. Malgré les particularités susmentionnées, elle soutient simultanément ces deux politiques.

Cependant, les éléments du régime liés à la politique secondaire risquent de se heurter à ceux liés à la politique primaire et à la politique internationale, puisque, tout simplement, la politique secondaire est mise en œuvre essentiellement à travers des régimes ayant pour effet d'intervenir dans la concurrence artificielle, et de l'orienter ou de la manipuler en vue d'un ou de plusieurs objectifs de politique publique promue stratégiquement par les pouvoirs publics. C'est ici le point qui risque de produire des conflits périlleux, et donc mérite d'être soigneusement analysé.

En somme, sous couvert de la distinction traditionnelle entre politique primaire et politique secondaire, la contradiction tient au fond en l'incompatibilité entre le régime de libéralisation des marchés publics et l'utilisation stratégique des marchés publics. On peut d'ailleurs observer que cette incompatibilité s'aggrave bien plus dans le contexte actuel de globalisation.

§2. Le contexte

De toute évidence, l'utilisation stratégique des marchés publics constitue de plus en plus un moyen d'affronter les défis engendrés par la globalisation économique (§1), mais son déploiement dans l'étendue mondiale, notamment sa conciliation avec la libéralisation, demande une réglementation globale qui intervient dans le contexte de la globalisation juridique, dans lequel l'Etat souverain joue comme toujours un rôle considérable (§2). En raison de ce contexte préétabli, le problème de possibilité de convergence entre la France et la Chine, reste sensiblement crucial.

1. Des défis provoqués par la globalisation économique et des parades aux niveaux multiples

La globalisation économique a d'un côté favorisé la prospérité économique au plan

mondial, mais d'un autre côté, elle a également provoqué beaucoup de défis sérieux, soit au niveau interne, concernant le bien-être des citoyens, soit au niveau global, pour les pays en échec dans la compétition globale. Pour leur faire face, sur le plan théorique il convient d'interroger la légitimité du néo-libéralisme qui a guidé la globalisation économique depuis les années 1970 (a), et sur le plan pratique, nous pouvons de plus constater, qu'en matière de marchés publics, des parades sont en réalité déjà prévues à de multiples niveaux (b).

a. Des défis sérieux à cause de la mondialisation néo-libérale

Tout d'abord, au niveau national, Emmert Franck a qualifié les défis suscités par la globalisation économique de « menaces pour le bien commun » (*common good under fire*). Il a argué que:

*« With 150 or more countries competing for their investment and the jobs it promises, undertakings can hold a beauty contest to see which country offers the best conditions. Since undertakings are profit oriented and answer first and foremost to their shareholders, the "best conditions" are those that offer the highest profits in the short term. Long-term goals and values that remain external to the revenue and expense calculations of an undertaking, such as environmental protection, can only play a minor role, if any ».*²²

Il a ainsi conclu que :

« While (countries) retain their high standards for protection of workers, the environment, etc., they lose tax revenue and jobs. If they do not react by cutting back their social services but instead increase their taxes on income and/or profits in order to be able to fund the same high level of social services as before, the conditions for economic operators in those countries deteriorate further and additional activities will move away and more jobs are

²² Emmert Franck, « The Common Good Under Fire. Is Globalization Delivering the Ultimate Victory to Manchester Capitalism? », *European Journal of Law Reform* 2004, vol.6, p 440.

lost. »²³

Evidemment, selon ces arguments, c'est la concurrence globale, intensifiée considérablement par la mondialisation économique, qui nous ramène à une telle situation dramatique.

De plus, au niveau global, la globalisation économique a aussi énormément développé les opportunités permettant aux entités capitalistes de réaliser l'« accumulation par dépossession »²⁴, pour emprunter l'expression de David Harvey, au détriment des pays en échec dans la compétition globale. Comme David Harvey l'a brièvement décrit : « le même but peut être atteint par la dévalorisation du capital et de la force de travail existants. Les actifs dévalorisés peuvent être achetés à des prix cassés et les profits recyclés de façon rentable dans la circulation du capital par le capital suraccumulé. »²⁵ Pour l'essentiel, il s'agit d'un processus sans trêve dont la dynamique est enracinée au cœur du capitalisme. Et effectivement, la globalisation économique en balayant presque toutes les barrières commerciales offre une meilleure arène aux entités capitalistes : chaque pays s'épuise dans ce cas pour ne pas être dépossédé, ce qui intensifie encore plus la compétition globale, et nuit ainsi de manière encore plus grave aux « common goods » mentionnés ci-dessus, notamment à ceux des peuples des pays en échec dans cette compétition.

Face à ces conséquences désastreuses, est-ce que nous devons accuser la globalisation ? Oui et non. Il est vrai que toutes ces conséquences sont directement ou indirectement engendrées par le mouvement dénommé « globalisation ». Cependant, nous devrions plutôt accuser la « Globalisation néo-libérale » que la globalisation en tant qu'état de fait. Ici, il faut en effet reprendre une distinction, proposée par Kumar Vidya S.A, entre la « globalisation » et

23 *Ibid.*, p 440-441.

24 Nous empruntons ici l'expression adoptée par David Harvey.

25 David Harvey, *Le nouvel impérialisme*, traduit par Jean Batou et Christakis Georgiou, Les prairies ordinaires 2010, p.178.

la « Globalisation ». Selon lui, la globalisation vise à des mouvements qui « se développent globalement dans les faits » (*what is actually happening globally*), alors que la Globalisation désigne des arguments que « les théoriciens de la globalisation décrivent comme de développant globalement » (*what globalization theorists describe as occurring globally*)²⁶, et relève donc de la rhétorique. La « globalisation » économique a provoqué de fait, comme nous venons de le dire, des conséquences désastreuses, et pose donc des défis sérieux à surmonter, mais la « Globalisation » qui a servi de justification théorique et de catalyseur idéologique à cette sorte de « globalisation » se rattache à une idéologie : celle du néo-libéralisme. C'est précisément celle-ci qui a justifié, voire accéléré, le démantèlement des barrières commerciales et la réduction des services publics garantis par l'Etat souverain. Dès lors c'est cette idéologie qui devrait être remise en cause au lieu de la « globalisation ».

A la lumière de la pensée d'Amartya Sen, les défauts profonds du néo-libéralisme sont bien révélés. Précisément, le premier défaut, d'ordre ontologique, a trait à sa conception de la liberté, et son deuxième défaut réside dans le champ épistémologique, et concerne sa méfiance excessive à l'égard de la raison humaine.

En ce qui concerne la conception de la liberté, pour Hayek la notion de liberté est la clé de voûte du néo-libéralisme ; un de ses ouvrages les plus réputés est d'ailleurs intitulé *La constitution de la liberté*. Dans le premier chapitre de cet ouvrage, Hayek a opéré une distinction entre « la liberté » et « les libertés » : il a souligné que « (nous) nous intéressons, dans ce livre, à cette condition humaine particulière où la coercition de certains par d'autres se trouve réduite au minimum possible dans une société. »²⁷. Cet objectif initial et fondamental révèle la conception de la liberté retenue par Hayek : il s'agit d'une liberté négative, d'une liberté interdisant l'ingérence dans l'espace privé, notamment celle du gouvernement. Pour lui,

26 Kumar Vidya S.A., « A Critical Methodology of Globalization: Politics of the 21st Century? », *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2003, vol.10, p.88.

27 Friedrich August Hayek, *La constitution de la liberté*, traduit par Raoul Audouin et Jacques Garello avec la collaboration de Guy Millière, Litec 1994. p.11.

cette liberté se présente comme une « condition » libérale en se distinguant par rapport aux « libertés » qui se manifestent par des droits libéraux, et donc délimitent donc de façon plus restrictive l'espace privé. En bref, le concept de liberté pour Hayek est plutôt une condition d'autonomie, d'indépendance vis-à-vis du gouvernement, qu'un droit fourni et garanti par celui-là. Cette connotation négative prônée par Hayek était très éclairante à l'époque où le modèle de l'Etat providence se propageait dans le monde occidental et où le stalinisme dominait le monde oriental. Mais à l'époque actuelle, notamment après la crise économique de 2008, le monde, tant occidental qu'oriental, souffre des inégalités sociales et des pollutions environnementales causées, ou au moins aggravées, par le développement trop libéral des décennies passées, en négligeant ses impacts sociaux et écologiques. Nous avons donc besoin d'une nouvelle conception de la liberté, comme souligné par Amartya Sen, une conception plus substantielle, matérielle (« substantive ») :

« It is very important to see freedom in a sufficiently broad way. It is necessary to avoid confining attention only to appropriate procedures (as so-called libertarians sometimes do, without worrying at all about whether some disadvantaged people suffer from systematic deprivation of substantive opportunities), or, alternatively, only to adequate opportunities (as so-called consequentialists sometimes do, without worrying about the nature of the processes that bring the opportunities about or the freedom of choice that people have). »²⁸

Précisément, le « *substantive freedom* » vise pour lui à offrir des capacités d'action et de choix (« the capabilities --- to choose a life one has reason to value »).²⁹ Donc pour garantir cette conception différente de la liberté, il faut être plus sensible à l'égard des manques relatifs aux conditions substantielles visant des groupes précis, les empêchant de bénéficier de conditions donnant de la valeur à leur vie, par exemple pour des femmes contraintes par la tradition familiale ou des pauvres qui n'ont pas l'opportunité de recevoir une éducation de

²⁸ Amartya Sen, *Development as freedom*, Anchor Reprint edition 2000, p.17.

²⁹ *Ibid.*, p.75.

base. Dans ce cas, un soutien de pouvoirs publics (« governmental support ») chargés de fournir ces conditions substantielles serait nécessaire, voire indispensable.³⁰ En bref, une vision plus substantielle à l'égard de la liberté nous permet d'accueillir l'intervention gouvernementale, ou du moins de lui être moins hostile.

Il faut admettre que le concept négatif de la liberté préconisé par Hayek repose sur une épistémologie spécifique, celle de « l'idée évolutionniste »³¹. Brièvement, cette épistémologie souligne l'importance des expériences pratiques en tant qu'instrument privilégié pour connaissance du monde, et comparativement, Hayek se méfie excessivement de la raison humaine, à savoir du « rationalisme constructiviste » : il a très souvent dit que nous devons « prendre conscience de l'inéluctable ignorance »³² des Hommes. Et justement à cause de cette inéluctable ignorance, il arguait de la nécessité d'assurer un espace privé intangible pour chaque individu, celui de la liberté négative de l'individu, afin de lui permettant d'utiliser au maximum son propre savoir-faire :

« La liberté est essentielle afin de laisser de la place à l'imprévisible, à ce que nul ne peut prédire; nous la réclamons parce que nous avons appris à en attendre l'occasion favorable à la réalisation de la plupart de nos objectifs. C'est parce que l'individu connaît si peu de choses, en particulier parce que nous ne savons que rarement lequel d'entre nous connaît le mieux, que nous comptons sur les efforts indépendants et concurrents de gens nombreux pour provoquer l'émergence de ce que nous ne manquerons pas d'apprécier quand nous le verrons. »³³

L'accusation portée par Hayek contre le culte de la raison humaine est bien correcte, mais il est allé trop loin en déniait, à cause de sa méfiance excessive envers la raison humaine,

³⁰ *Ibid.*, p.120.

³¹ Friedrich August Hayek, *Droit, législation et liberté une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, traduit par Raoul audouin, P.U.F 2013, p.70.

³² Friedrich August Hayek, *La constitution de la liberté*, *op.cit.* p.23.

³³ *Ibid.*, p.30.

la légitimité de tout pouvoir positif de l'Etat : selon lui, un tel pouvoir positif ne serait acceptable qu'à la condition que « tout pouvoir positif (soit) réservé à des instances tenues à respecter des règles qu'elles ne pourraient modifier. »³⁴ En suivant la même logique, ces règles-là ne sont pas définies par la raison selon Hayek, mais sont « sélectionnées dans un processus d'évolution. »³⁵ En opposition avec cette perspective, pour nous la raison humaine dispose toujours d'une certaine valeur estimable, dont peuvent témoigner beaucoup d'exemples pratiques : sur ce point, Amartya Sen a bien écrit que « reasoned attempts to bring about social change should, in the relevant circumstances, help us to get better results. There are plenty of examples of success in social and economic reforms guided by motivated programs ... as they have in Europe and North America, and also in Japan and elsewhere in East Asia ». Pour lui « while these success stories have to be supplemented by accounts of failures and deflection, lessons can be learned from what went wrong, in order to do things better next time »³⁶. En bref, une épistémologie plus modeste, qui attache de l'importance à la fois à des expériences pratiques et à la raison humaine, est possible : c'est l'approche qui s'appuie sur l'expérience (« Learning by doing »), que le réformateur rationaliste (« rationalist reformer ») peut employer.

Dès lors, nous pouvons constater qu'il nous faut pour faire face aux défis sérieux provoqués par la globalisation néo-libérale, adopter une conception de la liberté plus inclusive et plus sensible à l'égard des éléments substantiels, et en même temps employer une épistémologie plus modeste qui tient compte à la fois des expériences pratiques et de la raison humaine, et est donc moins hostile au pouvoir positif de l'Etat. En fait, des parades dans ce sens sont déjà employées à de multiples niveaux.

34 Friedrich August Hayek, *Droit, législation et la liberté, III, l'ordre politique d'un peuple libre*, traduit par Raoul audouin, P.U.F 1983, p.178.

35 Friedrich August Hayek, *Droit, législation et la liberté, II, le mirage de la justice sociale*, traduit par Raoul audouin, P.U.F 1982, p.24.

36 Amartya Sen, *Development as freedom*, *op.cit.*, p.255.

b. Des parades à de multiples niveaux

Au niveau du droit interne, beaucoup de pays souhaitent utiliser stratégiquement les marchés publics comme outil de promotion de la protection environnementale et sociale, ainsi que comme outil de relance économique dans le contexte de crise mondiale. Néanmoins, il est évident que cette tendance se trouve en contradiction avec la nature traditionnelle des marchés publics en tant qu'instrument d'approvisionnement, comme avec l'objectif fondamental de globalisation des marchés publics tenant principalement à l'ouverture des marchés publics de chaque Etat à la concurrence globale. Nous avons ainsi besoin d'une sorte de conciliation entre ces exigences.

Cette question cruciale se pose, du point de vue de la globalisation juridique, au regard du droit supranational. Concrètement, ce dernier doit répondre par des normes globales et européennes concernant les marchés publics à la question de savoir comment nous devons équilibrer la libéralisation avec l'utilisation stratégique des marchés publics.

Aux niveaux supranationaux, nous pouvons en fait constater que l'UE, l'OMC et l'ONU ont déjà amorcé des travaux sur cette question.

Pour l'UE, les directives européennes 2004/17/CE et 2004/18/CE « mentionnent aussi un certain nombre d'objectifs liés à l'intégration dans ce cadre d'autres politiques telles que la protection de l'environnement et les normes sociales ou la lutte contre la corruption »³⁷. Et la commission européenne a annoncé en 2010 que, suivant des demandes des Etats membres, « elle entreprendrait une vaste consultation en vue de formuler des propositions législatives au plus tard au début de l'année 2012 ; l'objectif est (...) de permettre à ces marchés de mieux servir les autres politiques »³⁸. Il en résulte que les directives de 2014 concernant les marchés publics ont amplement pris en compte des considérations

37 Commission européenne, *Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics vers un marché européen des contrats publics plus performant*, Bruxelles, le 27.1.2011. p. 4.

38 *Ibid.*, p. 3-4.

additionnelles, « afin que les considérations sociales et environnementales soient mieux prises en compte dans les procédures de passation de marché »³⁹.

Pour l'OMC, les réflexions à cet égard sont aussi en chantier. A titre d'illustration, M. Pascal Lamy, le directeur général entre 2005 et 2013, a admis en 2010 dans un Symposium sur l'Accord sur les marchés publics que

« S'il faut bien évidemment éviter toute réglementation inutile ou excessive, le simple fait de supprimer les obstacles au commerce ne suffit pas pour obtenir des résultats optimaux. Il faut aussi des règles qui puissent garantir des procédures équitables, une transparence appropriée des marchés et un comportement concurrentiel responsable et durable du point de vue de l'environnement. (...) Les Parties à l'AMP et les autres Membres de l'OMC devront se pencher dans les années à venir sur toute une palette de questions intéressantes et complexes concernant les politiques nationales de marchés publics et la coordination de ces politiques sur le plan international. Il s'agira notamment de la façon d'aborder les politiques environnementales dans le contexte de l'AMP »⁴⁰.

Ainsi, après la révision de l'AMP en 2012, plusieurs groupes de travail sont établis visant spécifiquement à réfléchir aux « (a) best practices with respect to measures and policies that the Parties use to support the participation of small and medium-size enterprises in government procurement ; (b) the promotion of environmentally sustainable procurement practices, consistent with the Agreement. »⁴¹

Pour l'ONU, un programme d'achats publics durables vient d'être publié, dans lequel, Achim Steiner, secrétaire général adjoint des Nations Unies et directeur exécutif du PNUE,

39 Considérant 97 de la directive n°2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

40 Voir http://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl147_f.htm

41 Robert D. Anderson, Steven L. Schooner et Collin D. Swan, « The WTO's Revised Government Procurement Agreement - An Important Milestone Toward Greater Market Access and Transparency in Global Public Procurement Markets », *The government contractor*, Vol.54, n°1 January 11, 2012, p.4.

a déclaré que « les gouvernements peuvent utiliser ce potentiel pour conduire les marchés vers une voie durable en exigeant des produits et services qu'ils préservent les ressources naturelles, créent des emplois verts décents et améliorent les conditions de vie dans le monde entier. »⁴² Ces orientations politiques seront à l'avenir inscrites dans la nouvelle loi-type des marchés publics de l'ONU.

Dès lors, une question vient rapidement à l'esprit : comment coordonner ces normes multipolaires ? Cette question nous amènera à réfléchir à la globalisation juridique, en l'occurrence, à la question de savoir si l'Etat souverain demeure un protagoniste à l'époque de la globalisation juridique.

2. La globalisation juridique et le rôle de l'Etat souverain

La globalisation juridique, en tant que phénomène objectif, découle principalement de la globalisation dans d'autres domaines, notamment économique.⁴³ La prolifération des affaires commerciales, culturelles et sociales transnationales aboutit à la propagation de normes multipolaires, dont la transmission, la circulation et l'intrusion dans les systèmes juridiques construisent ensemble le phénomène dénommé aujourd'hui globalisation juridique.⁴⁴ Au-delà de ce phénomène objectif, il existe des correspondances subjectives : il s'agit des théories diverses attachées à ce phénomène, qui visent à la fois à lui attribuer des connotations très variables et à prophétiser sa direction à l'avenir. Nous pouvons nommer ces théories, en suivant la proposition de Kumar Vidya⁴⁵, « les Globalisations juridiques ». Evidemment, une question inhérente à ces Globalisations juridiques est de savoir comment nous devons régler juridiquement ces affaires transnationales. En fonction des réponses fournies, nous pouvons les catégoriser en trois approches : l'approche du système dispersé, celle du système ordonné

42 <http://www.unep.org/newscentre/default.aspx?DocumentID=2764&ArticleID=10787&l=fr>

43 Jean-Bernard Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris: L.G.D.J, 2010, p.18.

44 *Ibid.*, p.116.

45 Kumar, Vidya S.A., *op.cit.*, p.88.

et celle de l'éclectisme. Malgré la diversité de leurs contenus, nous pouvons effectivement constater que, au contrairement à l'opinion courante, l'Etat souverain y occupe toujours une place considérable.

a. L'approche du système dispersé

Les partisans de cette approche avancent que la globalisation juridique, en suivant la même logique néo-libérale que la globalisation économique, n'aboutira pas à un système ordonné pour régler les affaires transnationales, mais plutôt prendra la forme d'un modèle dispersé, soit comme réseau, soit de façon concurrentielle.

Plus précisément, Wolf HEYDEBRAND pense que dans le contexte de la globalisation « the decisive criteria of political and legal action tend to be expediency and cost-effectiveness rather than conformity with legitimate legal rules and democratic principles. »⁴⁶ Selon lui, c'est principalement lié à la diffusion de la culture de négociation inhérente à la *common law*, qui tend à modeler les contours mêmes de la globalisation. Sous l'influence de cette culture, la structure de la globalisation se transforme davantage, et évolue de plus en plus vers la formation de réseau et l'érosion des différences (« de-differentiation and network formation »). Ça renvoie à un processus « de transformation qui touche entre autres les institutions, dont les aspects les plus centraux et cruciaux sont, d'une part l'interpénétration de sphères institutionnelles jusque-là distinctes, et d'autre part l'utilisation stratégique de non-institutional, hence legally and politically not fully accountable, private social networks for purposes of policy-making and implementation as well as co-ordination and governance. »⁴⁷ En bref, les affaires transnationales seraient réglées par ces réseaux, qui sont qualifiés par l'auteur de plus informels, flexibles et hautement adaptables, mais également

⁴⁶ Wolf Heydebrand, « From Globalization of Law to Law under Globalization », in David Nelken, et Johannes Feest (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford: Hart Publishing, 2001, p.117.

⁴⁷ *Ibid.*, p.118.

créatifs et résistants.⁴⁸

Mais en même temps, Wolf HEYDEBRAND a également perçu qu'il existe un problème normatif au sein de sa proposition: il explique que de telles structures de gouvernance non institutionnalisées, « network-like », sont souvent vues comme des alternatives fonctionnelles et pratiques à des modèles plus institutionnalisés, dans un contexte de chocs et de niveaux croissants de complexité, de risque et d'incertitude, parce qu'elles semblent plus à même de développer de nouveaux modes de résolution des problèmes. Par conséquent, des valeurs de fond telles que les idées de démocraties ou d'Etat de droit peuvent être remplacées par une nouvelle rationalité dans laquelle on se soucie moins de la légalité formelle ou des objectifs politiques que de la viabilité du système lui-même. L'auteur y voit une résurgence inquiétante de thèmes néo-darwiniens.⁴⁹

Au fil de cette logique néo-darwinisienne, un autre auteur va encore plus loin. Jan M. Smits s'oppose expressément à l'initiative de la construction d'un droit uniforme à l'échelle mondiale (« *uniform law* »)⁵⁰. Selon lui, l'ingénierie juridique destinée à résoudre certains problèmes sociaux, « can no longer take place within national institutions but should primarily come about through jurisdictional competition. »⁵¹ Il pense que cette concurrence entre ordres juridiques est un moyen d'augmenter leur légitimité démocratique, puisque les citoyens peuvent, selon l'auteur, choisir librement le régime juridique qu'ils préfèrent⁵², « votant avec leurs pieds » en fonction de leurs propres préférences : cette mise en concurrence peut selon lui compenser la carence démocratique existant dans la globalisation

⁴⁸ *Ibid.*, p.124.

⁴⁹ *Ibid.*, p.125.

⁵⁰ Jan M. Smits, « Legal Engineering in an Age of Globalisation: Is There a Future for Jurisdictional Competition? », in Eleanor Cashin-Ritaine, Seán Patrick Donlan, et Martin Sychold (dir.), *Comparative Law and Hybrid Legal Tradition*. Genève: Schulthess, 2010, p.55.

⁵¹ *Ibid.*, p.51.

⁵² *Ibid.*, p.56.

juridique.⁵³ En suivant cette logique, la construction d'un droit uniforme dans la globalisation juridique réduirait l'intensité de cette concurrence entre ordres juridiques, et donc diminuerait les opportunités offertes aux agents de satisfaire leurs préférences. C'est pourquoi il préconise de maintenir la pluralité juridique.

Evidemment, cette approche du système globalisé ne donne pas beaucoup d'importance à l'Etat souverain : elle nous propose au contraire d'imaginer la globalisation juridique en dépassant le cadre étatique, soit du point de vue des « social networks » soit au travers d'une concurrence globale entre ordres juridiques. Néanmoins, les faiblesses de cette conception de la Globalisation juridique peuvent nous conduire à reconnaître la nécessité de prendre en compte l'Etat souverain dans la globalisation juridique.

Pour en revenir au point de vue proposé par Wolf HEYDEBRAND, celui-ci a admis qu'une gouvernance par les « social networks » risque de dessécher les valeurs normatives, comme celles de démocratie ou de l'Etat de droit. Mais, de façon encore plus grave, la légitimité de la culture juridique de marchandage (« the legal culture of bargaining ») repose en réalité sur le fait que les différentes parties au marchandage disposent d'une position presque égale : il ne s'agit pas seulement d'une égalité de droit, mais tient aussi d'une égalité de fait, ou en adoptant le mot d'Amartya Sen, un « freedom substantive ». Wolf HEYDEBRAND a également perçu cette situation, en admettant la risque d'auto-destruction de la culture juridique de marchandage précisément lorsque la concentration et la pénétration du pouvoir économique atteint un degré tel que la négociation devient en fait une commande, parce qu'il peut ne plus y avoir de partenaire égal avec lequel négocier.⁵⁴ Dans ce cas, un retour à l'Etat souverain peut certainement servir comme une source assez importante d'effet normatif pour rééquilibrer la globalisation juridique.

En ce qui concerne l'idée de concurrence des ordres juridiques (« *jurisdictional*

⁵³ *Ibid.*, p.55.

⁵⁴ Wolf Heydebrand, *op.cit.*, p.132.

competition ») de Jan M. Smits, nous pouvons aisément trouver un lien de parenté avec la théorie de Hayek relative à l'évolution institutionnelle. Dans cette dernière, Hayek argue que « c'est dans leur contribution à la réalisation des objectifs visés par les hommes à un moment donné que tous les procédés de la civilisation doivent faire leurs preuves; ce qui est inefficace sera abandonné, ce qui est efficace retenu »⁵⁵. Il explique ainsi qu'« il est vraisemblable qu'un modèle social bien établi contribue en quelque façon à préserver la civilisation mais notre seul moyen d'en avoir la confirmation est de vérifier qu'il continue à se montrer valable quand il est concurrencé par d'autres modèles, utilisés par d'autres individus ou groupes »⁵⁶. En bref, le seul moyen de reconnaître le meilleur modèle social est de le mettre en concurrence avec d'autres modèles sociaux. En généralisant ce postulat dans la communauté globale et en se focalisant sur les ordres juridiques, nous aboutissons naturellement à la conclusion de Jan M. Smits, à savoir que la concurrence globale entre ordres juridiques nous permet de pouvoir choisir les solutions d'ingénierie juridique plus satisfaisantes.

Mais par cette parenté théorique, le défaut du néo-libéralisme, qui est précisément de négliger l'aspect substantif de la liberté, s'attache également à la théorie de la concurrence des ordres juridiques : celle-ci suppose que les citoyens disposent d'une capacité de libre circulation entre différents systèmes juridiques (qu'ils « votent avec leurs pieds »), mais cette supposition ne correspond pas à la réalité. En effet, si nous adoptons une perspective plus concrète, nous pouvons constater que dans la plupart des pays les citoyens manquent effectivement de la capacité de libre circulation transnationale, soit à cause de restrictions politiques internes, soit en raison d'un manque de moyens matériels. En revanche, toujours en suivant la perspective la plus concrète, à l'époque actuelle l'élément le plus libre est le capital, donc la concurrence entre ordres juridiques dans le monde entier n'a pour corollaire que de favoriser la rentabilité du capital en lui permettant de choisir librement les solutions les plus

⁵⁵ Friedrich August Hayek, *La constitution de la liberté*, op.cit., p.36.

⁵⁶ *Ibid.*, p.37.

efficaces économiquement dans le monde entier, quitte à compromettre la situation écologique et social. Cela pourrait donc aboutir à la situation dramatique qualifiée par Emmert Franck de « Common goods under fire ». Pour en sortir, Emmert Franck explique que nous avons en fait besoin d'établir des standards minimaux adéquats dans l'ensemble des pays, et de veiller à leur application partout. Mais il remarque aussi que « in order to accomplish this, the developed and the developing countries need to realize that they are ultimately sitting in the same boat when it comes to the common good »⁵⁷. Ainsi, l'Etat souverain occupe toujours une place importante.

b. L'approche du système ordonné

S'opposant à l'approche du système dispersé, l'approche du système ordonné préconise la construction d'un système juridique assez ordonné dans la globalisation juridique. En fonction de leurs divergences sur sa mise en œuvre, nous pouvons distinguer le modèle hégémonique du modèle de pluralisme ordonné. Mais quelque soit le modèle, la place de l'Etat souverain y est toujours non-négligeable.

On parle de modèle hégémonique pour désigner « l'inféodation progressive de tous les droits à des principes et standards inspirés par le néo-libéralisme, de racine essentiellement nord-américaine »⁵⁸, Pour un autre auteur, ce modèle s'explique par le fait que « le mimétisme pousse les Etats à se rallier au modèle juridique des pays dominants, c'est-à-dire le modèle libéral qui renvoie au triptyque : droits de l'homme - démocratie pluraliste - Etat de droit » et notamment à se rallier au monde anglo-saxon qui serait « plus puissant car le *common law* serait en particulier dans le domaine économique plus efficace (et donc plus attractif) que les droits romano-germaniques »⁵⁹. En bref, le modèle hégémonique promeut la supériorité des

57 Franck Emmert, *op.cit.*, p.459.

58 Jean-Bernard Auby, « Globalisation et droit comparé », *European Journal of Law Reform* 2006, vol.8, p. 49.

59 Marie-Claire Ponthoreau, « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », « *Le droit public existe-t-il ?* », *site collaboratif de recherche interdisciplinaire sur le droit public* 09 mai 2009, vol.Thème "Suis-je l'Etat ?", Bruxelles: Université Libre de Bruxelles, p.6.

systèmes juridiques occidentaux, notamment l'efficacité du système juridique américain, et donc propose de les diffuser et transplanter dans les autres régions du monde.

Il est évident que cette réputation de supériorité sur les systèmes juridiques des Etats non-occidentaux prend sa source dans le fait qu'à la comparaison avec ceux-ci les Etats occidentaux sont plus développés, notamment en matière économique. C'est seulement à l'aune du degré de développement, notamment économique, de certains Etats, que les partisans de cette thèse évaluent les différents systèmes juridiques. En suivant cette logique d'évaluation, nous pouvons comprendre pourquoi ils préfèrent le *common law* aux droits romano-germaniques, compte tenu de la puissance permanente des Etats-Unis et du déclin relatif de l'Europe ; cependant, c'est aussi la raison pour laquelle la fusée économique de la Chine est à même de mettre en cause le présupposé libéral de cette thèse, puisque le système juridique de la Chine est loin d'être un système libéral.⁶⁰ Sur cette base, nous pouvons constater que cette thèse consacre de fait l'importance de l'Etat souverain, précisément l'importance des niveaux de développements économiques des Etats souverains, parce que c'est le niveau atteint de développements économiques d'un Etat qui conditionne l'influence de son système juridique.

En ce qui concerne le modèle du pluralisme ordonné, il est apparu pour rejeter à la fois « le grand désordre du monde » causé par la Globalisation juridique dispersée, et au tableau « trop vite unifié, voire uniformisé » résultant d'une « intégration hégémonique ». L'objectif du pluralisme ordonné est donc d'« ordonner le multiple sans le réduire à l'identique, (d')admettre le pluralisme sans renoncer à un droit commun »⁶¹. Les partisans de ce modèle supposent que le pluralisme des systèmes juridiques est un fait inéluctable à l'époque

60 Jean-Bernard Auby, « Globalisation et droit comparé », *op.cit.*, p.50.

61 Mireille Delmas Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz* 2006, p.951.

actuelle⁶², et estiment donc que l'enjeu central pour nous est de savoir comment « ordonner le pluralisme », en « les combinant de telle manière qu'il en ressorte un dessin d'ensemble, le plus harmonieux possible. »⁶³

Même si ses partisans de ce modèle reconnaissent la possibilité de l'« unification » des systèmes juridiques, elle ne peut que rester exceptionnelle, et ne concerner qu'une partie des pays, par exemple les pays européens parce que l'Europe fait partie des « régions relativement homogènes ». Pour la plupart des pays, l'harmonisation est « politiquement plus acceptable »⁶⁴. Elle permet précisément que les Etats disposent d'une marge nationale d'appréciation pour la transposition des normes transnationales mais en même temps leur imposer de respecter un « seuil de compatibilité », et ce sont des juges supranationaux qui déterminent ce seuil. Mais les juges peuvent le faire en toute liberté ? Evidemment non, en fait « le contrôle exercé par le juge sur les conduites des Etats varie de façon inversement proportionnelle à la marge d'appréciation qui est laissée aux instances étatiques »⁶⁵, c'est-à-dire qu'« à une forte cohésion des solutions nationales (spontanée, ou réalisée sous l'influence du droit européen) devrait correspondre une faible marge d'appréciation, et donc un contrôle fort. A l'inverse, à une forte dispersion des solutions nationales devrait correspondre une marge d'appréciation plus large, et partant un contrôle moins rigoureux, puisqu'il faut ordonner, certes, mais respecter le pluralisme. »⁶⁶ Ce faisant, nous pouvons considérer que la détermination d'un seuil de compatibilité dépend en réalité de la question de savoir si les systèmes juridiques des Etats souverains concernés ont déjà achevé une

62 Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue Internationale de Droit Comparé* 2000, vol.52(4), p.755.

63 *Ibid.*, p.765.

64 Mireille Delmas-Marty, « Le phénomène de l'harmonisation, l'expérience contemporaine », in Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 1999, p.23.

65 Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *op.cit.*, p.778.

66 *Ibid.*, p.778.

« cohésion des solutions nationales ». En bref, la réussite ou l'échec de l'harmonisation dans la globalisation juridique repose principalement sur les Etats souverains si leurs systèmes juridiques sont déjà assez proches.

c. L'approche de l'éclectisme

A la différence des approches précédentes qui penchent expressément ou implicitement vers la thèse de la convergence des droits, Jean-Bernard Auby nous propose une globalisation juridique plus éclectique, qui se contente d'observer et d'analyser des phénomènes précis au sein de la globalisation juridique et de proposer des conseils plus concrets, mais sans aller jusqu'à un « projet d'ensemble »⁶⁷, puisque, selon lui, « le processus de globalisation » est « comme une évolution complexe, irrégulière », sans être d'ailleurs homogène.⁶⁸

Dans cette perspective plus réaliste, l'auteur a bien décrit l'influence de la globalisation sur le statut de l'Etat souverain, et également consacré son importance considérable à notre époque.

A première vue, la globalisation est un processus caractérisé par la « désétatisation », l'influence de la globalisation sur l'Etat souverain se manifeste dans les deux dimensions suivantes. D'abord, la globalisation a réduit « l'aptitude des Etats à maîtriser les processus sociaux et à les réguler »⁶⁹. Il s'agit précisément de rendre compte de la perte de maîtrise de l'Etat sur le droit, sachant qu'il ne peut exercer qu'un « contrôle plus limité » sur la formation du droit globalisé⁷⁰, et du partage des compétences de gouvernance avec des entités privées en formant « un schéma de co-régulation, dans lequel la régulation privée et la régulation étatique -- ou celles qu'assurent des organisations internationales publiques -- se complètent,

67 Jean-Bernard Auby, « Globalisation et droit comparé », *op.cit.*, p.50.

68 *Ibid.*, p.50.

69 Jean-Bernard Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, *op.cit.*, p.25.

70 *Ibid.*, p.98.

se relaient »⁷¹. Deuxièmement, la globalisation a conduit l'Etat souverain à se soumettre davantage à des limites extérieures. Politiquement, « le droit international public va aujourd'hui jusqu'à placer parmi ses objectifs le développement de la démocratie dans le monde, sa défense en tous les cas dans certaines hypothèses où elle est gravement menacée »⁷². Par-là, le droit global pourrait s'ingérer carrément dans l'organisation et le fonctionnement de l'Etat. Economiquement, cela se traduit de façon plus évidente : « le pouvoir d'intervention économique des Etats se trouve altéré par les limites que posent à la délivrance d'aides publiques économiques les règles de l'OMC, comme le régime communautaire des aides d'Etat »⁷³.

Même si l'existence de ce phénomène de « désétatisation » est incontestable, il ne doit cependant pas l'exagérer : Jean-Bernard Auby a également consacré l'importance de l'Etat souverain à l'époque de la globalisation. Celle-ci se manifeste de trois manières. D'abord, les systèmes juridiques nationaux disposent, comme toujours, de leurs propres spécialités, des « particularismes juridiques nationaux »⁷⁴, qui construisent « des résistances variables dans leur nature et leur ampleur »⁷⁵ contre la globalisation juridique ; et il faut ici remarquer que les réactions nationales face à cette dernière ne sont pas toujours identiques, et que « parmi les systèmes juridiques européens, il en est qui ont plutôt tendance à considérer les apports de la globalisation juridique comme des apports utiles, alors que d'autres les vivent assez volontiers comme des agressions »⁷⁶. Ceci nous rappelle que, face à la globalisation juridique, des pays adossés des cultures hétérogènes peuvent adopter des attitudes diverses. Deuxièmement, l'institution étatique maintient quand même ses fonctions régulatrices, puisque qu'elle « continue à être le principal auteur des cadres juridiques sans lesquels le marché ne peut pas

⁷¹ *Ibid.*, p.102.

⁷² *Ibid.*, p.94.

⁷³ *Ibid.*, p.139.

⁷⁴ *Ibid.*, p.47.

⁷⁵ *Ibid.*, p.46.

⁷⁶ *Ibid.*, p.133.

fonctionner »⁷⁷, et les Etats « maîtrisent encore l'essentiel des flux juridiques entre l'interne et l'externe »⁷⁸, et garantissent aussi la sécurité juridique. Troisièmement, l'Etat conserve toujours le pouvoir d'exécution, et même pour le droit global, dont la plus grande part est exécutée et sanctionnée par les droits internes.⁷⁹

En suivant cette perspective réaliste, les interactions entre la globalisation et les Etats souverains peuvent être comparés à un bras de fer : « il ne faut pas se voiler la face sur le fait que, derrière le droit, se profilent toujours des rapports de puissance, qui sont parfois plus que directement moteurs. »⁸⁰ Il convient donc d'admettre que, les Etats dotés d'un poids politique ou économique plus important, c'est-à-dire les « *core nations and regions* », possèdent généralement plus de jetons en jouant avec la force de la globalisation⁸¹, et c'est justement le cas pour la France et la Chine, qui devraient être considérées comme des « *core nations* » à l'époque de la globalisation.

Traditionnellement, la France est un pays occidental d'exportation du droit, et reste donc toujours au centre du monde. Il y a longtemps Edouard Laferrière a déclaré que « les réformes accomplies à l'étranger semblent le plus souvent s'inspirer des idées françaises. »⁸² Dans les années 1970, le droit des marchés publics de l'UE s'inspirait aussi beaucoup du droit des marchés publics français⁸³. Et des années 1990 à aujourd'hui nous allons voir que la théorie

⁷⁷ *Ibid.*, p.141.

⁷⁸ *Ibid.*, p.142.

⁷⁹ *Ibid.*, p.115.

⁸⁰ *Ibid.*, p.186.

⁸¹ Wolf Heydebrand, *op.cit.*, p.118.

⁸² Laferrière Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux (Deuxième Edition)* Tome 1, BERGER-LEVRAULT ET C^{ie} 1896, préface de la deuxième édition, p.V.

⁸³ « Many other states regulate the award of procurement contracts by formal rules which have a legal status. This approach has been followed in France and by many European and non-European states which have been influenced by the French system of administrative law » Voir Sue Arrowsmith, « National and international perspectives on the regulation of public procurement: harmony or conflict? », in Sue Arrowsmith and Arwel Davies, *Public procurement: Global revolution*, Kluwer law international 1998, p.5. « (Le droit communautaire des marchés publics) est très largement inspiré du Code des marchés publics français et ses procédures, au point d'en être bien souvent le décalque. » Voir Pierre-Alexis Feral, « Actualité

des contrats administratifs en France a profondément influencé le droit administratif chinois.⁸⁴ Maintenant même si le droit français a progressivement influencé le droit de l'UE, ce dernier a déversé en parallèle d'abondantes innovations juridiques dans le droit français⁸⁵, et pourrait donc le faire rayonner davantage dans le monde entier.

Pour la Chine, même si elle est traditionnellement un pays d'importation du droit, la situation est en train de se transformer. D'un côté, la fusée économique de la Chine depuis son entrée à l'OMC a incontestablement placé cet ancien pays au centre de la globalisation économique actuelle, et d'un autre côté, comme nous allons le voir, une partie des juristes chinois a commencé à souligner le particularisme du droit chinois et à essayer de lui faire exercer une influence plus importante sur la globalisation juridique. Ainsi, la Chine devrait aussi être considérée comme l'une des « core nations » du monde.

Au demeurant, après les discussions ci-dessus, nous pouvons estimer que, même si la globalisation a nettement diminué les influences des Etats souverains, elle ne les fait pas disparaître. Comme un auteur l'a bien conclu, ils restent indispensables pour un certain nombre de fonctions : « it may focus less on maintaining sovereign claims to territorial supremacy and more functions of state law, in structuring the institutional architecture of the state, channeling wide-ranging national social policies, and responding to localized needs and conflicts, are irreplaceable »⁸⁶. En gardant le prisme du réalisme dans l'analyse du pouvoir, la France et la Chine, en tant qu'Etats souverains se situant au centre du monde, possèdent face

et integration du droit communautaire des marchés publics dans l'ordre juridique français », *Petites affiches*, 24 mai 1996 n° 63, p.24-25. Delvolvé a même déclaré que « notre pays est en première ligne pour l'application des nouvelles règles. Car elles sont inspirées, dans une très large part, de celles que nous connaissions déjà. » Voir Pierre Delvolvé, « L'extension de la concurrence dans les marchés publics », in Nicole Catala, *L'Europe et les marchés publics*, EYROLLES 1994, p.24.

84 CHEN Tianhao, « Les 'gènes' français du droit des contrats administratifs chinois et de son évolution », *RFDA* n°4 juillet-août 2016, p.845, 848, 850-851.

85 Jean-Bernard Auby, « Conclusion général », Jean-Bernard Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz 2010, p.988-990.

86 Eric C. Ip, « Globalization and the future of the law of the sovereign state », *International Journal of Constitutional Law* 2010, vol.8 (3), p.655.

aux influences de la globalisation des marges nationales d'appréciation relativement plus importantes que d'autres pays.

Par conséquent, même si les organisations supranationales ont développé maintes normes globales destinées à réaliser l'équilibre entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics, ces normes globales n'auront pas d'effectivité pratique sauf si les Etats souverains, notamment ceux qui forment le « centre du monde », puissent former un consensus, ou au moins une convergence, sur les méthodes d'équilibre entre ces deux exigences. C'est la raison pour laquelle la question de savoir, entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics, si les méthodes adoptées en France et en Chine pour équilibrer ces deux exigences peuvent aboutir à une convergence dans le contexte de la globalisation aujourd'hui devient décisive et cruciale. Alors comment devons-nous la traiter ?

II- L'orientation et la méthodologie

Afin de répondre à cette problématique, nous allons adopter une approche comparative entre des droits des marchés publics en France et en Chine. Avant de mener une analyse de droit comparé, il convient tout d'abord d'analyser les débats entre la thèse de la convergence et la thèse de la divergence (A), dans la mesure où le choix entre ces deux thèses nous conduira à éclairer la méthodologie précise que nous allons adopter (B).

§1. L'orientation : rester plus sensible aux manifestations de diversité

La thèse de la convergence s'est épanouie depuis le début du XXe siècle, et a préconisé la constitution d'un droit commun. Même si le droit comparé est devenu davantage éclectique après la Seconde Guerre Mondiale, la vague de la globalisation a réactivé ce rêve de « ius commune », qui se révèle aujourd'hui dans les propos sur la Globalisation juridique du système ordonné mentionnée précédemment. En revanche, la thèse de la divergence défend

l'idée que la dimension culturelle du droit national des différents pays constitue certainement un obstacle impressionnant bloquant la convergence, et se propose donc de souligner les points de diversité entre les systèmes juridiques grâce à la comparaison.

A la condition d'écarter le relativisme radical qui la caractérise parfois, c'est-à-dire l'opinion de « l'irréductible rupture épistémologique » entre des systèmes juridiques dotés à des cultures différentes, nous tendrons à rester plus sensible à des marques de diversité entre les systèmes juridiques comparés, afin de corriger la tendance à une simplification excessive qui entache la thèse de la convergence. C'est l'orientation dans laquelle nous allons développer la présente thèse.

Les raisons du choix de cette orientation tiennent tout d'abord à la dimension psychologique (I), sachant que, comme nous allons le voir, les recherches comparatives sont en réalité une activité à quelque degré subjective ; elles sont également liées à une dimension matérielle (II).

1. La raison psychologique : le sens du contexte (*situationsense*)

La prise en compte du contexte, ou *situationsense*, terme utilisé plus souvent par les juristes anglo-saxons, est largement employé par les comparatistes pour déterminer leur méthodologie de recherche. Lasser a déclaré que, pour choisir la méthodologie la plus adaptée, le comparatiste doit maîtriser les débats tendant à faire un meilleur usage des conceptions interculturelles.⁸⁷ Antonios Emmanuel Platsas souligne aussi l'importance du but (*Purpose*) assigné à la recherche : il estime que « the comparative method *can* be a largely subjective exercise. In turn, subjective purposes of comparison may well result in subjective tools to pursue such purposes. »⁸⁸ En bref, c'est la prise en compte du contexte qui détermine le but

87 Mitchel De S.-O.-L'E. Lasser, « The question of understanding », *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Edited by Pierre Legrand and Roderick Munday, Cambridge University Press 2003, p.236.

88 Antonios Emmanuel Platsas, « The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks », *Electronic Journal of Comparative Law* vol. 12.3 (December 2008), p.8.

(*purpose*) poursuivi par un comparatiste, et un but (*purpose*) donné l'amènerait à une méthodologie adaptée. Donc, avant de présenter la méthodologie que nous allons employer, il faut analyser d'abord la situation dans laquelle nous nous inscrivons.

Evidemment, tant la Chine que la France sont actuellement enveloppée par la vague de la globalisation. S'agissant de la France, la globalisation a profondément influencé son système juridique et a produit des effets complexes entravant souvent les juristes et les praticiens juridiques français. La situation en Chine est malheureusement plus problématique. En premier lieu, l'entrée de la Chine dans cette structure mondiale (世界结构) a été réalisée de façon forcée à l'initiative du monde occidental ; et, en deuxième lieu, plus grave encore, la globalisation actuelle est également orientée par le monde occidental, au niveau à la fois de l'idéologie directrice et des régimes concrets applicables. L'entrée *forcée* de la Chine a graduellement conduit les Chinois à croire que le monde occidental devait être plus avancé qu'eux-mêmes⁸⁹, et sous l'influence de cette admiration aveugle, la science juridique en Chine s'est établie principalement au moyen d'un transfert des régimes et des idées occidentaux. Il en résulte que, selon un juriste chinois réputé, le droit chinois actuel manque d'une personnalité propre (主体性)⁹⁰. Le fait que la globalisation soit à l'heure actuelle toujours orientée par le monde occidental a encore aggravé cet état. Mais à nos yeux cette attitude est nettement contestable sur les deux points ci-après :

En premier lieu, pour les comparatistes, une habitude visant à poursuivre la convergence à tout prix pour conduire à ignorer des divergences significatives entre des systèmes juridiques différents, notamment lorsque ceux-ci proviennent de cultures tout à fait diverses. Pierre Legrand a averti les comparatistes de toujours rester sensibles aux diversités et d'éviter de les

89 DENG Zhenglai, « *La globalisation de qui ? Quelle sorte de la philosophie du droit ?* », Commercial Press 2009, p.116-124. (邓正来, 《谁之全球化? 何种法哲学? 》, 商务印书馆 2009 年, 第 116-124 页。)

90 *Ibid.*, p.184-185.

gommer.⁹¹

En second lieu, cette admiration aveugle résulte en fait de l'influence du colonialisme. Upendra Baxi considère que le droit moderne repose sur une narration idéaliste : premièrement, il se présente comme plus avancé que les sources légales précoloniales ; deuxièmement, le peuple colonisé est forcé d'oublier son propre talent en matière de science juridique.⁹²

Ainsi, la tâche attribuée aux juristes chinois de nos jours est de corriger les simplifications largement propagées et de retrouver le talent perdu. Comme Deng Zhenglai l'a indiqué, « nous devons construire une science juridique chinoise avec sa personnalité propre »⁹³. Cette déclaration a provoqué une série de réflexions dans le monde académique juridique en Chine, autour de la recherche des « problématiques à la chinoise » sur lesquelles les chercheurs chinois pourraient construire la science juridique propre de la Chine.

Une science juridique chinoise avec sa personnalité propre, signifie-t-elle la renaissance du nationalisme, et donc le refus des idées fondamentales juridiques et politiques du monde occidental, comme l'Etat de droit, les droits fondamentaux et la démocratie ? Ou la renaissance du localisme et du conservatisme, et donc le rejet de la globalisation ? C'est en fait une question en suspens en l'état actuel. Un auteur a classifié les tendances idéologiques actuelles en Chine en huit catégories : il s'agit du nationalisme, de la néo-gauche, de la mao-gauche, du néo-confucianisme, du socialisme démocratique et du populisme, mais aussi du libéralisme.⁹⁴ Deng Zhenglai a également indiqué que la recherche de cette personnalité

91 Pierre Legrand, « The same and the different », *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Edited by Pierre Legrand and Roderick Munday, Cambridge University Press 2003, p.297.

92 Upendra Baxi, « The colonialist heritage », *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Edited by Pierre Legrand and Roderick Munday, Cambridge University Press 2003, p.55.

93 DENG Zhenglai, *La globalisation de qui ? Quelle sorte de la philosophie du droit ?*, *op.cit.*, p.184-185.

94 MA Licheng, *Huit tendances idéologiques sociales en Chine contemporaine*, Social Science Academic Press 2012, p. 001-003 (马立诚:《当代中国八种社会思潮》, 社会科学文献出版社 2012 年, 第 001-003 页。).

propre est destinée à la fois à construire la science juridique interne et à faire participer de façon constructive la Chine à la globalisation en tant que sujet positif, c'est-à-dire précisément de faire en sorte que la pensée chinoise contribue à la mondialisation.⁹⁵ De plus, face aux menaces de fermeture sur soi-même, certains chercheurs remarquent aussi qu'il convient de distinguer les problématiques universelles de construction de l'Etat de droit et les problématiques véritablement chinoises. Concernant ces dernières, il convient de les résoudre en prenant en compte les particularismes chinois, mais quant aux premières, il faudrait quand même recourir aux principes communs de l'Etat de droit⁹⁶. Donc force est de constater que, dans ce mouvement de construction de la « personnalité propre » de la science juridique chinoise, il existe une approche d'ouverture au monde occidental et des échanges avec ce dernier, voire une approche qui ambitionne de redresser la structure mondiale dans une orientation plus juste pour la Chine.

En demeurant, souligner les particularismes, ainsi que la légitimité des expériences et des idées chinoises, mais garder toujours l'esprit ouvert pour dialoguer avec le monde occidental, sans oublier d'interroger la légitimité de l'orientation occidentalisée actuelle de la globalisation, c'est ce que la tâche que la prise en compte du contexte où nous nous inscrivons nous invite à faire. Evidemment, ce sens du contexte peut nous amener à rester plus sensible aux éléments de diversité pendant la comparaison, mais dans le même temps il nous permet d'éviter de nous enliser dans un relativisme radical.

95 Selon lui, la globalisation n'est pas seulement un mouvement objectif, mais plutôt la coexistence d'un mouvement subjectif et d'un mouvement objectif coexistivement. La globalisation actuelle est poussée vers une direction de néo-libéralisme, mais ce-dernier ne provient que des expériences du monde occidental donc que des expériences locales. Pour former le mondialisme adapté, les chercheurs chinois doivent contribuer par leurs propres pensées.

96 LI Xiaohui, « Reconnaître rationnellement les problèmes à la chinoise : une approche du droit comparé », Les recherches du droit comparé, 2011, p. 108 (李晓辉：《理性认识中国问题：从比较法出发的考察》，比较法研究 2011，第 108 页。).

2. La raison matérielle : la complexité et l'interactivité de la circulation du droit

La globalisation a amené aujourd'hui la Chine à un état plus ouvert qu'auparavant, et en parallèle a produit les mêmes effets en matière de droit public. Depuis les années 1980, les idées du droit public occidental (non soviétique) ainsi que les régimes juridiques correspondants se sont largement diffusés dans le monde académique juridique de la Nouvelle Chine⁹⁷. Nous pouvons constater que, depuis les années 1980 jusqu'à aujourd'hui, le législateur chinois a pris l'habitude, avant de commencer à rédiger sa propre esquisse de projet, de parcourir presque toutes les législations occidentales connexes, et parallèlement, dans les recherches juridiques chinoises, la méthodologie la plus commune est d'emprunter aux expériences occidentales⁹⁸. Néanmoins, même si nous pouvons dire que tous ces travaux ont rapproché, au moins en apparence, le droit chinois du modèle juridique occidental, ce rapprochement apparent n'aboutit pas forcément à une convergence entre le droit chinois et le modèle occidental. On peut proposer deux explications afin de mieux comprendre ce phénomène.

Premièrement, outre le rapprochement de règles de droits positifs entre différents systèmes juridiques, le succès ou l'échec de la transplantation juridique dépend principalement de la capacité du droit transplanté à satisfaire les besoins de la société réceptrice ; en raison de l'hétérogénéité évidente entre les sociétés chinoise et occidentale, des écueils potentiels subsistent nécessairement.

Sur ce point, David B. Goldman a établi un « time-space matrix » pour expliquer que la

97 YU An, « L'introduction et l'usage des droits administratifs étrangers en Chine », *La tribune de la science politique et juridique*, 2006 vol.1, p.172-173 (于安:《外国行政法学在我国的引入和利用》,《政法论坛》2006年第1期,第172-173页。).

98 HE Haibo, « La transmission des paradigmes de recherche du droit administratif en Chine ---- les problèmes, les méthodes et les connaissances », *La récapitulation et la perspective du droit administratif en Chine*, 2005, p.386-388 (何海波,《中国行政法学研究范式的变迁》,《中国行政法之回顾与展望》2005年,第386-388页。).

légitimité et l'autorité du droit à l'époque moderne, au-delà de la raison humaine, proviennent également de la culture historique et de la moralité personnelle. Dans cette matrice, l'axe de « l'espace » désigne « the interior construction of personal morality versus the exterior construction of politics »⁹⁹, et l'axe du « temps » renvoie au fait que « individuals can only measure or calculate activity by reference to norms derived from the past or hoped for in the future. The extreme conservative will look only to the past for norms, whilst the extreme radical will only look for norms in a vision of the future. »¹⁰⁰ Et selon lui, « social conflict and alienation from norms or laws occur when there is an imbalance in the orientation of norms on this matrix for the individual. » Et il poursuit en expliquant que, pour une acceptation maximale en ce qui concerne l'axe du temps, les propositions formulées pour l'avenir doivent s'enraciner dans l'histoire culturelle, et qu'en ce qui concerne l'axe de l'espace, l'idéal est qu'elles touchent les individus personnellement sur le plan moral.¹⁰¹ Et il est évident que ces éléments dépendent du tissu de la société réceptrice.

Aussi sur ce point mais plus précisément, Brian Z. Tamanaha a identifié un principe de « connexion du droit » (« *connectedness of law* »), selon lequel « the law is connected to every aspect of society. Reforms targeted at law will unavoidably impinge upon, and be affected by, the enveloping fabric of society, frequently in unanticipated ways. »¹⁰² L'échec du projet de « Law and development » dans les années passées a confirmé la justesse de ce principe, et a prouvé que « economic, political, and legal institutional arrangements taken from one society do not work the same way in another society with different arrangements

99 David B. Goldman, *Globalisation and the Western Legal Tradition. Recurring Patterns of Law and Authority*, Cambridge: CUP, 2008, p.59.

100 *Ibid.*, p.60.

101 « for maximum allegiance on the Time Axis, a proposition for the future must be located in a cultural history The best chance for a proposition to be received with allegiance on the Space Axis is for the proponents of the proposition to relate it to the individual at a personal moral level. » *Ibid.*, p.70.

102 Brian Z. Tamanaha, « The Primacy of Society and the Failures of Law and Development », *Cornell Int'l L. J.* 2011, vol.44, p.214.

and underpinnings », le pire étant que «legal institutions (...) are relatively more dependent upon and subject to history and surrounding social forces »¹⁰³.

Cela confirme, de toute évidence, que le succès ou l'échec du transfert de droit dépend principalement de la manière dont le droit transplanté est capable de satisfaire les besoins de la société réceptrice.

Deuxièmement, si nous scrutons à la loupe le processus de transplantation du droit étranger dans le tissu de la société réceptrice, nous pouvons voir que ce n'est pas un processus purement et simplement passif ou mécanique, mais plutôt une série d'interactions complexes entre normes extérieures et conditions locales.

William Twining nous a rappelé qu'il faut, au-delà du « modèle naïf » qui décrivait depuis longtemps la diffusion des droits, reconnaître qu'il n'y a pas de transfert du droit sans transformation («'no transportation without transformation'»), du fait de l'interaction entre le droit importé et les conditions locales de réception. « How and to what extent any particular 'import' retains its identity or is accepted, ignored, used, assimilated, adapted, rooted, resisted, rejected, interpreted, enforced selectively, and so on depends largely on local conditions.»¹⁰⁴ Même si on part souvent de l'idée préconçue selon laquelle le droit est importé pour remplir un vide ou remplacer le droit préexistant, en fait ce n'est jamais aussi simple, et il faut tenir compte d'interactions avec des ordres normatifs préexistants : « nearly all modern detailed studies of reception recognize that it usually involves interaction with pre-existing normative orders, even if their main concern is with state law; whether or not these are designated as 'legal', 'informal', 'traditional' or 'customary' by particular writers is a secondary matter. »¹⁰⁵

Partant de là, John Gillespie et Pip Nicholson ont proposé, dans leurs recherches sur la

¹⁰³ *Ibid.*, p.215.

¹⁰⁴ William Twining, « Diffusion of Law: A Global Perspective », *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law* 2004, Issue.49, p.24.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.25-26.

circulation du droit, de recentrer l'analyse sur les besoins émanant de la société en termes de transferts de droit vers les pays récepteurs¹⁰⁶, ce qui implique de prêter une plus grande attention à la manière dont les acteurs du monde juridique local interprètent les normes transplantées.¹⁰⁷ En effet, à leurs yeux, « the meaning conveyed by legal transfers is strongly shaped by habits and patterns of thought in recipient countries »¹⁰⁸ et précisément les récipiendaires construisent leur propre interprétation en fonction de leurs besoins.¹⁰⁹ Les « récipiendaires » ici correspondent notamment à tous ceux qui occupent des statuts centraux ou intellectuels dans une « epistemic community »¹¹⁰, ils conceptualisent les nouvelles idées en termes d'opposition, de compatibilité ou de superfluité par rapport aux normes et aux réflexes méthodologiques qui préexistent dans la société réceptrice. Par ce processus de réflexion, « other members of the community can engage with new ideas and deal with conflicts and inconsistencies, without fundamentally rethinking their own precepts and assumptions. »¹¹¹ Des recherches concrètes issues de cette approche sur la « Charte 08 »¹¹² ont clairement identifié le contenu de l'activité d'adaptation sélective opérée par les « récipiendaires » lorsqu'ils transplantent des normes extérieures : dans ce processus, ils interprètent les standards juridiques étrangers à la lumière de leur propre conception du droit. « Such interpretation is not necessarily a conscious process of matching foreign models to

106 « Refocusing analysis on the social demand for legal transfers in recipient countries »: John Gillespie, et Pip Nicholson, « Taking the interpretation of legal transfers seriously : the challenge for law and development », in John Gillespie et Pip Nicholson, (dir.), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, Cambridge: CUP, 2012, p.5.

107 *Ibid.*, p.8.

108 John Gillespie, « Relocating global legal scripts in local networks of meaning », in John Gillespie et Pip Nicholson, (dir.), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, Cambridge: CUP, 2012, p.30.

109 *Ibid.*, p. 32.

110 *Ibid.*, p. 38-39.

111 *Ibid.*, p. 39.

112 La « Charte 08 » est un texte destiné à provoquer plus de démocratie et de protections des Droits de l'Homme en Chine, il a été publié lors du 60^{ème} anniversaire de la déclaration universelle des droits de l'Homme, donc en 2008, et signé par 303 personnalités faisant partie des élites sociales provenant des filières variables, notamment celles intellectuelles.

local interests, but also involves subliminal dynamics of perception, complementarity and legitimacy. »¹¹³ Par-là, les caractères de la complexité épistémologique et de l'interactivité externe-interne attachés à ce processus de transplantation du droit ont bien été mis en évidence, nous rappelant encore une fois qu'il ne faut pas simplifier les influences exercées par la globalisation et la globalisation juridique sur le système juridique chinois. Même si nous assistons actuellement à une époque de globalisation juridique, le rapprochement entre les droits positifs chinois et occidentaux n'aboutira pas forcément à une tendance à la convergence entre droit chinois et modèle occidental.

De plus, les deux explications précédentes nous conduisent à focaliser notre analyse davantage sur les évolutions spontanées des règles juridiques dans le cadre national. Plus précisément, Brian Z. Tamanaha a proposé de remplacer l'expression de « law and development » par celle de « legal development », qui désigne le processus par lequel les acteurs juridiques construisent le droit en continu, en remodelant et adaptant le système juridique en fonction des besoins et exigences qui émergent au sein de la société.¹¹⁴ En fait, cette idée d'une évolution spontanée de l'ordre juridique n'est pas toute nouvelle : naguère Hayek critiquait furieusement le « rationalisme constructiviste »¹¹⁵ et nous proposait de penser le droit à travers « l'idée évolutionniste ». Mais ironiquement, la globalisation, déclenchée d'abord dans le domaine économique et donc s'inspirant beaucoup de la pensée de Hayek, a entraîné aujourd'hui bien des personnes, sous l'influence de la globalisation juridique, à simplifier le processus de changement du droit, par une vision simpliste qui a justement fait l'objet de critiques de la part de Hayek.

Dès lors, si nous retournons à « l'idée évolutionniste », nous devons admettre que le

113 Pitman B. Potter, « International and domestic selective adaptation : the case of Charter 08 », in John Gillespie et Pip Nicholson, (dir.), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, Cambridge: CUP, 2012, p. 69.

114 Brian Z. Tamanaha, *op.cit.*, p.241.

115 Friedrich August Hayek, *Droit, législation et liberté une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, *op.cit.*, p.70.

développement du droit est un processus « non-linéaire », et moins téléologique et plus ouvert que ce que l'on pourrait imaginer.¹¹⁶ Dans cette perspective, il est donc particulièrement important de rester sensible à la diversité, puisque par cette approche nous pouvons déceler les conflits plus profonds existant entre les différents systèmes juridiques, dont la connaissance sera forcément cruciale dans un monde de plus en plus globalisé.

Donc dans le cadre de la présente thèse, pour savoir si les méthodes d'équilibre adoptées en France et en Chine entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics convergent ou pas, il faut déterminer quelle sorte de méthodologie devra être employée.

§2. La méthodologie : le méso-droit comparé

Zweigert et Kötz ont distingué deux perspectives en matière de droit comparé, la macro-comparaison et la micro-comparaison. Dans la première, il s'agit de comparer l'esprit et le style de différents systèmes juridiques¹¹⁷, perspective qui a conduit les comparatistes à établir des « familles juridiques ». Dans la deuxième, on s'intéresse à des institutions ou problèmes juridiques spécifiques, aux règles utilisées pour résoudre des problèmes concrets ou des conflits d'intérêts spécifiques.¹¹⁸ Autrement dit, la micro-comparaison recherche les différents moyens de réalisation d'une même fonction dans chaque ordre juridique national. C'est dans cette dernière perspective que nous pouvons dire que la méthodologie fonctionnelle est le principe du droit comparé.¹¹⁹

Néanmoins, la perspective de recherche qui sera adoptée ici ne résidera dans le cadre ni de la macro ni de la micro comparaison ; elle peut plutôt être qualifiée de « méso

116 Randall Peerenboom, « Between global norms and domestic realities : judicial reforms in China », in John Gillespie et Pip Nicholson, (dir.), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, Cambridge: CUP, 2012, p.188.

117 K.Zweigert et H.Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Third Edition), traduit par Tony Weir, Clarendon Press, Oxford 2003, p.4.

118 *Ibid.*, p.5.

119 *Ibid.*, p.34.

perspective » sur le droit comparé. Ça veut dire que l'agenda de cette thèse n'est pas assez ambitieux pour inclure entièrement un ordre juridique dans son champ, ni assez humble pour se concentrer seulement sur une fonction spécifique existant dans les différents régimes juridiques. Notre étude se concentrera sur un régime juridique spécifique pour montrer comment il peut assumer simultanément différentes fonctions dans les pays étudiés, en déployant des législations et des pratiques juridiques convergentes ou divergentes. En ce qui concerne la méthodologie, la fonction de « *tertium comparationis* », assumée normalement par une fonction spécifique dans le cadre du fonctionnalisme, sera ici occupée par un régime juridique spécifique, ce qui constitue ainsi la différence principale entre le méso-droit comparé et le fonctionnalisme. A travers cette sorte de « *tertium comparationis* » institutionnel, le méso-droit comparé s'attache à rechercher la multiplicité fonctionnelle d'un régime juridique est organisée, en comparant les règles positives et les pratiques juridiques dans les pays étudiés, et restant le plus sensible possible aux éléments de diversité.

Afin de bien expliquer cette perspective, il convient d'analyser tout d'abord les défauts du fonctionnalisme (1), puis la possibilité et les avantages de la méso-comparaison (2).

1. Les défauts du fonctionnalisme

Avant tout, il faut noter que le fonctionnalisme est plutôt une tradition du droit comparé, dans laquelle des visions du monde ainsi que des choix méthodologiques très divers se mélangent. Il existe au moins 7 catégories au sein du fonctionnalisme selon Ralf Michaels¹²⁰, entre lesquelles il y a un élément commun : le fonctionnalisme d'équivalence (*equivalence functionalism*)¹²¹, qui regarde la fonction de « *tertium comparationis* », comme centrale¹²². Nous allons choisir cette vision du fonctionnalisme comme objet de l'analyse suivante, parce

120 Ralf Michaels, « The Functional Method of Comparative Law », *Duke Law School Faculty Scholarship Series* 2005, vol.26, p.344.

121 *Ibid.*, p.342.

122 *Ibid.*, p.363.

que si les défauts sous-mentionnés sont inévitables pour le fonctionnalisme d'équivalence, ils sont donc également non détachables du fonctionnalisme en général.

Alors, quels sont les défauts du fonctionnalisme d'équivalence ?

En premier lieu, la critique peut-être la plus connue porte sur la neutralité du fonctionnalisme. Précisément, le fonctionnalisme présume la similarité des droits (*praesumptio similitudinis*). Selon les critiques, la pente du fonctionnalisme vers la similarité semble très claire dans l'œuvre du Zweigert et Kötz : « the basic methodological principle of all comparative law is that of *functionality*... the legal system of every society faces essentially the same problems, and solves these problems by quite different means though very often **with similar results** »¹²³; de même, « the comparatist can rest content if his researches through all the relevant material lead to the conclusion that the systems he has compared **reach the same or similar practical results**, but if he finds that there are great differences... he should be warned and go back to check again whether the terms in which he posed his original question were indeed purely functional, and whether he has spread the net of his researches quite wide enough. »¹²⁴

On peut craindre que cette présomption de similarité des droits accélère faussement la convergence entre des ordres juridiques différents. Le processus de convergence, selon certains critiques, devrait être brusque¹²⁵, et peut-être dissimuler certains objectifs cachés derrière les apparences¹²⁶. Cependant, les partisans du fonctionnalisme insistent sur la neutralité du fonctionnalisme. Pour se justifier, ils s'écartent tout d'abord des visions du monde impliquées par le fonctionnalisme ancien¹²⁷, en ne gardant que ses éléments

123 K.Zweigert et H.Kötz, *op.cit.*, p.34.

124 *Ibid.*, p.40.

125 Pierre Legrand, « The same and the different », *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Edited by Pierre Legrand and Roderick Munday, Cambridge University Press 2003, p.250.

126 Frankenberg, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*: Harvard Int.L.J. 26 (1985), p.439-440.

127 Ralf Michaels, *op.cit.*, p.355.

méthodologiques ; ils indiquent ensuite que le recours au « *tertium compationis* » est à même de permettre d'identifier à la fois des similarités et des divergences¹²⁸, et que la méthode fonctionnaliste n'est donc pas orientée vers les similarités.

Evidemment, nous ne pouvons pas nier le fait que le fonctionnalisme a soutenu, au moins dans le passé, certaines visions de l'unité mondiale du droit : par exemple selon le fonctionnalisme finaliste, les recherches portant sur des terminologies fonctionnelles ont pour but de dégager un droit universel (*universal law*) ou un droit idéal.¹²⁹ Les comparatistes étaient fascinés par cette idée au début de 20^{ème} siècle. Mais après la seconde guerre mondiale, ils n'ont plus voulu être impliqués dans des débats idéologiques pour savoir quelle sorte de droit doit être le meilleur, en revanche, ils regardent le droit comparé simplement comme une discipline destinée à améliorer les connaissances, et la méthode fonctionnaliste comme un moyen, peut-être le moyen principal, pour ce faire. C'est la raison pour laquelle David Kennedy a indiqué que les comparatistes après la seconde guerre mondiale préfèrent un certain éclectisme¹³⁰. Ils ont donc, au moins selon eux-mêmes, abandonné l'agenda de construction d'un droit universel.

Alors, la méthodologie du fonctionnalisme, après l'abandon des visions de l'unité mondiale du droit, reste-t-elle orientée vers les similarités ? La réponse dépend de la façon dont on comprend la présomption de similarité. Ralf Michaels déclare que nous avons en fait mal compris cette présomption introduite dans l'œuvre de Zweigert et Kötz. Il estime que « what is presumed to be similar are neither the legal institutions, nor the problems to be solved by them and the need for societies to respond to them, but the functional relation between

128 Platas Antonios Emmanuel, « The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law : Somme Critical Remarks », *European Journal of Comparative law*, december 2008, vol.12.3, p.10. Voir aussi, Husa Jaakko, *op.cit.* p.6.

129 Ralf Michaels, *op.cit.*, p.345-346.

130 David Kennedy, « Method and politics », *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Edited by Pierre Legrand and Roderick Munday, Cambridge University Press 2003, p.355-369.

problems and solutions. » Donc, « this is always similarity regarding only that one function. The finding of similarity is contingent on the comparatist's focus »¹³¹. En bref, selon cet auteur, si nous considérons la fonction de « *tertium comparationis* », la relation fonctionnelle est bien sûr similaire, mais les autres éléments peuvent certainement être différents. En conclusion, la présomption de similarité ne vise que la similarité fonctionnelle, mais rien d'autre.

Néanmoins, à notre avis, les arguments susmentionnés ne sont pas suffisants pour démontrer la neutralité de la méthodologie du fonctionnalisme, et la partialité de cette méthode envers les similarités reste quand même inévitable. Pourquoi ? Parce qu'il est impossible de séparer véritablement le fonctionnalisme de visions spécifiques du monde, qui s'attachant toujours aux éléments méthodologiques. Lorsque nous prenons la fonction de « *tertium comparationis* », nous supposons que des pays différents rencontrent des problèmes similaires qui réclament des solutions permettant de réaliser une fonction identique. Même si les contenus de ces solutions peuvent être variables en fonction des pays ; dès lors, tout le monde suppose habituellement que des solutions adoptées dans d'autres pays peuvent être appliquées dans leur propre pays puisqu'il y a équivalence fonctionnelle. L'enjeu ici est le fait que nous avons simplifié le monde par cette approche fonctionnelle. En suivant cette simplification, nous voulons naturellement savoir quelle est la meilleure solution et nous avons normalement la conviction qu'elle peut s'appliquer chez nous. Par conséquent, nous aboutissons à une convergence inévitable. En bref, la méthodologie du fonctionnalisme est certainement à même d'identifier à la fois des similarités et des divergences, mais elle a simplifié la complexité des sociétés en termes de fonctions, et aboutira donc presque spontanément à une sorte de programme unifié en fin de compte. Si les comparatistes refusent

131 Ralf Michaels, *op.cit.*, p. 371.

d'aller jusque-là, d'autres vont certainement le faire.¹³² Nous pouvons constater que même si la méthodologie du fonctionnalisme veut rester neutre, le monde la poussera vers la convergence. Donc elle n'est pas neutre au moins dans son résultat.

Une série de réfutations peut toutefois être soulevée : tout d'abord, ce serait injuste d'imposer aux comparatistes ainsi qu'à la méthode fonctionnelle de prendre la responsabilité de la partialité du résultat, puisque ce sont d'autres qu'eux qui font les choix concernés. Néanmoins, il nous semble, pouvoir tout de même y voir le point faible de la méthode fonctionnelle, puisqu'elle favorise la simplification de la complexité des sociétés en termes fonctionnels. Cela signifie-t-il que la simplification est critiquable ? Peut-être que non, puisqu'un certain degré de simplification des objets de recherche est indispensable afin de rendre les recherches effectives. Mais si la simplification suscitée par la méthode fonctionnelle conduit à masquer des éléments significatifs des recherches concernées, il est naturel d'essayer de trouver une autre méthode plus performante. Est-il possible de la trouver ? C'est ce que nous verrons dans le point suivant.

En second lieu, nous critiquons le formalisme de la méthodologie du fonctionnalisme. Les critiques estiment que la perspective sur le droit adoptée par les comparatistes est trop étroite parce qu'ils ne prennent en compte que les normes et les régimes « sur le papier ». Pierre Legrand indique également que les recherches qui utilisent la méthode fonctionnelle ignorent les structures profondes (*deep structures*) des ordres juridiques, par exemple, les aspects culturels du droit.¹³³

Face à ces critiques, les partisans du fonctionnalisme répliquent généralement par trois arguments. Premièrement, un auteur argue que la méthode fonctionnelle peut prendre en

132 Par exemple dans « Doing business reports » et « legal origin theory ». Voir Ralf Michaels, « Comparative law by Numbers? Legal origin thesis, Doing Business Reports and the Silence of Traditional Comparative Law », *American journal of comparative law* 2009, Vol.57, p.765-795.

133 Pierre Legrand, « European Legal Systems are Not Converging »: *I.C.L.Q* 45 (1996), p.56.

compte des aspects culturels ou sociaux, lorsqu'elle est utilisée correctement. Il indique que la méthode fonctionnelle tire en fait son origine de la sociologie, qui distingue le droit « sur le livre » et le droit « dans la vie », et préfère certainement ce dernier.¹³⁴ Par conséquent, le formalisme manifesté dans les travaux de droit comparé ne résulte que d'une mauvaise utilisation de la méthode, mais pas de la méthode elle-même. Deuxièmement, un autre auteur indique que ces critiques sur le formalisme se focalisent en fait sur la question de savoir ***pourquoi*** nous comparons, alors que la méthode fonctionnelle ne concerne que la question de savoir ***comment*** nous comparons. Donc, ces critiques peuvent aider à améliorer la méthodologie du droit comparé, mais ne réfutent pas la méthode fonctionnelle, puisqu'il s'agit de questions différentes.¹³⁵ Troisièmement, Antonios Emmanuel Platsas déclare que c'est essentiellement une affaire d'agenda et d'ambition: « in short, if the comparatist is to compare, functionalism suffices; if he is to compare and in a rather peculiar, if not pedantic fashion, to compare and to discover other things, e.g., mentalités in his comparables, he may have to resort to other tools of an extra-legal nature (e.g., history, economics, politics) »¹³⁶ : les critiques oublieraient donc en fait l'objet et l'ambition de la méthode fonctionnelle.

Concernant le premier argument, il implique que si nous utilisons correctement la méthode fonctionnelle, tout ira bien, on peut rétroquer qu'il est presque impossible pour les juristes comparatistes de l'utiliser correctement, ou plutôt de l'utiliser de la façon dont les sociologues l'utilisent. En effet tout d'abord les chercheurs ne sont pas des sociologues mais des juristes, et en deuxième lieu, les objets de recherches ne visent pas la société mais le droit. Dès lors, il est bien évident que nous ne pouvons pas demander aux juristes de mener leurs recherches comme des sociologues, comme nous ne pouvons pas demander à un Français de parler anglais à cent pour cent comme à un Britannique, l'accent français est toujours là. Donc, la conclusion est simple, si ce sont les juristes comparatistes qui pratiquent la méthode

134 Ralf Michaels, *op.cit.*, p.364.

135 Jaakko Husa, *op.cit.*, p.15.

136 Antonios Emmanuel Platsas, *op.cit.*, p.5.

fonctionnelle, un certain degré de formalisme est inévitable, puisque le droit est essentiellement en rapport avec des normes qui s'organisent nécessairement formellement.

Pour les deux autres arguments susmentionnés, leurs logiques internes sont de fait similaires : la méthode fonctionnelle ne sert qu'à la comparaison, et si nous voulons aller plus loin, il faut chercher d'autres méthodes. Selon cette logique, ils ont en fait admis l'insuffisance de la méthode fonctionnelle, mais en même temps, ils insistent sur le fait que la méthode fonctionnelle reste quand même valable dans certains cas ; plus précisément, ils pensent que la fonction est toujours capable de jouer le rôle du « *tertium comparationis* », et donc que nous ne pouvons pas abandonner totalement la méthodologie de fonctionnalisme. Cet argument est très soutenable, parce qu'un « *tertium comparationis* » valable est une condition préalable de la comparaison, et comme Antonios Emmanuel Platsas a indiqué: « we constantly resort to functional comparisons in daily life, to play, to work, to teach and learn, and, yes, to communicate with people who share beliefs about the world very different from our own. »¹³⁷ La perspective fonctionnelle est donc la voie la plus accessible, voire la plus quotidienne, pour comprendre les choses étrangères. Même si certains auteurs rabaissent la méthode fonctionnelle à « a crude rule of thumb »¹³⁸, elle fonctionne tout de même bien au moins en tant que « *tertium comparationis* ». Le plus important est que la majorité des comparatistes aujourd'hui croit qu'il n'y a pas d'alternative concrète et viable permettant de remplacer la fonction dans le rôle de « *tertium comparationis* ». Donc, « the comparatist has to learn to live with it. »¹³⁹

Cependant, ne pouvons-nous pas avoir d'alternative pour le rôle de « *tertium comparationis* » ? La méso-comparaison repose sur l'idée qu'un régime juridique spécifique est également à même de jouer ce rôle. Certes, comme nous le savons, les obstacles

¹³⁷ *Ibid.*, p.3.

¹³⁸ Jaakko Husa et Jan Smits, « A Dialogue on Comparative functionalism », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 18 (2011), p.8.

¹³⁹ Antonios Emmanuel Platsas, *op.cit.*, p.16.

principaux auxquels les comparatistes font face sont justement les structures conceptuelles et systématiques existant dans chaque pays. Historiquement, le formalisme juridique a également été l'ennemi commun du droit comparé et de la sociologie au début du 20^{ème} siècle. Donc, la première question à laquelle le méso-comparaison doit répondre est de savoir comment il est possible d'attribuer la place de « *tertium comparationis* » à un régime juridique spécifique. Ce régime juridique devrait théoriquement apparaître comme une base commune dans les pays faisant l'objet de la comparaison. Ensuite, il faudrait également mettre en évidence les avantages de la méso-comparaison par rapport à la méthode fonctionnelle : pourquoi devrions-nous remplacer la méthode fonctionnelle par la méso-comparaison ?

2. La possibilité et les avantages de la méso-comparaison

La méso-comparaison repose sur l'idée qu'il convient de prendre un régime juridique spécifique comme « *tertium comparationis* », à la condition que la globalisation juridique ait déjà formé un consensus formel ou fonctionnel sur ce régime juridique spécifique, lui permettant d'être identifiable. Néanmoins, une antinomie apparaît : d'un côté, si ce régime juridique est déjà bien partagé par des pays différents, il se manifeste de façon similaire dans ces pays, et alors que comparer ? Ils sont déjà similaires ! D'un autre côté, si ce régime juridique n'est pas largement partagé dans des pays différents, comment comparer ? Il n'y a pas de base commune, donc pas de comparabilité ici.

En fait nous pouvons répondre à cette remarque par une métaphore de téléphone mobile. Les téléphones mobiles classiques ne disposent que des fonctions de téléphone et d'envoi des messages, mais les téléphones mobiles intelligents disposent en plus de fonctions de photographie, etc. Pouvons-nous comparer ces deux sortes de téléphones ? Oui, parce que ce sont tous des téléphones mobiles, leur nom commun signifie en fait que ces deux sortes de téléphones partagent forcément quelques éléments formels ou fonctionnels, par exemple, tous les deux sont petits, ce qui les rend aisément transportables, et tous les deux disposent d'une

fonction de téléphone. Ces éléments partagés, et manifestés par leur nom commun, nous donnent une base commune de comparaison. Dès lors, est-ce qu'une comparaison peut être significative ici ? Nous considérons que oui, car il est possible par exemple, au moyen de la comparaison entre ces deux sortes de téléphones mobiles, de chercher la possibilité ainsi que le moyen de la modernisation ou de la multiplication fonctionnelle des téléphones classiques. Evidemment, cela a une signification.

En bref, le « *tertium comparationis* » n'est pas forcément un objet possédant une frontière strictement précise avec d'autres objets. En revanche, un objet peut être regardé comme un « *tertium comparationis* », à la seule condition qu'il puisse dénoter quelque chose de façon identifiable pour tout le monde. Lorsqu'on parle de téléphone mobile, nous n'avons pas besoin de savoir quelles sont les conditions techniques pour la désignation d'un téléphone mobile, mais il est évident que personne ne le confondra avec un téléphone fixe, ou avec un iPod : Cela signifie que l'appellation même de « téléphone mobile » est identifiable. Dans ce cas, elle peut donc jouer le rôle de « *tertium comparationis* ».

L'identifiabilité est donc l'enjeu ici. Elle exige en fait que la dénotation de certains éléments formels ou fonctionnels soit bien partagée par les membres d'une communauté. En matière de droit des marchés publics, peut-on dire que des consensus institutionnels suffisamment identifiables aux yeux des membres de la communauté internationale ont déjà été accumulés ? La réponse est positive. Actuellement, la globalisation juridique nous a déjà donné une « photo standard » du droit des marchés publics, sur laquelle nous pouvons trouver toute une série de textes supranationaux, comme les directives relatives aux marchés publics de l'UE, l'AMP (Accord des Marchés Publics) adopté par l'OMC, les Guides de référence sur les marchés publics de la Banque Mondiale, ainsi que la loi type de la CNUDCI (la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) etc.. Le droit des marchés publics est généralement présent par ces textes comme un régime dirigé par les principes de publicité et de concurrence, destiné à procurer à travers une procédure

concurrentielle des produits ou des services aux meilleures conditions.¹⁴⁰ Ces éléments, qui sont bien partagés par tout le monde, nous permettent de regarder « le droit des marchés publics » comme le « *tertium comparationis* » de cette étude.¹⁴¹

Dans ces conditions, pourquoi ne pouvons-nous pas retenir une fonction comme « *tertium comparationis* », comme exemple celle de *procurement* des produits et des services aux meilleures conditions ? Une première raison réside dans le fait que recourir à un régime juridique spécifique peut éviter les critiques auxquelles la méthode fonctionnelle est confrontée. Une seconde raison est que la méso-comparaison apparaît plus adaptée en tant qu'outil constructif face à la globalisation juridique.

En premier lieu, la critique de partialité envers les similarités faite à l'encontre de la méthode fonctionnelle est invalide pour la méso-comparaison, parce que celle-ci est destinée à la construction d'une table ronde pour confronter toutes les mises en œuvre nationales diverses d'un régime juridique partagé. Le plus important ici est que la méso-comparaison ne tend pas à simplifier la complexité des sociétés en termes fonctionnels : il est par conséquent possible d'y identifier des divergences frappantes, mais bien réelles. Face à la critique du formalisme ou de trop grande attention portée aux règles (« *rule-centeredness* »), la méso-comparaison reste aussi stable. Comme nous l'avons dit, un certain degré de formalisme est inévitable dans le cadre du droit comparé, l'enjeu est donc de déterminer la frontière

140 Hilde CAROLI CASAVOLA, « Global Rules for Public Procurement », *Droit comparé des Contrats Publics*, Edited by Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS. BRUYLANT 2010, p. 39, 54.

141 Il convient d'ajouter ici que les normes internationales en matière de marchés publics ne règlent principalement que la passation des marchés publics : comme un auteur l'a éclairé, « states signing the GPA must adopt formal rules governing contract award procedures in order to give effect to their obligations under the GPA » (Sue Arrowsmith, « National and international perspectives on the regulation of public procurement: harmony or conflict? », in Sue Arrowsmith and Arwel Davies, *Public procurement: Global revolution*, Kluwer law international 1998, p.13). Un autre auteur a aussi remarqué que « the regional and international rules is (...) concentrating on the conditions of access » (Peter-Armin Trepte, *op.cit.*, p.253). L'exécution des marchés publics est ainsi essentiellement laissée à être réglementée par chaque pays. Il en résulte que l'on manque d'un « *tertium comparationis* » entre la France et la Chine sur le régime de l'exécution des marchés publics. Ceci constitue l'obstacle majeur pour effectuer les recherches comparatives du régime de l'exécution dans la présente thèse.

adaptée entre les éléments formels et les éléments contextuels dans les recherches de droit comparé. Sur ce point, des auteurs différents proposent des réponses diverses. D'un côté, selon Zweigert et Kötz, la méthodologie du fonctionnalisme demande aux comparatistes de pénétrer dans la vie sociale, de chercher également les moyens non-juridiques qui contribuent à la réalisation de la fonction concernée.¹⁴² Evidemment, cette méthode se concentre sur une fonction spécifique, de ce point de vue, une tendance sociologique se manifeste. D'autre côté, en vertu de l'argument développé par Pierre Legrand, le droit doit être regardé comme une culture, les éléments contextuels ou la structure profonde (*deep structures*) du droit doivent donc être pris en compte dans les recherches de droit comparé. Mais cette tâche, selon lui, est presque irréalisable.¹⁴³ Evidemment, en comparaison avec l'argument fonctionnel, l'approche de Pierre Legrand représente une attitude plus localiste, voire du néoromantique¹⁴⁴. Un auteur l'a critiqué à juste titre en expliquant que l'argument adopté par Pierre Legrand risque de nous conduire à nous envaser, et de mener le droit comparé au relativisme moral.¹⁴⁵ Dès lors, où devrait être la frontière la plus adaptée ? Cet auteur a également indiqué que « le droit peut être regardé comme une culture, mais aussi un système normatif. C'est aux démonstrations normatives données par chaque pays que les comparatistes juridiques doivent faire attention »¹⁴⁶. En bref, selon lui, le droit comparé doit se concentrer sur les normes juridiques. S'il existe des éléments contextuels ou sociaux auxquels nous devons faire attention, c'est seulement parce que ces éléments ont affecté ou affecteront les démonstrations normatives auxquelles nous nous intéressons. La méso-comparaison dans cette thèse se concentrera donc sur les normes juridiques relatives aux marchés publics, c'est-à-dire les règles de droit positif et les jurisprudences rendues par les organes de contrôle sur les marchés publics, mais il s'agit

¹⁴² K.Zweigert et H.Kötz, *op.cit.*, p.37-40.

¹⁴³ Pierre Legrand, « The same and the different », *op.cit.*, p. 289.

¹⁴⁴ James Q. Whiteman, « The neo-romantic turn », *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Edited by Pierre Legrand and Roderick Munday, Cambridge University Press 2003, p.312.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.315.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p.344.

aussi, au-delà des normes juridiques, de la manière dont elles sont comprises académiquement, y compris les interprétations données par les juristes voire les débats au sein du monde académique juridique. Toutes ces normes juridiques et ces interprétations construisent ensemble le droit des marchés publics, et doivent être considérées comme l'objet concret de notre comparaison.

Mis à part l'immunité susmentionnée au regard des critiques formulées à l'encontre du fonctionnalisme, la méso-comparaison est également plus performante en tant qu'outil constructif et critique dans un contexte de globalisation.

Premièrement, la méso-comparaison est plus constructive dans la globalisation du droit en mettant accent sur les éléments de diversité.

Cela touche tout d'abord un problème essentiel : celui de savoir si la globalisation du droit signifie-t-elle forcément la convergence des droits vers un droit commun. Si oui, la méso-comparaison n'est pas plus constructive. Mais comme nous l'avons déjà expliqué précédemment, la présente thèse préfère une attitude plus réaliste. Comme l'a indiqué Jean-Bernard Auby, les « théories de la convergence des droits (peuvent être considérées) comme simplificatrices », « (la vision optimiste) est dans un registre idéaliste. Par ailleurs, l'hypothèse de la convergence des droits vers un droit commun tend à ignorer l'irréductible pluralisme qui est de l'essence des systèmes juridiques quels qu'ils soient: la communauté juridique internationale n'a pas de raisons d'être plus homogène que ne l'apparaissent les systèmes internes si on veut bien les regarder de près ».¹⁴⁷ Une vision moins idéaliste, donc plus réaliste sur la globalisation du droit devrait être plus significative aujourd'hui, ce qui signifie qu'il faudrait, malgré notre désir de convergence, traiter préalablement les éléments de divergence entre les droits des marchés publics de pays différents de façon sérieuse.

Il est nécessaire de remarquer que le processus de transplantation du droit est également

¹⁴⁷ Jean-Bernard Auby, « Globalisation et droit compare », *op.cit.*, p. 50.

un processus de production de diversité en droits, comme Michele Graziadei l'a indiqué : « as social acts, legal transplants represent instances of mediated action. The tools employed in carrying out the transplants are constituted by the original legal materials appropriated to do so. Without those tools, the course of legal change would have been different, and yet what the transplant achieves is no mere reproduction of an original form or content. »¹⁴⁸, «Vigotsky made it clear that the way the tool is actually used may or may not correspond to its intended use. »¹⁴⁹

De ce point de vue, un argument soulevé par Pierre Legrand est légitime, quand il rappelle que « les comparatistes doivent maintenir les particularités des diversités », et indique aussitôt qu'ils doivent « en même temps éviter toutes les intentions de les simplifier. »¹⁵⁰ Pour éviter ces intentions, les comparatistes ont besoin d'un outil plus critique dans le contexte de la globalisation.

Deuxièmement, la méso-comparaison est plus performante en tant qu'outil critique dans la globalisation.

Gunter Frankenberg nous a donné une métaphore quant aux transferts de droit aujourd'hui : « the global constitution is created by or rather emanates from processes of transfer and functions as a reservoir or, for that matter, a supermarket, where standardized constitutional items—grand designs as well as elementary particles of information—are stored and available, *prêt-à-porter*, for purchase and reassemblage by constitution makers around the world. »¹⁵¹ Dans le contexte de globalisation, le processus de transfert de droit n'est donc plus horizontal, d'un État à un autre État, mais stéréoscopique, c'est-à-dire que

148 Michele Graziadei, « Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge », *Theor.Inquiries* L. 2009, Vol.10 (2), p.707.

149 *Ibid.*, p.706.

150 Pierre Legrand, « The same and the different », *op.cit.*, p. 297.

151 Frankenberg Gunter, « Constitutional Transfer: The IKEA theory revisited », *International journal of Comparative Law* 2010, vol. 8(3), p.565.

tous les termes et les pièces de droit s'amassent tout d'abord dans un « entrepôt » supranational, et qu'ensuite les pays vont y choisir des termes ou éléments désirés et les transplantent chez eux. Les enjeux dans ce processus sont les démarches d'accès à ce « entrepôt » et de transplantation dans un nouveau contexte national. Cet auteur remarque que la démarche d'accès doit s'accompagner d'un processus de dé-contextualisation des termes et pièces au regard de leur origine nationale, pour les purifier.¹⁵² Et la démarche de transplantation s'accompagnera également d'un processus de re-contextualisation des termes et pièces désirés.¹⁵³ Il a continuellement argué que « the interesting question is...which sort of semiotic relationship is established, how are constitutional items de- and recontextualized, and, **most importantly**, which elements are excluded for what reasons from a transfer. »¹⁵⁴

Derrière ces dé-contextualisations et re-contextualisations, des éléments idéologiques et contextuels se cachent certainement. Il faudrait un outil critique pouvant permettre aux comparatistes de découvrir quelles sont les raisons de choisir de transplanter et d'exclure certains termes, et quelle idéologie a dominé la démarche d'accès et de transplantation, etc. Mais pour la méthodologie du fonctionnalisme, qui cherche seulement à découvrir les divergences et les similarités entre des solutions différentes de façon descriptive, ces éléments contextuels et idéologiques seront très probablement négligés. Au contraire, la méso-comparaison est capable de nous donner une perspective plus précise en analysant les réactions réciproques entre les droits des marchés publics issus des pays différents, et elle pourrait notamment explorer les idéologies dominantes et les raisons contextuelles cachées pendant ce processus de transferts mutuels de droit.

En somme, en se distinguant de la méthodologie fonctionnelle, la méso-comparaison choisit un régime juridique spécifique en tant que « *tertium comparationis* » afin d'analyser

152 *Ibid.*, p.571.

153 *Ibid.*, p.572.

154 *Ibid.*, p.579.

les normes juridiques et les interprétations académiques correspondant à ce régime dans les différents pays visés par l'étude. La comparabilité repose sur le consensus fonctionnel ou formel sur ce régime qui a été accumulé la communauté mondiale, car ce consensus permet à ce régime juridique d'être identifiable, et justifie donc son usage en tant que « *tertium comparationis* ». De ce fait, la méso-comparaison peut nous donner un outil constructif et critique plus performant dans le contexte actuel de globalisation juridique. Se fondant sur la comparaison des normes juridiques et les interprétations académiques correspondant à ce régime juridique dans des pays différents, nous pouvons découvrir comment elles ont abouti à la variété des manifestations nationales de ce régime, avant d'analyser les divergences profondes qui peuvent exister entre lesquelles.¹⁵⁵

III- L'hypothèse et le plan soutenu

Dès lors, la problématique de la présente thèse est d'étudier si, entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics, les méthodes adoptées en France et en Chine pour équilibrer ces deux exigences peuvent aboutir à une convergence dans le contexte de la globalisation aujourd'hui.

Par la présente thèse, nous allons démontrer que même si une tendance à la convergence peut être identifiée entre la France et la Chine à la fois dans la libéralisation et l'utilisation stratégique des marchés publics, les méthodes adoptées dans ces deux pays se révèlent résolument différentes ; de surcroît, il semble presque impossible en l'état actuel d'arriver à

155 Il faudrait remarquer que la méthode fonctionnelle garde quand même une place dans le méso-droit comparé, puisque tout simplement nous ne pouvons pas ignorer à la fois les aspects fonctionnels du droit et la possibilité de partager une fonction similaire dans des pays différents. La méthode fonctionnelle pourrait par conséquent jouer un rôle lorsque nous analysons spécifiquement une des fonctions diverses, par exemple la fonction de procurer des produits à la meilleure condition ou la fonction d'améliorer la protection sociale, pour savoir comment les pays différents la réalisent grâce au régime des marchés publics. Mais lorsque nous avons besoin de savoir comment les Etats concilient les différentes fonctions, les objets de l'analyse étant plus complexes et plus délicats, nous ne pouvons plus les traiter au moyen de la méthode fonctionnelle.

une convergence sur ces méthodes d'équilibre. La raison tient essentiellement aux particularismes nationaux du droit chinois, qui s'attachent à la fois au régime juridique infrastructurel spécial à la Chine et à l'idéologie étatiste qui y prévaut, ainsi qu'à l'esprit de survie sous-jacent à l'ordre juridique chinois aujourd'hui.

Pour bien présenter notre étude, il convient tout d'abord de montrer les rapprochements entre les régimes des marchés publics chinois et français qui se manifestent au fur et à mesure des progrès de la libéralisation (Partie I). Ensuite, nous allons révéler les divergences plus profondes entre ces deux régimes qui se manifestent lors de l'affrontement entre la libéralisation et l'utilisation stratégique des marchés publics en France et en Chine (Partie II).

- *Partie I. Les progrès de la libéralisation des marchés publics en France et en Chine*
- *Partie II. L'affrontement entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics en France et en Chine*

PARTIE I Les progrès de la libéralisation des marchés publics en France et en Chine

S’agissant de la libéralisation des marchés publics, il convient de distinguer la libéralisation endogène de la libéralisation exogène : la libéralisation endogène des marchés publics se développe de façon spontanée à cause des nécessités intérieures de chaque Etat, alors que la libéralisation exogène émerge par la stimulation ou l’imposition d’une entité extérieure à l’Etat en vue de répondre au dépassement des intérêts d’un Etat isolé.

Nous allons montrer que le régime actuel du droit des marchés publics en France résulte d’une libéralisation à la fois endogène et exogène, et que la situation en Chine est semblable. Ces ressemblances nous conduisant à supposer l’existence d’une proximité entre les régimes de ces deux pays, la comparaison et la référence mutuelle deviennent ainsi concevables. Toutefois, outre nos différences culturelles au sens global, les ressemblances méritent aussi d’être nuancées dans la mesure où ces deux mouvements de libéralisation se déploient en France successivement, sous une forme sédimentaire ; à l’opposé, ils avancent en Chine approximativement dans la même période à partir des années 1990¹⁵⁶, leurs effets étant de ce fait plutôt confondus. Ceci entraîne, pour l’aspect négatif, plus de difficultés à décoder les régimes chinois, mais pour l’aspect positif, plus d’intérêt et plus de valeur pour la comparaison, sachant qu’à cause du décalage temporel de son mouvement de libéralisation endogène, le droit français doit avoir acquis dans ce domaine plus d’expérience que le droit chinois, et qu’en raison de la libéralisation exogène synchronique pour ces deux pays, les droits chinois et français peuvent plus facilement partager leurs expériences respectives.

Nous allons donc examiner successivement la libéralisation endogène (Titre I) et exogène (Titre II) des marchés publics, et simultanément comparer dans chaque hypothèse les expériences françaises et chinoises.

156 YU An, « La structure législative de la loi relative aux marchés publics en Chine », *Gazette de la Cour suprême populaire*, le 20 avril 2001 (于安：“我国政府采购立法之设计”，《人民法院报》，2001 年 4 月 20 日。).

Titre 1. La libéralisation endogène

Afin de répondre à des nécessités intérieures, la libéralisation endogène des marchés publics se développe spontanément tant en France qu'en Chine. Le terme de « nécessités intérieures » désigne ici spécifiquement les considérations de finances publiques, sachant que, comme on va le montrer ci-après, tant en France qu'en Chine l'établissement du régime libéral des marchés publics s'attache entièrement, dans sa période de genèse, à une logique de finances publiques. Cependant, celle-ci devrait être comprise au sens fort, c'est-à-dire qu'elle ne se borne pas à l'économie des deniers publics, mais couvre en effet une relation plus globale, en l'occurrence, une relation triangulaire entre l'économie du prix, la qualité de la prestation et l'intégrité publique.

On va voir ci-après qu'une telle logique a dirigé la naissance du régime des marchés publics en France comme en Chine, et a été maintenue après certains rééquilibrages jusqu'à aujourd'hui (Chapitre I). Des analyses plus détaillées sur les éléments de régime qui en résultent font encore la preuve que la libéralisation endogène des marchés publics réalisée en France et celle achevée en Chine sont bien similaires (Chapitre II).

Chapitre 1. Le rattachement à la logique de finances publiques

Pendant la genèse du régime des marchés publics, ses initiateurs en France comme en Chine, sont guidés principalement par la logique des finances publiques : une liaison inhérente entre la logique et le régime est ainsi créée (Section 1), qui évolue continuellement et persiste jusqu'à aujourd'hui (Section 2).

Section 1. La logique de finances publiques : les considérations dominantes durant la genèse

§1. La genèse du régime, mais quand ?

En fait il n'est pas très clair, en France comme en Chine, de répondre à la question de savoir quand situer la genèse du régime des marchés publics. Et il faut souligner que ce n'est pas une question anodine, et qu'elle mérite ainsi une analyse spécifique.

1. La genèse du régime en France

Historiquement, certaines réglementations de l'adjudication ont déjà existé en France à la fin du Moyen-Âge, par exemple « la nécessité d'avoir la meilleure exécution aux meilleures conditions amena également dans ce temps de la Guerre de Cent ans, avant le milieu du XIV^e siècle, l'appel à la concurrence : d'après le Recueil des ordonnances un texte de 1366 (Ord., IV, 710) parle de ce procédé de l'adjudication publique au rabais ; mais déjà des lettres patentes du 14 juillet 1349 prévoient ce recours à la concurrence de la part des fonctionnaires royaux »¹⁵⁷. Sous l'Ancien Régime aussi, « un arrêt du Conseil du roi du 4 juin 1668 explique par exemple comment doivent être faites les adjudications de travaux »¹⁵⁸ ; à cette époque-là « se trouve encore soulignée la tendance à centraliser les adjudications aux mains du roi et au pouvoir administratif dans les mains de l'intendant directement ou tout au moins par son contrôle des administrations locales »¹⁵⁹. Toutes ces normes et pratiques sous le nom d'« adjudication », ont abouti au moment de la Révolution à un état où « l'obligation de recourir à l'adjudication était depuis longtemps coutumière »¹⁶⁰.

157 Gabriel Lepointe, « L'histoire des marchés de l'Etat en France », in Armand Bizaguet, *Les marchés publics et leur financement*, Paris : Dalloz 1962, p.23.

158 Hélène Lemesle, « Réglementer l'achat public en France (XVIII-XIX^e siècle) », *Genèse* 2010/3(n°80), p.10.

159 Gabriel Lepointe, *op.cit.*, p.26.

160 *Ibid.*, p.40.

Néanmoins, on a peine à dire qu'avant la Révolution un régime des marchés publics ait été bien établi en France, au moins pour deux raisons.

D'abord, sur le plan matériel, les achats du gouvernement avant la Révolution ne construisent pas des achats à proprement parler « publics ». En effet, pour les achats à cette époque-là, « l'idée primordiale (...) est celle de l'allure domaniale des phénomènes » : même si l'intervention de l'autorité publique souveraine de l'Etat monarchique a été davantage renforcée, « on saisit les traces encore de domanialité et de patrimonialité seigneuriales persistantes. »¹⁶¹ Ceci peut être révélé notamment dans l'analyse financière de l'achat, à savoir que « jusqu'au XVe siècle où l'impôt – constituant les finances dites alors extraordinaires – était temporaire, les dépenses publiques étaient considérées normalement comme celles d'un propriétaire de nos jours qui devaient être payées avec les émoluments domaniaux. »¹⁶² Tout cela rend « difficile de distinguer les achats personnels de ceux effectués pour le roi. »¹⁶³ En bref, avant la Révolution les frontières entre les sphères publique et privée n'ont pas encore été clairement identifiées, ce qui empêche en définitive les achats des collectivités de revêtir un caractère « public » à proprement parler.

Ensuite, sur le plan formel, l'achat procédant à l'adjudication n'est pas encore devenu un « régime ». Au Moyen-Âge, en dépit des ordonnances et des lettres patentes susmentionnées introduisant l'adjudication, « dans la seconde moitié du XIVe siècle on trouve de nombreux exemples de marchés de gré à gré passés par l'Administration royale avec les différents corps de métier. »¹⁶⁴ Même si sous l'Ancien Régime, « des procédures d'adjudication stabilisées se repèrent ainsi à Paris, Amiens et Lille au milieu du XVIIIe siècle », « il n'existe pas alors de texte organisant tous les achats royaux : tout dépend de l'administration acheteuse, du lieu de

161 *Ibid.*, p.24.

162 *Ibid.*, p.30-31.

163 Hélène Lemesle, *op.cit.*, p.11.

164 Gabriel Lepointe, *op.cit.*, p.23.

l'achat et de l'objet ou du service acheté. »¹⁶⁵ En somme, avant la Révolution bien que l'adjudication soit déjà devenue une pratique assez fréquente pour l'administration, elle n'a pas encore été consacrée officiellement comme une obligation juridique au plan national, ce qui rend difficile de la qualifier de « régime ».

Les réflexions ci-dessus conduisent à s'interroger sur les conditions préalables à l'émergence d'un régime des marchés publics à proprement parler. Celles-ci se composent au moins de deux points. Premièrement, il faut avoir une dissociation assez claire entre les sphères publique et privée, si non l'achat « public », qui suppose une différence avec l'achat privé, est simplement inconcevable. Deuxièmement, les exigences exorbitantes au regard des règles de l'achat privé doivent être formulées par un texte juridique à caractère général et appliqué au plan national, sinon on ne peut pas penser que ça construise un « régime » véritable.

Alors, quand peut-on identifier la genèse du régime des marchés publics en France ? Au regard de l'histoire politique et juridique de la France, nous devons dire qu'elle devrait être située dans la période séparant la Révolution des années 1830.

En effet tout d'abord « les années révolutionnaires font émerger plusieurs idées : premièrement, elles dessinent une frontière beaucoup plus claire qu'auparavant entre ce qui est du domaine de l'Etat et ce qui est du domaine des individus. »¹⁶⁶ Ensuite c'est aussi dans cette période qu'on aperçoit la nécessité d'« écrire le droit pour prévenir les malversations (des agents publics). On retrouve ici l'utilisation des textes juridiques comme mode de régulation politique ». Il en résulte que, sur la base de la loi du 31 janvier 1833, l'ordonnance du 4 décembre 1836 est publiée, qui soumet aux obligations de publicité et de concurrence tous les achats au nom de l'Etat. Deux ans plus tard, une autre ordonnance a étendu ces obligations à tous les marchés conclus par les communes.

165 Hélène Lemesle, *op.cit.*, p.10-11.

166 *Ibid.*, p.14.

Après ces efforts psychologiques, sociaux et juridiques, nous pouvons affirmer finalement la naissance en France d'un régime des marchés publics.

2. La genèse du régime en Chine

Pour la Chine, le problème se pose également.

Dans l'histoire de la Chine, le royaume QI (齐) durant la période des Royaumes Combattants (500 av. J-C – 221 av. J-C) a déjà pratiqué un système de l'achat de gouvernement : Guan Zhong, le premier ministre de royaume QI, a procédé à l'achat sur le marché des équipements militaires nécessaires pour préparer les guerres futures.¹⁶⁷ Sous l'empire SONG (宋, 960-1279 de notre ère), le gouvernement utilise aussi son pouvoir d'achat comme un levier de régulation du marché, par exemple, le gouvernement a créé un service baptisé « SHI YI » dans les grandes villes, dont la fonction est de stabiliser les prix du marché en achetant les produits quand leurs prix baissent anormalement et les revendant lorsque leurs prix augmentent inhabituellement.¹⁶⁸ La procédure de mise en concurrence a aussi été pratiquée à cette époque-là, mais pour attribuer des contrats de concession.¹⁶⁹ Son utilisation en matière d'achats publics se retrouve au plus tôt en 1902, quand l'usine de cuir fondée à HUBEI par ZHANG Zhidong, gouverneur général du HUGUANG, a procédé pour la première fois à une adjudication en vue d'attribuer plusieurs contrats de travaux.¹⁷⁰

167 LI Xiao, *L'étude sur le régime des marchés publics sous la dynastie de SONG*, Shanghai Populaire Presse, p.36 (李 晓:《宋朝政府采购制度研究》,上海人民出版社2007年版,第36页。).

168 RUAN Jinsong, *Les recherches et la perspective de réforme sur le régime des marchés publics en Chine*, La thèse de l'Université de Zhejiang 2004 (阮劲松:“我国政府采购制度的剖析与改革构想”,浙江大学2004年。).

169 WANG Ping, « La comparaison entre le contrat privé et le contrat administratif », *Revue doctrinale de l'Université de Wuhan* n°3 2000, p.357-358 (王平:“民事合同与行政合同之比较及启示”,《武汉大学学报》(人文社会科学版)2000年第3期,第357-358页。).

170 ZHANG Chuan, *Les recherches comparatives sur le droit des marchés publics*, FANGZHENG Chine Presse 2007, p.23(张传,《政府采购法之比较研究》,中国方正出版社2007年版,第23页。).

Malgré ces pratiques très anciennes, la construction de la nouvelle Chine communiste, c'est-à-dire la RPC, en 1949 a interrompu en profondeur les héritages à la fois culturels, sociaux et juridiques.

Après 1949, les approvisionnements pour le fonctionnement du gouvernement sont réalisés principalement par des producteurs en régie en suivant la planification nationale.¹⁷¹ Dans ce contexte, où la sphère publique s'élargit à l'extrême, il n'est pas étonnant de constater que les approvisionnements ne fonctionnent plus sous la forme du contrat, puisque cet instrument suppose l'existence de volontés libres et autonomes. C'est la réforme engagée depuis 1978 en vue de libéraliser l'économie nationale qui restitue davantage d'autonomie à la sphère privée et laisse se développer au fur et à mesure l'économie de marché. Désormais se pose vraiment la question de savoir comment le gouvernement doit se procurer, sous forme de contrats, les matériaux et les services nécessaires à son fonctionnement.

Avant la réforme lancée entre 1995 et 2003, que nous allons analyser ci-après, les pratiques sont en fait diverses : l'administration peut adopter des modes de passation à sa propre guise, et le seul contrôle existant tient à celui exercé en amont par le service des finances publiques de chaque niveau de gouvernement sur les projets de dépenses soumis par chaque service fonctionnel. Dès que le service des finances publiques donne son approbation à ces projets, la somme d'argent demandée va être versée au compte propre du service fonctionnel demandeur, qui agit ensuite en tant qu'acheteur pour choisir son fournisseur à travers le mode de passation qu'il juge pertinent.¹⁷² En bref, le processus de choix du cocontractant est hors de contrôle.

171 SONG Liying et WANG Manchang, *Marchés publics*, Presse de l'Université de Jiaotong XI AN 2007, p.34(宋丽颖, 王满仓, 《政府采购》, 西安交通大学出版社 2007 年版, 第 34 页。).

172 WANG Jialin, « Les enjeux sont la régularisation et la transparence », *Marchés publics en Chine*, n°3 2002, p.42 (王家林: “关键还是规范化和透明度”, 《中国政府采购》2002 年第 3 期, 第 42 页。).

De ce fait, nous pouvons résumer la situation en disant que, dans cette période, deux caractères se présentent, à savoir la dispersion des activités d'achat et l'arbitraire dans le choix du cocontractant. Les acheteurs sont déjà très dispersés compte tenu de la dimension énorme du corps administratif en Chine, leurs activités d'achat sont certainement encore plus insaisissables ; de plus, à cause de manque de contrôle sur le processus de passation, l'acheteur peut choisir presque arbitrairement son cocontractant. En fait, ces caractères ressemblent beaucoup à ceux de l'achat effectué par des individus, qui est aussi dispersé et dépourvu de contrôle spécifique sur sa passation. Ceci nous conduit à penser qu'à cette période-là, l'achat effectué par le gouvernement n'est pas vraiment différencié de celui des individus.

Mais l'achat du gouvernement ne doit-il pas se différencier dans une certaine mesure de l'achat privé ? Une réponse affirmative à cette question ouvre la porte de la réforme lancée entre 1995 et 2003. C'est effectivement cette réforme qui doit selon nous être considérée comme la genèse du régime en Chine en appliquant les deux conditions préalables susmentionnées.

En effet tout d'abord les réflexions et les débats incités par cette réforme ont encouragé considérablement la clarification de la frontière entre les sphères publique et privée en Chine : Il faut savoir que dans un contexte de libéralisation de l'économie depuis la réforme de 1978, le problème de fixation des repères pour l'intérêt public fait figure d'obsession liée à cette époque. Les débats autour ce problème occupent en fait une grande partie des travaux préparatoires de cette réforme, malgré l'opinion générale selon laquelle une réforme des marchés publics devrait être plutôt technique. De plus, durant cette période, est publié le premier texte juridique au plan national relatif aux marchés publics : c'est l'arrêté ministériel provisionnel de 1999 relatif aux réglementations des marchés publics. Au cours des deux années suivantes, 7 arrêtés ministériels supplémentaires autour de ce sujet sont successivement publiés : l'armature du régime des marchés publics est ainsi fondée. En se

basant sur elle, le législateur a finalement consacré ce régime en promulguant en 2002 la loi relative aux marchés publics, elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003.

§2. La logique de finances publiques, mais comment ?

A partir du moment où l'on s'aperçoit que l'achat du gouvernement doit se différencier de l'achat privé en raison de son caractère « public », on est prêt à ériger le régime des marchés publics. Le caractère « public » tient ici à la fois à celui de l'argent dépensé pour l'achat et à la cause finale de l'achat. Les préoccupations autour de ces deux caractères publics se concrétisent dans une logique de finances publiques, à savoir une unité triangulaire entre l'économie du prix, la qualité de la prestation et de l'intégrité publique, ce qui constitue la source des considérations dominantes durant cette période de genèse, et préside ainsi à la formation du régime des marchés publics tant en France qu'en Chine.

Nous allons montrer successivement en France et en Chine comment une telle logique apporte des influences déterminantes pour le régime des marchés publics durant sa genèse.

1. Les influences de la logique de finances publiques en France durant la genèse du régime des marchés publics

En France, d'abord, les fondateurs se sont aperçus qu'à cause de caractère des deniers publics de l'argent dépensé, son utilisation doit être prudente, c'est-à-dire à la fois parcimonieuse et bien surveillée.

S'agissant de l'obligation de parcimonie, au printemps 1791, un décret destiné à « déterminer un principe général sur le mode des fournitures quelconques qui doivent être faites pour le service ordinaire de l'armée dans les garnisons » adopte la procédure de l'adjudication, qui est ensuite reprise par l'ordonnance de 1836, en vue d'« appeler le plus grand nombre possible de concurrents »¹⁷³. En précédant les enchères des rabais donnés par les concurrents, une telle procédure est évidemment destinée à économiser les deniers publics

173 Hélène Lemesle, *op.cit.*, p.12.

ou, pour reprendre l'expression du député, à procurer « la meilleure économie »¹⁷⁴. Gaston Jèze remarque aussi que « les avantages que l'on escompte de l'emploi de l'adjudication publique (tient au fait que) le Trésor obtiendra de meilleures conditions (libre concurrence) ».¹⁷⁵ Le Conseil d'Etat attache aussi à l'adjudication l'objectif de l'économie du prix, en interdisant dans le contrat la clause qui fixe un minimum du prix, parce que celui-ci « a empêché la requérante d'être déclarée adjudicatrice et a fait attribuer cette qualité à des soumissionnaires ayant fait des offres moins avantageuses que les siennes ».¹⁷⁶

S'agissant de la nécessité de bonne surveillance, la motivation sous-jacente est de garantir l'intégrité publique. Dans les débats parlementaires, cet objectif est en fait plus souligné que celui de l'économie du prix¹⁷⁷. Comme un député a commenté en 1832, « notre gouvernement est un gouvernement populaire et national, la publicité en est l'âme. Toutes les fois qu'on pourra répandre les lumières sur les actes du gouvernement, ce sera lui donner la force. »¹⁷⁸ Un scandale de corruption des marchés de la guerre d'Espagne en 1833 a fait encore s'enflammer les passions pour garantir l'intégrité publique. De plus, il convient de rappeler que les réformes dans l'ordre de la technique budgétaire ont aidé les élus à effectuer un contrôle concret sur les dépenses de deniers publics : « en 1821, l'unité budgétaire est adoptée : désormais tous les revenus et toutes les dépenses doivent être compris dans un seul document soumis au vote des parlementaires. Enfin, par la loi du 29 janvier 1831, le budget de chaque ministère est dressé et voté par chapitre. »¹⁷⁹ En ressortissant à ce contrôle en amont, les fondateurs français renforcent ensuite le contrôle en aval, à savoir les aspects de publicité et de formalisme de la procédure de l'adjudication, afin de « se mettre à l'abri des

174 *Ibid.*, p.14.

175 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration (Vol.4)*, L.G.D.J 1936, p.66.

176 C.E. 24 juillet 1914, Dame veuve Treifous, Rec. p.940.

177 Hélène Lemesle, *op.cit.*, p.21.

178 *Ibid.*, p.21.

179 *Ibid.*, p.15.

soupçons qui pourraient peser sur les administrateurs »¹⁸⁰. Ces efforts sont consacrés par les grands auteurs comme Georges Péquignot, qui reconnaît après presque un siècle que l'une des préoccupations de la procédure de l'adjudication est de « protéger le public contre les collusions de toutes sortes auxquelles les administrations pourraient être tentées de se livrer. »¹⁸¹

Ensuite, outre les besoins de l'économie du prix et de l'intégrité publique, les fondateurs français et les praticiens de la même époque s'accordent à l'importance de la qualité de la prestation. « Dès 1831, plusieurs députés opposent à Dubois-Aymé l'impossibilité d'obliger les acheteurs publics à pratiquer des adjudications pour tous leurs achats. Leurs arguments, rassemblés par Passy dans son rapport au nom de la commission des finances, s'articulent autour d'une question principale : celle de l'évaluation de la qualité. »¹⁸² Derrière cette préoccupation de la qualité, est en jeu en réalité la raison de l'achat, à savoir le service public. Duchatel, le ministre des finances à cette époque, a exposé que le principe de concurrence et de publicité « ne saurait recevoir une application absolue sans porter préjudice grave aux services publics et sans les rendre quelquefois impraticables. »¹⁸³ Maurice Hauriou souligne également que « les matières n'ont pas seulement un prix d'achat, elles ont aussi une valeur d'utilisation pour le service. »¹⁸⁴ La préoccupation liée à la qualité de la prestation et du service public entraîne au niveau du régime l'établissement d'une sélection préalable des concurrents en vertu des critères « de capacité et de solvabilité »¹⁸⁵, et l'acceptation de certaines situations de dérogation au principe de publicité et de concurrence.¹⁸⁶

180 *Ibid.*, p.16.

181 Georges Péquignot, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, La thèse 1945, p.214.

182 Hélène Lemesle, *op.cit.*, p.21.

183 *Ibid.*, p.22.

184 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, DALLOZ 2004, p.553.

185 *Ibid.*, p.931.

186 Hélène Lemesle, *op.cit.*, p.22.

2. Les influences de la logique de finances publiques en Chine durant la genèse du régime des marchés publics

En Chine, nous allons voir que la même logique de finances publiques a dirigé la naissance du régime des marchés publics, tout comme en France.

Avant tout, il convient de diviser en trois étapes ce processus d'établissement du régime en Chine : la première étape est celle d'expériences-pilotes menées dans les collectivités territoriales ; la seconde étape est celle de réglementations ministérielles ; la troisième et dernière étape est celle de l'adaptation d'une législation unifiée. Pour mieux comprendre comment la logique des finances publiques guide ce processus, nous allons analyser respectivement et successivement les influences apportées par cette logique dans ces trois étapes.

Les achats publics ont tout d'abord été pratiqués dans les collectivités territoriales, sous l'autorisation bien sûr du gouvernement central. Dans cette première étape, même si les effets pour l'intégrité publique sont aussi mentionnés¹⁸⁷, leurs résultats sont en fait difficiles à mesurer, en revanche, les effets de l'économie du prix sont beaucoup plus visibles et donc particulièrement appréciés. On va voir ci-après trois exemples.

En 1995, c'est à Shanghai que l'on a commencé à expérimenter le système d'achat public pour les services fonctionnels du gouvernement local. Au début, ces expérimentations

¹⁸⁷ Par exemple, la considération de l'intégrité publique a été mentionnée dans les rapports des expérimentations à Pékin, Shanghai et Zhejiang, mais plutôt sous forme des clauses de style. Voir notamment : La section des marchés publics du gouvernement Pékin, « La récapitulation et la perspective des activités des marchés publics à Pékin », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, p.33 ; La section des marchés publics du gouvernement Shanghai, « Les expériences du précurseur : le processus de régularisation des marchés publics à Shanghai », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, p.37 ; La section des marchés publics du gouvernement Zhejiang, « Les pratiques et les explorations sur l'institutionnalisation des marchés publics à Zhejiang », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, p.39-40 (北京市政府采购办：“北京市政府采购工作的回顾与展望”，《中国政府采购》2001年第1期，第33页；上海市政府采购办：“先行者的足迹，上海全面推进政府采购规范化制度化进程”，《中国政府采购》2001年第1期，第37页；浙江省政府采购办：“积极推进政府采购制度建设，浙江省的实践与探索”，《中国政府采购》2001年第1期，第39-40页。).

ont eu lieu dans le secteur de l'hôpital de Shanghai : tous les achats dont la valeur estimée dépasse 5 Millions de *Yuan* doivent être effectués à travers la procédure de l'appel d'offre ouvert, et pour ceux dont la valeur estimée est inférieur à 5 Millions de *Yuan*, l'acheteur peut choisir la procédure de demande de prix, à la condition qu'au moins trois fournisseurs se soient vu demander leurs prix. Depuis 1996, ce système est généralisé dans les autres secteurs de Shanghai comme l'éducation, la recherche scientifique etc. En 2000, une base de données des experts est établie, la commission d'appel d'offre est désormais composée majoritairement par les experts choisis aléatoirement dans cette base de données. Les effets de l'économie du prix sont les plus soulignés par le gouvernement de Shanghai : selon lui, tous les projets utilisant le système d'achat public ont réalisé une économie de 10% à 15% des deniers publics.¹⁸⁸

A Pékin, les expérimentations ont été entamées depuis 1997, le gouvernement de Pékin a employé au début la procédure de l'appel d'offre restreint, et progressivement l'appel d'offre ouvert est devenu la procédure principale, il a aussi établi une base de données d'experts. Comme c'est le cas à Shanghai, le gouvernement de Pékin met l'accent sur les effets d'économie : « de 1998 à octobre 2000, Pékin a organisé environs 440 activités d'achat public, (...) Les crédits budgétaires sont 1,278 Milliard de *Yuan*, les dépenses réelles à travers marchés publics sont 1,134 Milliard de *Yuan*, le montant économisé est 0,144 milliard YUAN, l'économie réalisée est donc 11.26%. »¹⁸⁹

La province de ZHEJIANG a eu recours aux pratiques de l'achat public depuis 1998, la procédure de passation est principalement l'appel d'offre ouvert, et les experts ont aussi

188 La section des marchés publics du gouvernement Shanghai, « Les expériences du précurseur : le processus de régularisation des marchés publics à Shanghai », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, p. 35 (上海市政府采购办: “先行者的足迹, 上海全面推进政府采购规范化制度化进程”, 《中国政府采购》2001 年第 1 期, 第 35 页。).

189 La section des marchés publics du gouvernement Pékin, « La récapitulation et la perspective des activités des marchés publics à Pékin », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, p. 32-33 (北京市政府采购办: “北京市政府采购工作的回顾与展望”, 《中国政府采购》2001 年第 1 期, 第 32-33 页。).

largement participé à l'évaluation des offres. Par rapport aux effets d'économie, « pour les premières trois saisons de 2000, ont eu lieu dans toute la province 3602 activités d'achat public, les budgets de ces projets d'achat étaient de 1.022 Milliard de *Yuan*, et les prix d'attribution des marchés publics ont atteint au total 0.901 Milliard de *Yuan*, le montant d'économie est enfin 0.121 Milliard YUAN, la proportion de l'économie est ainsi 12%. »¹⁹⁰

A la suite de ces expérimentations dans les collectivités territoriales, le ministère des finances publiques, qui s'est vu attribuer en 1998 par le Conseil des affaires de l'Etat la compétence de réguler les affaires des marchés publics, commence davantage à élaborer les règles générales appliquées au plan national.

Dans cette étape, les effets pour l'intégrité publique sont beaucoup plus accentués qu'auparavant pour des raisons notamment politiques, ils apparaissent donc très souvent associés avec ceux de l'économie du prix dans les paroles des haut-fonctionnaires chargés les marchés publics. Par exemple, dans un discours, le vice-ministre des finances publiques, LOU Jiwei a déterminé deux repères pour le régime des marchés publics, « le régime des marchés publics, qui forme une partie importante de l'administration des dépenses publiques, reste un point-clé de la réforme des finances publiques à l'avenir, (...) Il constitue aussi une mesure effective pour déraciner la corruption. »¹⁹¹ Le premier repère concerne les effets de l'économie du prix, et le second est relatif à l'intégrité publique.

On va voir abord concernant ce dernier point un exposé plus clair dans une interview avec le directeur du Trésor. Il indique que « la quatrième session plénière du comité central pour l'Inspection disciplinaire du P.C.C. et la conférence anti-corruption du Conseil des

190 La section des marchés publics du gouvernement Zhejiang, « Les pratiques et les explorations sur l'institutionnalisation des marchés publics à Zhejiang », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, p.38-40 (浙江省政府采购办: “积极推进政府采购制度建设, 浙江省的实践与探索”, 《中国政府采购》2001年第1期, 第38-40页。).

191 LOU Jiwei, « Renforcer les réglementations sur la dépense publique et améliorer le travail sur les marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°2 2001, p.4 (楼继伟: “强化财政支出管理进一步开展政府采购工作”, 《中国政府采购》2001年第2期, 第4页。).

affaires de l'Etat ont créé les conditions favorables au développement du régime des marchés publics : dans ces conférences, le régime des marchés publics est considéré comme la mesure importante de lutter contre la corruption et de promouvoir l'intégrité publique (反腐倡廉的重要措施). Afin de mettre en œuvre l'esprit de ces conférences, le ministère de la supervision, le ministère des finances publiques et le bureau d'État d'audit ont publié ensemble en 2000 une communication pour régler les enjeux des affaires des marchés publics. »¹⁹² Il a enfin résumé que « les expériences internationales ont déjà révélé que l'autodiscipline morale ou la supervision mutuelle ne suffisent pas à prévenir la corruption et les collusions entre agents publics, néanmoins, le régime de publicité et de concurrence peut considérablement diminuer les possibilités de collusion, ce qui améliore en même temps la transparence des activités d'achat. »¹⁹³ Par-là, nous pouvons constater que l'importance de l'aspect de l'intégrité publique pour le régime des marchés publics est promue considérablement pour des raisons notamment politiques.

S'agissant de l'économie du prix, identifié par le vice-ministre des finances publiques comme « une partie importante de l'administration des dépenses publiques », il doit donc être compris comme un élément d'une réforme plus globale concernant les dépenses publiques. Le vice-directeur du Trésor, ZHANG Tong, a indiqué dans un article que « la réforme des dépenses publiques est composée en trois parties, à savoir la réforme du régime des marchés publics, la réforme des modalités d'établissement du budget, et la réforme de l'administration du Trésor. »¹⁹⁴

192 JIANG Yong, « L'accélération de l'institutionnalisation des marchés publics en Chine : l'interview avec le directeur du service du Trésor public », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, p.23-24 (江湧：“中国政府采购制度建设时不我待：访财政部国库司负责人”，《中国政府采购》2001年第1期，第23-24页。).

193 *Ibid.*, p.24.

194 ZHANG Tong, « Avancer et approfondir les réformes du régime des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, p.5 (张通：“全面推进和深化政府采购制度改革”，《中国政府采购》2001年第1期，第5页。).

Le directeur des finances publiques de province du HUBEI a clairement expliqué les relations entre ces trois réformes. Selon lui, l'objectif de la réforme de modalités d'établissement du budget est d'établir le budget en fonction des besoins de chaque service, ce qui peut améliorer la qualité du budget, notamment pour détailler le contenu du budget. Et la réforme de l'administration du Trésor consiste en l'établissement d'un système de versement centralisé par le Trésor, c'est-à-dire que toutes les dépenses publiques doivent désormais être versées à travers un compte unique créé par le Trésor. Ces deux réformes sont évidemment destinées à faciliter le contrôle des dépenses publiques par les services des finances publiques. Alors où se trouve la place du régime des marchés publics et sa réforme ? Dans la chaîne des opérations des dépenses publiques, le régime des marchés publics se trouve effectivement entre la préparation du budget en amont et le versement des deniers publics en aval : en premier lieu, un budget assez détaillé est la condition préalable à l'établissement de projets d'achat faisables dans la mesure où c'est le premier qui fixe le cadre des derniers ; en second lieu, le prix des attributions des marchés publics de cette année peut nous donner des points de repère fiables pour la préparation du budget de l'année prochaine ; enfin, un système de versement centralisé, donc bien surveillé, est une garantie indispensable pour accomplir les relations juridiques des marchés publics.¹⁹⁵

Se trouvant au milieu de ces deux systèmes, en suivant leur logique de contrôle, l'objectif du régime des marchés publics doit de nature être à la fois à exécuter efficacement les missions d'achat en respectant les cadres du budget, notamment en économisant le plus possible des deniers publics, et à mettre tout le processus d'achat en lumière afin de faciliter le contrôle des services des finances publiques.

195 TONG Daoyou, « Construire les finances publiques efficaces et avancer les réformes en matière de marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, p.21 (童道友: “建设效益财政推进政府采购”, 《中国政府采购》2001 年第 1 期, 第 21 页。).

Force est ainsi de constater que correspond bien à ces exigences la procédure de l'appel d'offre ouvert, sachant que celle-ci est généralement définie par les caractères de publicité et de concurrence. Compte tenu encore de la consécration politique de l'intégrité publique mentionnée ci-dessus, il est aisé de saisir les raisons d'être de l'achat centralisé comme la modalité principale de l'achat public en Chine, ce qui va être analysé dans le chapitre suivant.

Même si la proposition de loi relative aux marchés publics est préparée par la commission des finances et de l'économie (CFE) au sein de l'Assemblée Nationale Populaire (A.N.P.), le ministère des finances publiques a participé profondément à ces travaux législatifs¹⁹⁶, les réflexions dans la deuxième étape ont donc construit une base assez solide pour la législation finale. C'est pour ça que, si le législateur a reconnu sans difficulté les aspects de l'économie du prix et de l'intégrité publique du régime, il n'en reste pas moins qu'il va encore plus loin dans la logique des finances publiques sur quelques points.

D'une part, le législateur est satisfait de voir les effets considérables du régime en matière d'économie du prix et d'intégrité publique. Par exemple, dans le rapport présenté par le vice-directeur de la CFE devant le comité permanent de l'A.N.P., le rapporteur a énuméré 6 motivations pour justifier la nécessité de réaliser cette législation : La première tient aux effets de l'économie du régime des marchés publics : selon lui, celui-ci est « favorable à l'amélioration de l'efficacité de l'emploi des deniers publics, et à la réalisation d'économies, dont la proportion atteint généralement 10%, voire, selon les expérimentations dans certains lieux et secteurs, 11% à 13%. »¹⁹⁷ Par rapport à la promotion de l'intégrité publique, même si le premier texte de la proposition ne l'a pas adopté comme l'un des objets principaux de la loi,

196 Par exemple, WANG Jialin (王家林), le directeur du service des affaires juridiques du ministère des finances publiques, a été nommé comme le vice-responsable du groupe de travail sur la proposition de loi relative aux marchés publics.

197 YAO Zhenyan, « Le rapport sur la proposition de la loi relative aux marchés publics », in KAN Ke, *Annuaire de l'Assemblée Nationale Populaire*, Presse Etat de droit et démocratie de la Chine 2003, p.44 (姚振炎: “关于《中华人民共和国政府采购法(草案)》的说明”, 阙珂主编,《中国人民代表大会年鉴》, 中国民主法治出版社 2003 年, 第 44 页。).

les membres du comité permanent de l'A.N.P. ont insisté pour l'ajouter expressément dans le premier article de la loi, et la consacrer en tant que l'un des objectifs principaux de cette loi.¹⁹⁸

D'autre part, le législateur a complété la logique des finances publiques sur deux points : le premier tient à la qualité de la prestation, le second tient au coût des procédures formalisées. En tant qu'expert, YAO Shen, qui a participé directement à la rédaction de la proposition, a bien formulé « d'un côté il faut améliorer l'efficacité de l'emploi des deniers publics, ... mais à la condition que la qualité des produits et des services soit bien garantie, ... d'un autre côté, il convient de simplifier les démarches administratives, et en d'assurer la commodité pour les fournisseurs et les acheteurs. »¹⁹⁹ Ces deux points sont aussi soulignés par les membres du comité permanent de l'A.N.P. : premièrement, en ce qui concerne la qualité de prestation, selon le rapport de la commission des affaires juridiques de l'A.N.P., « certains membres du comité permanent ont mentionné que le principe de moins-disant pour choisir le titulaire du contrat est incomplet, il convient de formuler en même temps que les offres doivent bien répondre aux besoins d'achat et aussi correspondre aux exigences de la qualité et du service. » Ceci a abouti à une reformulation des articles 37 et 39.²⁰⁰ Deuxièmement, s'agissant du coût des procédures formalisées, dans le même rapport, nous pouvons constater que le législateur a délimité expressément le champ d'application des procédures formalisées à travers les catalogues d'achat centralisé et les seuils officiels.²⁰¹ Sont ainsi exclus du champ d'application de la loi les objets non courants de l'achat dont la valeur est aussi inférieure aux

198 Le comité permanent de l'ANP, « Les articles révisés dans le deuxième tour de débats sur la proposition de la loi relative aux marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°2 2002, p.14 (全国人大常委会：“《政府采购法（草案）》二次审议稿中修订的主要条款”，《中国政府采购》2002年第2期，第14页。).

199 YAO Shen, « Les problèmes majeurs dans la législation actuelle relative aux marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°2 2001, p.10 (姚胜：“当前我国政府采购立法中应注重的几个问题”，《中国政府采购》2001年第2期，第10页。).

200 La commission des affaires juridiques de l'ANP, « Le rapport sur la délibération de la proposition de la loi relative aux marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°7 2001, p.12 (全国人大法律委员会：“全国人大法律委员会关于《中华人民共和国政府采购法（草案）》审议结果的报告”，《中国政府采购》2001年第7期，第12页。).

201 *Ibid.*, p.11.

seuils officiels. Dans le même ordre d'idées, le législateur propose encore de fixer un seuil minimum d'application pour la procédure de l'appel d'offre ouvert.²⁰²

En somme, nous pouvons constater que la logique de finances publiques a dirigé en France comme en Chine la naissance du régime des marchés publics. Les considérations dans la genèse du régime sont donc plutôt comparables, et il apparaît qu'un régime raisonnable devrait être un compromis acceptable entre l'économie du prix, l'intégrité publique et la qualité de la prestation. Ceci peut encore être confirmé en analysant concrètement les régimes, ce que nous ferons dans le chapitre 2. Avant cela, il faudrait continuer à montrer dans la section suivante que la logique de finances publiques persiste jusqu'à aujourd'hui après certains rééquilibrages intérieurs.

Section 2. L'évolution de la logique de finances publiques lors de la mise en œuvre du régime des marchés publics

Lors de la mise en œuvre du régime des marchés publics, la logique de finances publiques s'évolue continuellement, ceci a été révélé en France comme en Chine par les mouvements de rééquilibrage au sein de cette logique.

Nous allons étudier ce mouvement d'abord en Chine, puis en France.

§1. Les rééquilibrages de la logique de finances publiques en Chine

En effet, après l'entrée en vigueur de la loi relative aux marchés publics en 2003, le pouvoir réglementaire chinois a immédiatement réalisé la nécessité d'un rééquilibrage entre l'économie du prix, l'exigence d'intégrité publique et la qualité de la prestation. Ce mouvement se présente tout d'abord comme un rééquilibrage en faveur de la qualité de la prestation, et ensuite par une rectification en faveur de l'économie du prix et de l'intégrité publique.

²⁰² *Ibid.*, p.12.

1. Le rééquilibrage en faveur de la qualité de la prestation

Le problème nouveau apparu tient notamment à la qualité de la prestation, en l'occurrence, à la qualité au sens de l'adéquation et de l'efficacité de la prestation, sachant que le bon fonctionnement de service public n'exige pas seulement la qualité matérielle des objets d'achat, mais demande aussi une efficacité particulière de la prestation et son adéquation aux besoins du service public. Toutefois, le régime résultant de la loi de 2003 se caractérise notamment par un formalisme rigoureux prenant en considération principalement le souci d'intégrité publique et l'économie du prix. La qualité de la prestation a été, comme nous avons vu ci-dessus, soulignée par le législateur, mais franchement, avec un poids beaucoup moins important que celui attribué aux deux autres éléments.

Avant l'adoption de la législation, ce mépris pour l'efficacité de la prestation a déjà été soulevé par les praticiens de l'achat public. Toutefois, il n'a pas été traité de façon très sérieuse : JIA Kang, un des membres du groupe d'experts sur la législation relative aux marchés publics, a argué avec optimisme qu'« il y a certains camarades qui ont critiqué que l'appel d'offres coûte trop cher et que son processus dure trop longtemps. Mais je ne suis pas d'accord sur ces blâmes : bien que le processus de l'appel d'offre dure en apparence plus longtemps que celui de l'achat libre et dispersé, il faut réaliser que ce régime d'achat centralisé et d'appel d'offres sera mis en application dans le cadre d'un régime de l'administration des finances publiques. Maintenant nous avons déjà commencé à exiger l'établissement des budgets pour chaque service. A la suite de l'amélioration de la qualité de l'établissement du budget, notre travail d'achat public sera mis en œuvre sous la forme d'un programme global d'achat à un rythme bien programmé. Le service du budget pourra établir une planification d'ensemble en prenant en compte tous les besoins d'achat de tous les services. (...) Alors, après ces efforts, le problème d'une ' durée trop longue ' ne se posera

plus. »²⁰³ En bref, il a estimé qu'un budget anticipé, détaillé et globalisé sera suffisant pour garantir une efficacité de la prestation acceptable pour le service public.

L'adéquation de la prestation a aussi été prise en compte par le législateur avant l'adoption de la législation. YAO Shen, membre de la commission budgétaire de l'A.N.P. et du groupe d'experts sur la législation relative aux marchés publics, a argué que « la modalité de l'achat public ne doit pas être trop centralisée, (...) Actuellement les régimes des marchés publics de certains pays ont déjà commencé à passer d'un mode centralisé à un mode diffus ; les raisons de cette transformation consistent principalement en deux points : la première, une modalité extrêmement centralisée engendre probablement de la bureaucratie et de l'inefficacité, la deuxième, les besoins de différents services sont sûrement multiples et variés. »²⁰⁴ Dans le même ordre d'idées, certains députés ont avancé au cours des débats législatifs qu'« il faut prendre en compte les besoins multiples et variés des différents services et organes, ainsi que leurs exigences particulières en terme d'efficacité. » La commission juridique de l'A.N.P. a ainsi reformulé l'article 18 de la proposition de loi en précisant que : « pour les départements ou secteurs qui ont leurs propres besoins, il convient d'appliquer l'achat centralisé sectoriel. »²⁰⁵ Ceci construit ainsi une exception importante à la modalité d'achat centralisé.

Cependant, même avec les efforts susmentionnés, la mise en œuvre de ce régime a entraîné immédiatement des problèmes concernant le processus d'achat : en particulier, des

203 JIA Kang, « Les obstacles d'intérêt dans la réforme du régime des marchés publics et la voie de sortie », *Marchés publics en Chine* n°3 2001, p.22 (贾康：“政府采购制度改革要冲破既得利益的障碍”，《中国政府采购》2001年第3期，第22页。).

204 YAO Shen, « Les problèmes majeurs dans la législation actuelle relative aux marchés publics », *op.cit.*, p.11.

205 La commission des affaires juridiques de l'ANP, « Le rapport sur la délibération de la proposition de la loi relative aux marchés publics », *op.cit.*, p.7.

retards non-négligeables ont sensiblement gêné les praticiens et les acheteurs publics.²⁰⁶ Les acheteurs publics se sont aussi beaucoup plaints de l'absence d'adéquation des objets retenus à travers l'achat centralisé avec leurs propres besoins.²⁰⁷ C'est la raison pour laquelle, depuis 2004 - soit seulement un an après l'entrée en vigueur de la loi en 2003 - le modèle d'accord-cadre a commencé à être généralisé parmi les gouvernements à la fois central et locaux, le but étant spécifiquement d'accélérer le processus d'achat et de laisser aux acheteurs publics une marge de négociation avec les concurrents.

Il faut remarquer que la loi relative aux marchés publics en 2003 n'a formulé aucune disposition relative à l'accord-cadre. C'est en fait l'arrêté ministériel n°18 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services, publié en 2004, qui a mentionné par une disposition de son dernier chapitre, le terme d'« accord-cadre ». Mais il n'a ni précisé la définition de l'accord-cadre ni fixé un régime d'application. Cette disposition unique semble simplement destinée à autoriser les expérimentations sur ce modèle par les gouvernements des différents niveaux, et ainsi à légaliser les pratiques qui en résultent. Sur la base de cette disposition, le bureau des affaires administratives internes des organes d'Etat (国家机关事务管理局) a publié en 2004 une communication destinée à appliquer l'accord-cadre aux achats effectués par les organes et les services du gouvernement central.²⁰⁸ Dans les collectivités territoriales, nous pouvons aussi trouver des normes administratives qui

206 Le commentaire spécial du revue, « Les moyens destinés à améliorer l'efficacité des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°11 2004, p.1 (本刊特约评论员: “提高政府采购效率的有效途径”, 《中国政府采购》2004 年 11 期, 第 1 页。).

207 REN Bingcai, « L'accord-cadre est le choix inévitable en matière de marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°1 2005, p.60 (任炳才: “协议供货是政府采购方式的必然选择”, 《中国政府采购》2005 年第 1 期, 第 60 页。).

208 Notification n°1203 de 2004 sur les activités de la deuxième fois de l'accord-cadre pour les organes du gouvernement central (2004 年国税函[2004]1203 号《关于中央国家机关 2004 年第二期政府采购协议供货工作有关事宜的通知》).

généralisent l'accord-cadre aux différents niveaux territoriaux.²⁰⁹ De plus, dans certaines villes, comme SUZHOU et NANJING, bien que l'autorité provinciale n'ait pas encore publié des normes à cet effet, les praticiens de l'achat public ont en pratique largement eu recours à l'accord-cadre.²¹⁰

En fait, même à l'heure actuelle, il n'existe toujours pas de régime standard de mise en œuvre de l'accord-cadre, puisque le ministère des finances publiques n'a toujours pas élaboré de texte spécifique pour ce modèle d'achat. Le seul point commun partagé par toutes les pratiques actuelles tient au respect de deux étapes : la première pose l'obligation de procéder à un appel d'offres ouvert, et la deuxième, en dépit de certaines limites assez lâches et variables selon la province et la ville, donne généralement à l'acheteur public la liberté de négocier avec les candidats retenus lors de la première étape, à tout moment et selon ses propres besoins.²¹¹

A cause de cette marge d'adaptation, l'efficacité de l'achat public a été considérablement améliorée. A travers la négociation, les acheteurs publics ont finalement été dotés d'un pouvoir discrétionnaire de choix. Nous pouvons ainsi constater que désormais l'équilibre lié à la relation triangulaire de la logique de finances publiques penche plutôt en faveur de la qualité de la prestation.

2. La rectification en faveur de l'économie du prix et de l'intégrité publique

Néanmoins, le mouvement en faveur de la qualité de la prestation n'a pas bouleversé la relation triangulaire de la logique de finances publiques en éliminant totalement ses deux

209 Par exemple, le service des finances publiques de la province de GUIZHOU a publié en 2004 une notification pareille : la notification concernant l'application de l'accord-cadre sur les achats de fournitures comme ordinateur pour les organes du gouvernement provincial (《关于省级单位政府采购计算机等货物实行协议供货制度的通知》).

210 FU Huiming, « L'application de l'accord-cadre en pratique des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°5 2004, p.38-40 (府惠明：“论政府采购实践中协议供货制的应用”，《中国政府采购》2004年第5期，第38-40页。).

211 PAN Yuou, « Les réflexions sur l'accord-cadre », *Marchés publics en Chine* n°7 2006, p.51-52 ; FU Huiming, *op.cit.* p.40 (潘玉欧：“对协议供货的再认识”，《中国政府采购》2006年第7期，第51-52页。府惠明：“论政府采购实践中协议供货制的应用”，《中国政府采购》2004年第5期，第40页。).

autres éléments. Après huit ans de pratique, cet équilibre appelle une rectification en faveur de l'économie du prix et de l'intégrité publique.

En 2011 une communication visant à limiter le champ d'application de l'accord-cadre au niveau du gouvernement central a été publiée par le ministère des finances publiques ; elle demande de plus un remplacement de l'accord-cadre par la procédure de « l'achat centralisé en quantité (批量集中采购) ». ²¹² La motivation de cette communication a été exposée lors de la conférence nationale de travail sur les marchés publics de 2012 par un haut fonctionnaire du ministère des finances publiques. Il a déclaré que « le modèle de l'accord-cadre n'est qu'un régime transitoire pendant la période de réforme. (...) A la suite de l'expansion de son application, l'emploi de l'accord-cadre par les acheteurs publics est devenu de plus en plus abusif. Ceci a révélé beaucoup de problèmes : le principe de la concurrence n'a pas été bien respecté, l'effet d'échelle n'a pas été bien réalisé. En tant que rectification de l'accord-cadre, l'achat centralisé en quantité exigera d'intervenir dans la définition des besoins de l'acheteur, voire d'établir un standard pour leurs besoins. » ²¹³

Un rapport d'enquête issu de l'académie chinoise des sciences sociales en 2013 a davantage éclairé les lacunes de l'accord-cadre en matière d'économie du prix : « Le régime des marchés publics n'a pas vraiment atteint l'objectif de bonne qualité à un prix modéré, notamment concernant le prix issu de l'accord-cadre : il a dépassé considérablement l'attente de l'opinion publique. (...) Les prix sont généralement plus élevés que les prix moyens des produits correspondants sur le marché privé. Les phénomènes d'achat de luxe et d'achat à prix

212 Instruction n°87 de 2011 relative à l'application de l'expérimentation de l'achat centralisé en quantité pour les organes du gouvernement central (2011 年财办库[2011]87 号《关于进一步推进中央单位批量集中采购试点工作的通知》).

213 DU Qiang, « Etablir les standards pour la définition des besoins, Renforcer l'exécution du marché, efforcer à créer les nouvelles situations de l'achat centralisé en quantité : la conférence annuelle des marchés publics de 2012 », *Marchés publics en Chine* n°1 2012, p.18 (杜强：“完善需求标准 强化合同履行 努力开创批量集中采购新局面——2012 年中国政府采购年会纪实”，《中国政府采购》2012 年第 1 期，第 18 页。).

astronomique apparaissent régulièrement. »²¹⁴ Selon les statistiques citées par ce rapport, la proportion des produits dont les prix sont anormalement élevés a atteint 79.86% parmi tous les articles achetés au travers du régime des marchés publics.

Même si la méthodologie adoptée dans le rapport a été critiquée par plusieurs praticiens et les chercheurs, qui avancent que la gravité des effets pervers du régime des marchés publics sur le prix a été exagérée, tous s'accordent en tout cas pour reconnaître les effets négatifs de l'accord-cadre en matière d'économie du prix. De plus, les phénomènes de « l'achat de luxe » et de « l'achat à prix astronomique » ont incité le grand public à soupçonner la corruption dans l'achat public et donc à douter de l'intégrité des agents publics.²¹⁵

Tout cela a renforcé encore plus l'initiative de restreindre le champ d'application d'accord-cadre. Le ministère des finances publiques l'a encore confirmé, dont un haut fonctionnaire a indiqué en 2015, dans l'interview sur la publication du décret d'application de loi relative aux marchés publics, que l'accord-cadre ne doit plus être appliqué que « dans les achats de fourniture à petit prix ou avec volume fragmentaire, ou dans les achats de services/travaux avec exigences particulières. »²¹⁶ La balance penche cette fois plutôt en faveur de l'économie du prix et de l'intégrité publique.

214 Le groupe d'investigation spécial de l'institut de science juridique de l'académie des sciences sociales, « Le rapport d'enquête sur l'application en pratique du régime des marchés publics chinois », *Le rapport du développement de l'Etat de droit en Chine n°11 2013*, SSAP février 2013, p.309-310 (中国社会科学院法学研究所法治国情调研组：“中国政府采购制度实施状况调研报告”，《中国法治发展报告 NO.11（2013 年法治蓝皮书）》，社科文献出版社 2013 年 2 月出版，第 309-310 页。).

215 YIN Yahong, « Face au reportage négatif », *Marchés publics en Chine n°3 2013* ; p.5 ; YIN Yahong, « La présentation et les commentaires quant au rapport d'enquête sur l'application en pratique du régime des marchés publics chinois », *Marchés publics en Chine n°3 2013*, p.37 (殷亚红：“要正面应对价高的负面新闻”，《中国政府采购》2013 年第 3 期，第 5 页；“对《法治蓝皮书——中国政府采购制度实施状况调研报告》的基本情况介绍及评析”，《中国政府采购》2013 年第 3 期，第 37 页。).

216 Le bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l'Etat et le ministère des finances publiques, « La communication de presse sur le décret d'application de la loi relative aux marchés publics : accélérer la régularisation et l'institutionnalisation des marchés publics », *Marchés publics en Chine n°3 2015*, p.12 (国务院法制办，财政部：“《政府采

En fin de compte, même après l'entrée en vigueur de la loi relative aux marchés publics en 2003, nous pouvons constater la nécessité de rééquilibrages perpétuels entre les trois éléments de la logique de finances publiques, à savoir la montée en importance de la qualité de la prestation avec son amplification de connotation et la rectification consécutive en faveur de l'économie du prix et de l'intégrité publique. Ceci prouve la persistance et l'évolution de cette logique, sachant que la recherche perpétuelle d'un point d'équilibre adapté montre justement son actualité.

§2. Les rééquilibrages de la logique de finances publiques en France

Si l'on regarde la situation de la logique de finances publiques en France après la genèse du régime des marchés publics, un mouvement en faveur de la qualité de la prestation peut être sensiblement identifié. Ce mouvement est lancé depuis la fin du XIXe siècle et persiste jusqu'à la réforme du droit des marchés publics au début du XXIe siècle. Néanmoins, il convient de montrer d'abord l'évolution jurisprudentielle ayant lieu à la seconde moitié du XIXe siècle autour de la question de savoir si le régime des marchés publics est d'intérêt général ou ne sert qu'à la garantie de l'intérêt de l'Administration. Après la réaffirmation du caractère d'intérêt général du régime des marchés publics, son lien avec la logique de finances publiques a été consolidé.

a. La réaffirmation de la logique de finances publiques

L'objectif du régime des marchés publics devrait-il être l'intérêt général ou l'intérêt de l'Administration ? La réponse à cette question a été assez claire à l'époque de sa genèse, comme la remarque de Georges Péquignot, « il était inexact que l'adjudication n'eût été édictée que dans l'intérêt de l'Administration. Il suffisait, pour s'en convaincre, de se reporter aux circonstances historiques qui nous ont valu les ordonnances de 1836 et de 1837. »²¹⁷

购法实施条例》发布将进一步促进政府采购规范化、法制化——国务院法制办、财政部负责人就《条例》有关问题答记者问”，《中国政府采购》2015年第3期，第12页。).

217 Georges Péquignot, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, op.cit., p.218.

Mais lors de la mise en œuvre des ordonnances de 1836 et de 1837, le caractère de l'intérêt général du régime des marchés publics a été curieusement remis en cause par le juge administratif.

Dans une jurisprudence emblématique rendue en 1866, le Conseil d'Etat a réclamé qu'« attendu que la formalité qui n'a pas été observée n'était pas une des formalités essentielles des adjudications, mais constituait une garantie (...) uniquement en faveur de l'administration ; qu'à l'administration seule appartenait d'apprécier si les soumissionnaires présentaient des garanties suffisantes, et que la décision par laquelle cette appréciation a été faite ne pouvait nous être déférée par la voie contentieuse. »²¹⁸ A l'égard de cet arrêt baptisé « Gris », Georges Péquignot a commenté que « pendant longtemps, l'administration n'a été considérée que comme destinée à protéger l'Administration, Personne, si ce n'est elle, ne pouvait se déclarer être lésée par la violation de la règle de l'adjudication. »²¹⁹

Mais après deux ans, nous pouvons constater un revirement jurisprudentiel, même si ça reste assez obscur. Dans l'arrêt « Servat » rendu en 1868, « le commissaire du gouvernement s'attache d'abord à écarter le doute qu'aurait pu faire naître la rédaction de l'arrêt Gris et Fraillon. »²²⁰ Dès lors, le Conseil d'Etat a commencé à réaffirmer davantage le caractère d'intérêt général du régime des marchés publics, à travers notamment les reconnaissances progressives de la qualité à agir par le REP au profit des soumissionnaires évincés contre la passation des marchés publics.²²¹ Au bout de ces efforts, dans l'arrêt « Barla » en 1909 « les intéressés, *y compris les contribuables de la commune*, peuvent à toute époque demander au préfet de prononcer la nullité de cette délibération (autorisant le maire à passer un marché de gré à gré, lorsque d'après l'ordonnance de 1837 il fallait procéder à une adjudication) et au

218 C.E. 29 novembre 1866, Gris, Rec., p.1086.

219 Georges Péquignot, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, op.cit., p.217.

220 C.E. 9 janvier 1868, Servat, Rec., p.14.

221 Georges Péquignot, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, op.cit., p.221.

cas de refus, s'adresser au Conseil d'Etat pour faire prononcer la nullité. »²²² Par cet arrêt, « (le Conseil d'Etat) déclare que la règle de l'adjudication est d'intérêt public et s'impose à l'administration. »²²³ Désormais, le caractère de l'intérêt général du régime des marchés publics est ainsi censé être confirmé carrément et sans aucun conteste.

A l'égard de cette évolution jurisprudentielle, il y a au moins deux points qui méritent d'être remarqués, à savoir la portée de la confirmation du caractère d'intérêt général et la raison derrière de cette réaffirmation.

En premier lieu, la confirmation du caractère d'intérêt général du régime des marchés publics réaffirme en effet le lien inhérent entre la logique de finances publiques et le régime des marchés publics. Comme nous l'avons démontré ci-dessus, la logique de finances publiques a été en réalité édifiée sur la base d'une série de considérations d'intérêt public, comme la protection des deniers publics, de l'intégrité publique et le bon fonctionnement du service public. La remise en cause du caractère d'intérêt général du régime a donc fondamentalement ébranlé la liaison entre la logique de finances publiques et le régime, puisque tout simplement on ne peut pas penser un régime destiné uniquement à l'intérêt de l'Administration qui s'attache en même temps à l'intérêt général. Bien heureusement, ce revirement jurisprudentiel fait ainsi la preuve de la persistance de la logique de finances publiques au sein du régime des marchés publics.

En second lieu, la raison derrière cette réaffirmation tient en fait au changement du contexte de l'idéologie d'une époque à l'autre.

A l'époque du XIXe siècle, l'idéologie dominante était l'individualisme, qui suppose notamment la méfiance envers la puissance publique et la conviction de la responsabilité individuelle.²²⁴ Ceci peut bien expliquer le privilège attribué lors de la genèse du régime à la

222 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration (Vol.4)*, op.cit., p.112.

223 *Ibid.*, p.111.

224 Alain Laurent, *Histoire de l'individualisme*, P.U.F 1993, p.8-10.

protection de l'intégrité publique, tout en impliquant que « chacun (est) réputé le meilleur appréciateur, comme le meilleur gardien, de son propre intérêt. »²²⁵ Cette idée correspond en effet exactement aux propos du juge administratif dans l'arrêt « Gris » cités ci-dessus, notamment « à l'administration seule il appartenait d'apprécier si les soumissionnaires présentaient des garanties suffisantes, et (...) la décision par laquelle cette appréciation a été faite ne pouvait nous être déférée par la voie contentieuse. » Cette correspondance nous révèle que la raison derrière le rattachement de l'adjudication à l'intérêt de l'Administration à cette époque-là tient essentiellement à la consécration de l'« ego » de l'Administration dans un contexte individualiste, ceci entraîne enfin l'oublié temporaire du caractère d'intérêt public du régime des marchés publics.

Au contraire, au début du XXe siècle, l'essor de l'idée de fraternité sociale et de service public a été très présent en droit public : c'est exactement en 1906 que le commissaire du gouvernement G. Teissier a redécouvert l'arrêt « Blanco » dans son ouvrage « La Responsabilité de la puissance publique » en interprétant « comme établissant sans équivoque possible la compétence des juridictions administratives pour statuer sur 'les demandes d'indemnités dirigées contre l'Etat à l'occasion du fonctionnement des services publics'. »²²⁶ ; simultanément, après une série des jurisprudences destinées à objectiver le droit administratif²²⁷, le service public a été consacré comme « la pierre angulaire du droit public » par Gaston Jèze, et aussi « l'*alpha* et l'*oméga* du droit administratif » aux yeux de Prosper Weil. Ce changement d'idéologie a abouti par nature à un accent particulier mis sur la qualité du service public. Il en résulte, comme ce que nous allons le montrer immédiatement ci-après, que la qualité de la prestation devient l'élément le plus favorisé parmi les trois éléments de la

225 Marcel Waline, *op.cit.*, p.7.

226 Jacques Chevallier, *Le service public*, P.U.F 2012, p.18.

227 Notamment les arrêts du C.E. 29 mars 1901, CASANOVA Rec., p. 333, C.E. 18 avril 1902, NERIS-LES-BAINS, Lebon, p. 275, C.E. 6 février 1903 TERRIER Rec., p. 94, C.E. 4 août 1905, MARTIN, Rec., p.749, C.E. 21 décembre 1906, SYNDICAT DES PROPRIETAIRES ET CONTRIBUABLES DU QUARTILIER CROIX-DE-SEGUEY-TIVOLI, Rec., p.962, C.E. 4 mars 1910, THEROND, Rec., 1910, p. 193 etc.

logique de finances publiques. Ceci entraîne enfin un régime des marchés publics infiltré par l'idée de collaboration de l'administration avec son cocontractant.

b. Le rééquilibrage en faveur de la qualité de la prestation

La montée en puissance de l'idée de service public a sensiblement élargi au XXe siècle la connotation de la « qualité de la prestation ». Elle ne se borne plus, comme à l'époque de la genèse, à la qualité matérielle des objets d'achat, mais intègre aussi l'efficacité de la prestation et son adéquation aux besoins du service public. Cette amplification exige par nature une collaboration plus étroite entre l'administration et son cocontractant. Ceci peut être révélé notamment à travers les évolutions théoriques et juridiques à cette époque-là sur le choix du cocontractant et sur les rapports avec le cocontractant au cours de l'exécution du contrat.

En premier lieu, afin de permettre aux acheteurs publics de prendre en compte les critères multiples, à part les prix, exigés par les besoins du service public, une collaboration plus étroite entre l'administration et son cocontractant doit supposer une marge discrétionnaire plus large lors du choix du cocontractant. C'est effectivement le cas depuis la fin du XIXe siècle et le début du XXe siècle. Gaston Jèze a remarqué au cours des années 1930 qu'« (aujourd'hui) l'adjudication publique est pratiquée couramment par toutes les administrations publiques. (...) Malgré tout, ce n'est pas le principe général. (...) La règle certaine du droit public français est que l'administration choisit librement, discrétionnairement, son cocontractant. L'exception, c'est que la compétence de l'administration est liée à ce point de vue, et qu'il doit être procédé par adjudication publique. »²²⁸ En fait, même pour les cas soumis par principe à l'adjudication, il existe aussi de nombreuses exceptions : « (lorsqu'un) texte, pour une catégorie de contrats de l'administration, prescrit l'adjudication, ce même texte autorise, par exception, le marché de

228 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration (Vol.4)*, op.cit., p.69.

gré à gré pour certaines hypothèses énumérées, (...) (qui) sont, d'ailleurs nombreuses. »²²⁹ Sur ce point, il convient d'ajouter qu'en comparant les listes d'exceptions établies par le décret du 18 novembre 1882 avec celles qui avaient été imposées par les ordonnances de 1836 et de 1837, on constate qu'il les a élargies subtilement, en insérant notamment le cas des « travaux que des nécessités de sécurité publique empêchent de faire exécuter par voie d'adjudication. »²³⁰ Cette modification est évidemment destinée à améliorer la qualité de la prestation.

De plus, il ne faut pas oublier que la procédure de l'adjudication a aussi subi certains assouplissements après la genèse du régime des marchés publics, en vue de prendre en compte les exigences relatives à la qualité de la prestation, puisque tout simplement « avec la satisfaction de l'intérêt financier, l'intérêt administratif pourra être sacrifié parce que celui qui propose les prix les plus bas n'est peut-être pas le professionnel le plus apte au travail ou à la fourniture que demande l'administration. »²³¹ C'est notamment le cas de l'émergence des adjudications sur concours d'échantillons et de prix qui sont en fait dépourvues de fondement juridique direct à la fois dans les ordonnances de 1836 et de 1837 et le décret du 18 novembre 1882. Selon ces procédures d'essai pratiquées majoritairement dans les marchés de défense²³², « il est tenu compte, pour le classement des soumissionnaires et la désignation de l'adjudicataire *à la fois* de leurs offres de prix et de la qualité des échantillons qu'ils ont présentés. »²³³ Ces assouplissements de l'adjudication sont enfin consacrés et amplifiés par le décret du 6 avril 1942, selon lequel le pouvoir réglementaire a « eu précisément pour objet, (...) de généraliser, d'uniformiser et d'aménager ces essais de modalités particulières de

229 *Ibid.*, p.74.

230 Le 7° de l'article 18 du décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat.

231 Roger Bonnard, « La passation des marchés publics », *RDP* 1943, p.155.

232 Articles 39 et 40 de l'instruction du 21 novembre 1921 relative aux marchés du département de la guerre, et les articles 26 §2 et 44 des conditions générales des marchés de la Marine (1920-1929).

233 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration (Vol.4)*, *op.cit.*, p. 91.

l'adjudication déjà organisées par certaines administrations. On a voulu ainsi établir, pour la passation des marchés publics, un régime souple et nuancé comportant des degrés successifs depuis l'absence totale de choix de l'administration jusqu'à son libre choix, adapté à la variété de nature et d'objet des marchés et tendant à concilier les deux intérêts administratif et financier en présence.»²³⁴ Il en résulte donc la création en 1942 des procédures de l'adjudication sur coefficient et de l'appel d'offres, qui se trouvent entre les adjudications classiques et le marché de gré à gré, en tant que les alternatives intermédiaires, à la condition que leurs champs d'application soient expressément limités dans les cas définis ou énumérés.²³⁵

D'une manière plus poussée, nous pouvons constater que, depuis les années 1950, l'assouplissement de l'adjudication commence à conduire à son effacement progressif. La réforme à la suite du décret du 13 mars 1956 en constitue la première étape, en déliant notamment toutes les contraintes sur les conditions de l'utilisation de l'appel d'offres, qui comporte « essentiellement le libre choix de l'entrepreneur par l'administration parmi les concurrents qui se sont présentés »²³⁶. Dès lors, l'adjudication et l'appel d'offres sont « mis sur pied d'égalité »²³⁷ : les acheteurs publics disposent donc une liberté de choix presque sans limite de choix entre ces deux procédures. Ceci a été ensuite réaffirmé par la codification intervenue en 1964 : l'article 83 du code des marchés publics 1964 a posé que « les marchés sont passés soit par adjudication, soit sur appel d'offres, soit, dans les conditions prévues aux articles 103 et 104, à la suite d'une procédure négociée. » A la fin de cette évolution, au nom de la « modernisation » du droit des marchés publics, le décret du 7 mars 2001 a finalement supprimé « la technique de passation exclusivement sur le montant des prestations

²³⁴ Roger Bonnard, *op.cit.*, p.157.

²³⁵ Article 18 du décret du 6 avril 1942 pour l'adjudication sur coefficients, l'article 20 du même décret pour l'appel d'offres.

²³⁶ Roger Bonnard, *op.cit.*, p.164.

²³⁷ Jean Dupoux et Bernard Grosgeorge, *Les marchés publics en France*, P.U.F 1977, p.20.

(adjudication). La notion de ‘moins-disant’ disparaît donc officiellement du droit des marchés publics. »²³⁸ Associée avec l’idée de « mieux-disant », la procédure de l’appel d’offres est devenue désormais la procédure de principe parmi toutes celles qui sont formalisées.

En s’éloignant petit à petit de l’adjudication qui s’attache uniquement au critère du prix, cette évolution vers l’élargissement de la marge discrétionnaire lors du choix du cocontractant révèle une tendance à la collaboration entre l’administration et son cocontractant, qui devrait être la conséquence du privilège attribué à la qualité de la prestation. Comme le rapport ministériel précédant le décret du 6 avril 1942 l’a bien exposé: « la complexité technique des fournitures et des travaux qui sont maintenant nécessaire aux services publics ne permet plus, dans un grand nombre de cas, de s’attacher uniquement à des conditions de prix. »²³⁹

En second lieu, la collaboration plus étroite entre l’administration et son cocontractant demande aussi un « climat » moins « adversarial » au cours de l’exécution du contrat. C’est effectivement la situation depuis le début du XXe siècle. En effet, « le co-contractant de l’Etat était considéré autrefois comme ayant naturellement des intérêts antagonistes de ceux de l’Etat. », « puis, peu à peu, au cours de la première moitié du XXe siècle, et par une évolution qui tend à s’accélérer depuis une quinzaine d’années, l’administration modifie radicalement son point de vue, et voici qu’elle voit dans le co-contractant, non plus un adversaire en puissance, mais un collaborateur, dont les intérêts rejoignent souvent les siens propres, au lieu de s’y opposer. »²⁴⁰

Ce changement de point de vue se manifeste d’abord à travers une mutation de flexibilité sur les financements du marché et ensuite par une auto-restriction croissante dans l’emploi des prérogatives de puissance publique.

238 Michel Guibal, « Un nouveau code des marchés publics ? », *AJDA* 2001, p.362.

239 Non publié au JORF, cité par Audebaud, *Essai sur l’évolution et les tendances actuelles des marchés de l’Etat*, thèse paris, 1950, p.33.

240 Marcel Waline, *op.cit.*, p.9.

Par rapport aux conditions financières du marché, le droit des marchés publics était autrefois très strict à l'égard du cocontractant de l'administration : « il n'aura aucune pitié à attendre ni de l'administration, ni des tribunaux administratifs, qui lui fera application, avec la plus stricte rigueur, des clauses les plus draconiennes des cahiers des charges qu'il aura eu l'imprudence de souscrire ; et, hors l'application des règles du droit commun sur la responsabilité pour faute contractuelle de l'administration, il n'aura aucun espoir de se voir allouer aucune indemnité en sus des prix du marché, eux-mêmes insusceptibles d'aucune révision sous aucun prétexte. »²⁴¹

Néanmoins, depuis le début du XXe siècle, la jurisprudence a commencé à réajuster sa perspective, et est devenue plus sensible à la nécessité de découvrir un équilibre financier raisonnable entre les parties. Comme l'a remarquée Georges Péquignot, « le point de départ des transformations des marchés publics se trouve dans le célèbre arrêt *Gaz de Bordeaux* (C.E., 30 mars 1916, S., 1916.III. 17, concl. Chardenet, note Hauriou), origine de la théorie de l'imprévision (...). L'accent était mis sur ce fait que l'intérêt même du service public commandait que l'Administration ne se désintéressât pas des difficultés de son cocontractant. »²⁴² Selon cette théorie, « le cocontractant de l'Etat a droit, nonobstant toute clause contraire du marché, à indemnité lorsqu'il rencontre dans l'exécution de ses obligations certaines difficultés imprévues. »²⁴³ De plus, la théorie des sujétions imprévues a aussi été développée à cette époque-là par la jurisprudence, à travers notamment « une interprétation large de l'article 28 du cahier des charges, relatif aux pertes résultant d'un cas de force majeure »²⁴⁴, puis le juge administratif a encore relâché les restrictions de cette

²⁴¹ *Ibid.*, p.7.

²⁴² Georges Péquignot, « Le contentieux des marchés publics », in Armand Bizaguet, *Les marchés publics et leur financement*, Dalloz 1962, p.230.

²⁴³ Marcel Waline, *op.cit.*, p.27.

²⁴⁴ *Ibid.*, p.28.

théorie par l'arrêt du 10 décembre 1938 « Gouvernement général de l'Indochine » ; dès lors, « on remarquera que le 'bouleversement de l'économie du contrat' n'est plus exigé. »²⁴⁵

Hors ces évolutions jurisprudentielles, le pouvoir réglementaire a également pris des mesures dans le même ordre d'idées. La circulaire du 10 août 1938 qui, aux yeux de Marcel Waline, « ouvrait une ère nouvelle dans les rapports de l'Etat avec ses co-contractants », a dérogé directement au principe de fixité des prix, en recommandant « très instamment aux services d'introduire, désormais, dans tout marché de fournitures ou de travaux, passé de façon forfaitaire ou sur une série de prix ou sur devis, et dont le prix de revient peut être l'objet de variations notables, une clause de révision. »²⁴⁶ « Les prix des marchés doivent comporter, d'après la circulaire, une partie fixe, non susceptible de révision, et une partie variable. (...) La partie révisable est la partie des prix qui est influencée par les cours des matières premières et par le taux des salaires. »²⁴⁷ Evidemment, après cette circulaire les risques qui étaient censés devoir être pris en charge par le cocontractant sont considérablement relativisés, et au contraire, « l'aléa économique est dans une très large mesure assumé par l'Etat. »²⁴⁸ Une des raisons essentielles derrière cette évolution, résumée par Marcel Waline, tient au « souci de la qualité et de l'exactitude des prestations fournies, le seul moyen efficace d'obtenir cette qualité et cette exactitude étant en définitive d'assurer au cocontractant une rémunération normale »²⁴⁹, qui constitue naturellement la condition préalable et fondamentale d'une véritable collaboration.

Ensuite, l'auto-restriction renforcée dans l'emploi des prérogatives de puissance publique, notamment de l'emploi des pouvoirs de sanction, fait aussi la preuve de la montée en puissance de l'idée de collaboration entre l'administration et son cocontractant.

²⁴⁵ *Ibid.*, p.31.

²⁴⁶ *Ibid.*, p.23-24.

²⁴⁷ *Ibid.*, p.24.

²⁴⁸ *Ibid.*, p.34.

²⁴⁹ *Ibid.*, p.34.

En fait, même la naissance de ces pouvoirs de sanction est due à des considérations liées aux exigences du service public : aux yeux de Gaston Jèze, la fonction des pouvoirs de sanction dépourvus des stipulations contractuelles est essentiellement d'assurer une continuité sans interruptions du service public, il a remarqué que « (la) sanction de la résiliation, de la déchéance est trop brutale. Elle ne tient pas compte des nécessités du service public ; Il faut des sanctions plus souples, pouvant être maniées facilement par l'administration ; assez sévères pour empêcher le laisser-aller, la négligence, mais pas trop sévères, car toute sanction trop sévère sera très difficilement appliquée : ce serait, en fait, l'absence de sanction.»²⁵⁰ Ces pouvoirs de sanction sont ainsi analysés par lui comme une alternative moins brutale par rapport à la résiliation définitive, plus appropriés donc au bon fonctionnement des services publics. Néanmoins, les pouvoirs de sanction sont en tout cas l'emblème d'une hostilité de principe. Depuis les années 1950, on s'aperçoit davantage que « l'administration risque, en appliquant strictement les pénalités contractuelles, de compromettre définitivement l'exécution du contrat en ôtant au fournisseur, par de lourdes amendes, ses dernières possibilités de crédit. C'est contraire à l'intérêt du service. En cette matière, mieux vaut prévenir que réprimer », voire, les articles des sanctions pénales, «qui ne sont jamais appliqués, paraissent avoir un caractère purement comminatoire.»²⁵¹ Evidemment, une auto-restriction dans l'emploi de ces pouvoirs prouve justement un développement de l'idée de collaboration, qui conduit à s'interroger sur les effets réels de ces sanctions, et aboutit enfin à restreindre l'emploi de ces pouvoirs.

Tout cela atteste effectivement de l'accent particulier mis sur la qualité du service public, qui exige par nature un privilège exceptionnel attribué à la qualité de la prestation parmi les trois éléments de la logique de finances publiques.

Néanmoins, il convient d'ajouter que la montée en importance de la qualité de la

250 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration (Vol.4)*, *op.cit.*, p.318.

251 Marcel Waline, *op.cit.*, p.19.

prestation n'a pas bouleversé la relation triangulaire de la logique de finances publiques en éliminant totalement les éléments de l'économie du prix et de l'intégrité publique. Sur ce point, il faut juste rappeler que, d'un côté, aujourd'hui « (le) droit des marchés publics, avec ses obligations de publicité et ses procédures de mise en concurrence, apparaît comme un des leviers de la transparence économique de l'Administration »²⁵², qui est apparaît actuellement de plus en plus comme une garantie essentielle de l'intégrité publique ; d'un autre côté, « la bonne utilisation des deniers publics » , en tant que l'un des deux objectifs officiels poursuivis par le droit des marchés publics, a été réaffirmée continuellement par le droit positif du code des marchés publics en 2001 à l'ordonnance du 23 juillet 2015²⁵³ : le terme de « bonne utilisation » peut ici être polysémique, mais il implique certainement un aspect de l'économie des deniers publics.

252 Jean-François Brisson, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, Imprimerie nationale 2004, p.8.

253 Voir le 1er paragraphe du 1er article du code des marchés publics de 2001, le 1er paragraphe du 1er article du code des marchés publics de 2004, le 2ème paragraphe du 1er article du code des marchés publics de 2006, et le paragraphe 1 de l'article 1 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Conclusion du premier chapitre

Au terme des analyses de ce premier chapitre, nous pouvons proposer deux points de conclusion.

En premier lieu, même s'il existe un décalage de presque deux siècles entre la genèse des régimes des marchés publics de la France et de la Chine, la naissance de ces régimes dans ces deux pays est semblablement due à des considérations endogènes, qui se cristallisent autour d'une logique de finances publiques sous la forme d'une unité triangulaire entre l'économie du prix, l'intégrité publique et la qualité de la prestation. Nous pouvons ainsi dire que les régimes des marchés publics en France comme en Chine proviennent des mêmes considérations endogènes relevant des finances publiques.

En second lieu, tant en France qu'en Chine, ces considérations endogènes relevant des finances publiques persistent jusqu'à aujourd'hui, juste en contrepartie de certains rééquilibres intérieurs parmi les trois éléments de la logique de finances publiques : s'abstrayant des péripéties, nous pouvons constater que, tant en France qu'en Chine, l'économie du prix et l'intégrité publique étaient les deux éléments plus soulignés durant les genèses des régimes ; néanmoins, dès leur mise en œuvre, la qualité de la prestation prend une importance considérable, et ses connotations s'amplifient également en intégrant, au-delà de la qualité matérielle, l'efficacité de la prestation et son adéquation aux besoins du service public ; il ne faut pas oublier qu'en même temps les exigences de l'économie du prix et de l'intégrité publique persistent, l'unité triangulaire de la logique de finances publiques n'étant ainsi pas bouleversée.

Chapitre 2. Les manifestations au plan institutionnel

Du premier chapitre, nous pouvons retenir que les régimes des marchés publics avant la libéralisation exogène sont issus en France comme en Chine d'une volonté d'équilibrage entre les trois éléments de la logique de finances publiques. Dans le chapitre présent, nous allons montrer d'une manière plus poussée que les régimes concrets résultant de ces équilibres sont également proches en France et en Chine.

Concernant ces régimes, la logique de finances publiques commande en France comme en Chine une procédure de passation concurrentielle, à l'instar de la concurrence naturelle dans les marchés privés, mais paradoxalement, à travers des mesures formalistes et réglementaires. Concrètement, il s'agit d'une procédure de mise en concurrence entre les concurrents qualifiés d'après certains critères (section 2). D'ailleurs, pour y parvenir, tant en France qu'en Chine, une série de préparations est indispensable en vue de créer des conditions favorables à cette mise en concurrence (section 1).

Mais avant tout, il convient de délimiter les cadres d'exposition de ce chapitre. A la suite de l'arrivée au pouvoir de la nouvelle classe dirigeante chinoise en 2013, le régime des marchés publics chinois a subi immédiatement une transformation fondamentale²⁵⁴ : à l'opposé de ce qui était le cas avant 2013, la libéralisation exogène joue en effet désormais un rôle plus important que la libéralisation endogène. Par conséquent, l'influence de la logique de finances publiques se manifeste de façon plus évidente dans le régime des marchés publics avant l'arrivée au pouvoir de la nouvelle classe dirigeante. Une telle évolution est aussi visible en France, c'est l'entrée en vigueur du code des marchés publics en 2004 : « le code des marchés publics issu du décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 manifeste le passage d'une logique

254 LIU Kun, « Approfondir les réformes et Réaliser l'innovation institutionnelle, créer la nouvelle situation pour la réglementation des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°12 2013, p.54-55 (刘昆：“深化改革创新制度努力开创政府采购工作新局面”，《中国政府采购》2013年第12期，第54-55页。).

d'accompagnement et de sécurisation de l'achat public à une logique de responsabilisation et de professionnalisation. » « Il en résulte un Code des marchés publics qui, (...), opère une mutation inédite de la philosophie du droit des marchés publics. »²⁵⁵ C'est pourquoi les développements qui vont suivre sur le régime en Chine se bornent principalement aux textes antérieurs à 2013, et ceux relatifs au régime en France se basent essentiellement sur les textes antérieurs à 2004.

255 Stéphane Braconnier, « Le nouveau code des marchés publics – entre responsabilisation et libéralisation », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 18 29 Avril 2004, p.647.

Section 1. Les préparations nécessaires pour la mise en concurrence

Afin de bien effectuer la procédure de la mise en concurrence, il convient de déterminer préalablement l'objet ciblé par la concurrence, et puis de diffuser le plus largement possible les descriptions et les exigences liées à cet objet et aux candidatures. Il s'agit donc, en France comme en Chine, d'abord d'un régime de définition des besoins (§1) et ensuite d'un régime de publicité (§2).

§1. Le régime de définition des besoins

A l'égard de l'importance de la définition des besoins, le pouvoir réglementaire en France a remarqué en 2012 qu'« une définition précise du besoin est la garantie de la bonne compréhension et de la bonne exécution du marché »²⁵⁶, la même portée est aussi soulignée par le pouvoir réglementaire en Chine²⁵⁷. Cette importance provient en fait premièrement des considérations liées à l'économie des deniers publics et à l'intégrité publique. De ce fait, nous allons ainsi constater que la définition des besoins est toujours soumise, tant en France qu'en Chine, à un régime nettement formaliste et réglementé.

1. La définition des besoins en Chine

En l'occurrence, en Chine, pour garantir l'intégrité publique et l'économie du prix, ce ne sont pas les services fonctionnels intéressés qui définissent effectivement leurs propres besoins, même s'ils sont à la fois partie au contrat et les usagers ultimes des objets d'achat ; de plus, pour les mêmes objectifs, les services fonctionnels intéressés ne sont pas non plus compétents pour décider les modalités de mise en œuvre de l'achat. En revanche, tout cela

256 Point 4.1. Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025364925>

257 LIU Kun, « Approfondir les réformes et Réaliser l'innovation institutionnelle, créer la nouvelle situation pour la réglementation des marchés publics », *op.cit.*, p.53.

sera décidé par un autre organisme : il s'agit soit de certaines autorités administratives supérieures soit des autorités des finances publiques²⁵⁸.

En servant l'intégrité publique et l'économie du prix, une telle séparation entre les organes qui signent le contrat et ceux qui décident les objets du contrat se traduit par un régime substantiellement réglementé. Un tel caractère de réglementation existe en fait depuis la genèse du régime et persiste jusqu'à aujourd'hui.

En vertu des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi relative aux marchés publics de 2003, le régime de la définition des besoins a été très réglementé.

Précisément, les services fonctionnels qui disposent d'un budget propre doivent établir tout d'abord dans leur projet du budget un programme d'achat avec le plan de dépenses correspondant. Puis, ils doivent soumettre ce programme avec le plan à leur autorité supérieure dirigeant une série de services fonctionnels, afin de lui permettre de bien rassembler tous les programmes d'achat de ses services inférieurs. Cette autorité supérieure doit également examiner et vérifier ces programmes renvoyés, en vue de savoir s'ils sont à la fois adéquats et nécessaires au regard des besoins réels des services. Après leur ratification, ces programmes d'achat et les plans de dépense correspondants doivent ensuite être soumis aux autorités des finances publiques.²⁵⁹

S'il s'agit de l'achat au niveau du gouvernement central, le destinataire de ces programmes et ces plans sera le ministère des finances publiques. Celui-ci va tout d'abord examiner les projets de budget renvoyés par les services à leur autorité supérieure, et décider le budget final de chaque service. Ensuite, d'après ce budget final, le ministère des finances publiques va examiner le programme d'achat et le plan de dépenses de chaque service. Puis,

258 Les autorités des finances publiques désignent ici à la fois le ministère des finances publiques et les services des finances publiques provinciaux.

259 Article 14 de l'arrêté ministériel n°11 de 2000 sur le processus temporaire d'effectuer les marchés publics (2000 年财库[2000]11 号《政府采购运行规程暂行规定》第 14 条).

après sa ratification, il doit rassembler tous les besoins exprimés à travers les programmes d'achat, et établir en fonction de la nomenclature (品目和项目) un programme global d'achat du gouvernement central. D'ailleurs, dans ce programme global, le ministère des finances publiques doit en même temps décider les catalogues d'achat centralisé gouvernemental. Après quoi, le ministère des finances publiques doit renvoyer à chaque autorité supérieure le programme global d'achat avec les budgets de ses services inférieurs.²⁶⁰ Ensuite, il y aura trois possibilités en fonction de la nature des objets d'achat.

En premier lieu, lorsqu'il s'agit des objets qui rentrent dans les catalogues d'achat centralisé gouvernementaux, l'autorité supérieure doit préciser et compléter les autres exigences et conditions relatives à ces objets. Ces conditions et exigences comportent notamment les standards techniques, les quantités, les dates et les adresses de livraison etc. Après quoi, l'autorité supérieure peut établir une liste précise des objets de l'achat centralisé gouvernemental, qui doit être renvoyée au ministère des finances publiques. Ce dernier doit ensuite réexaminer et revérifier cette liste d'après le programme global et les budgets déjà ratifiés, avant de la communiquer à la centrale d'achat centralisé gouvernemental, qui va être chargé de rassembler toutes les listes et de recombinaison les besoins de même nature, puis de mettre en œuvre les achats.²⁶¹

En deuxième lieu, par rapport à des objets en dehors de ces catalogues d'achat centralisé gouvernementaux, « l'autorité supérieure doit établir des catalogues d'achat centralisé appliqués dans son seul secteur (...), en fonction du principe de l'achat centralisé et des exigences pratiques de son propre secteur. »²⁶² Puis, ces catalogues doivent être envoyés à

260 Article 10 de l'arrêté ministériel n°30 de 2001 relatif aux marchés publics des organes du gouvernement central (2001 年财库[2001]30 号《中央单位政府采购管理实施办法》第 10 条).

261 Article 13 de l'arrêté ministériel n°30 de 2001 relatif aux marchés publics des organes du gouvernement central (2001 年财库[2001]30 号《中央单位政府采购管理实施办法》第 13 条).

262 Article 11 de l'arrêté ministériel n°30 de 2001 relatif aux marchés publics des organes du gouvernement central (2001 年财库[2001]30 号《中央单位政府采购管理实施办法》第 11 条).

tous les services fonctionnels inférieurs, ensuite ces derniers vont préciser et compléter les exigences et les conditions relatives aux objets qui rentrent dans ces catégories, et établir une liste précise des objets de l'achat centralisé sectoriel qui sera renvoyée à l'autorité supérieure. Après avoir examiné et vérifié toutes ces listes, l'autorité supérieure doit rassembler et recombinaison les besoins de même nature, et ensuite décider les procédures appliquées respectivement sur les différents objets. La mise en œuvre se fera à travers les centrales d'achat centralisé établies dans son propre secteur, à défaut, par les organismes de commissionnaires sociaux.²⁶³

Enfin, par rapport à des objets qui ne rentrent ni dans les catalogues d'achat centralisé gouvernemental ni dans les catalogues d'achat centralisé sectoriel, on laisse chaque service administratif préciser les exigences et conditions relatives aux objets, et mettre en œuvre ces achats, dans le cadre du budget ratifié par le ministère des finances publiques²⁶⁴, à travers les procédures sélectionnées en vertu de la règle générale.

Après l'entrée en vigueur de la loi relative aux marchés publics en 2003, même si un arrêté ministériel de 2004 a réajusté dans une certaine mesure le régime de définition des besoins, les réajustements apportés se bornent à réorganiser les compétences entre les autorités supérieures et le ministère des finances publiques. Concrètement, cet arrêté ministériel a apporté trois points de réajustement.

En premier lieu, le pouvoir d'établir les catalogues d'achat centralisé gouvernemental est transféré, en vertu de la loi relative aux marchés publics, du ministère des finances publiques

263 Article 14 de l'arrêté ministériel n°30 de 2001 relatif aux marchés publics des organes du gouvernement central (2001 年财库[2001]30 号《中央单位政府采购管理实施办法》第 14 条). Par rapport aux organismes de commissionnaires, ils concernent les organes en dehors de l'administration mais se chargeant des mettre en œuvre toutes les procédures et démarches de l'achat, ils ont donc les mêmes fonctions au regard des centrales d'achat centralisé, rendent service principalement à l'administration qui n'a pas établi une centrale propre d'achat centralisé. Nous allons traiter spécifiquement cet organisme dans la section 2 du chapitre 2 subséquent.

264 Article 16 de l'arrêté ministériel n°30 de 2001 relatif aux marchés publics des organes du gouvernement central (2001 年财库[2001]30 号《中央单位政府采购管理实施办法》第 16 条).

au Conseil des affaires de l'Etat. Il appartient désormais à ce dernier d'établir les catalogues de l'achat centralisé gouvernemental.²⁶⁵

En second lieu, après avoir examiné les projets de budget renvoyés par les services fonctionnels à leur autorité supérieure, et décidé le budget final de chaque service, le ministère des finances publiques doit, comme était le cas avant 2003, examiner le programme d'achat et le plan de dépenses de chaque service. Néanmoins, ensuite, il n'a plus le pouvoir d'établir un programme global d'achat pour le gouvernement central. En revanche, il appartient à chaque autorité supérieure d'établir un programme d'achat centralisé gouvernemental d'après les catalogues décidés par le Conseil des affaires de l'Etat, et ensuite d'établir un programme d'achat centralisé sectoriel d'après les catalogues de même nature qu'elle formule elle-même.²⁶⁶

En troisième lieu, à la suite du réajustement précédent, lorsqu'il s'agit des objets qui rentrent dans les catalogues d'achat centralisé gouvernemental, l'autorité supérieure n'a plus besoin d'établir une liste précise des objets de l'achat centralisé gouvernemental. Cette liste est désormais remplacée par le programme d'achat centralisé susmentionné, et la nouveauté essentielle tient au fait que désormais ce programme, à savoir l'ancien liste précise des objets de l'achat centralisé gouvernemental, n'a plus à obtenir la ratification du ministère des finances publiques. En revanche, l'autorité supérieure peut l'envoyer directement à la centrale d'achat centralisé gouvernemental sous condition de la transmission simultanée de ce programme au ministère des finances publiques pour enregistrement.²⁶⁷

265 Article 7 de la loi relative aux marchés publics de 2003 ; l'article 6 de l'arrêté ministériel n°104 de 2004 relative aux marchés publics des organes du gouvernement central (2003 年《政府采购法》第 7 条, 2004 年财库[2004]104 号《中央单位政府采购管理实施办法》第 6 条).

266 Article 22 de l'arrêté ministériel n°104 de 2004 relative aux marchés publics des organes du gouvernement central (2004 年财库[2004]104 号《中央单位政府采购管理实施办法》第 22 条).

267 Article 23 de l'arrêté ministériel relative aux marchés publics des organes du gouvernement central de 2004 (2004 年《中央单位政府采购管理实施办法》第 23 条).

De l'introduction précédente, nous pouvons retenir deux caractéristiques à l'égard du régime de la définition des besoins en Chine.

Premièrement, la plupart des besoins visés par l'achat public, sauf ceux qui n'ont pas été inclus par des catalogues gouvernemental et sectoriel, n'est pas déterminée par les signataires du contrat donc les usagers ultimes des objets d'achat, en revanche, elle doit être soumise à l'examen et à la vérification des autorités des finances publiques ou des autorités supérieures. Les services administratifs n'ont généralement qu'une vocation de proposition en vue de participer à la détermination de leurs propres besoins. Une telle sorte de régime est évidemment destinée à éviter que les services fonctionnels intéressés définissent volontairement ou involontairement des besoins démesurés, par-là donc à lutter contre à la fois les corruptions éventuelles et les déprédations inutiles.

Deuxièmement, les modalités de mise en œuvre de l'achat ne sont pas non plus déterminées par des signataires du contrat, au contraire, elles sont déterminées de façon automatique en appliquant les catalogues d'achat centralisé établis, avant 2003, par des autorités des finances publiques, ou après 2003, par le Conseil des affaires de l'Etat et des autorités supérieures. Derrière cette règle, est cachée en fait la volonté du concepteur du régime de privilégier l'achat centralisé par rapport à l'achat diffus. C'est d'abord parce qu'une centralisation des activités d'achat entre les mains d'un nombre limité de centrales d'achat centralisé peut considérablement faciliter la surveillance et le contrôle pour les autorités des finances publiques²⁶⁸ ; ensuite parce qu'une centralisation des besoins de différents services fonctionnels peut aussi engendrer, au moins théoriquement, un effet d'échelle désirable.²⁶⁹ En bref, à travers la modalité de l'achat centralisé, le concepteur du régime chinois a cherché à réaliser simultanément les objectifs de l'intégrité publique et de l'économie du prix.

268 WANG Jialin, « La législation doit prendre en compte la situation du pays », Journal de finances publiques et de l'économie, février 2001 (王家林, “立法要考虑国情”, 《中国财经报》2001年2月。).

269 ZHU Shaoping, « Certaines questions sur l'application de la loi relative aux marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°2 2003, p.10 (朱少平: “关于政府采购法实施的若干问题”, 《中国政府采购》2003年第2期, 第10页).

Evidemment, la réforme apportée par l'arrêté ministériel de 2004 n'a pas changé ces deux caractères du régime, mais seulement rationalisé son fonctionnement en tenant compte notamment des exigences de la réalité politique.

D'un point de vue de sociologie politique, la conception du régime avant 2003 était réalisée entièrement par le ministère des finances publiques, il gardait donc naturellement plus de pouvoirs de ratification et de contrôle à l'égard des autres autorités administratives. Cependant, dans le processus de législation, l'institution administrative doit retrouver un point d'équilibre entre les compétences des différentes autorités administratives. Il en résulte alors que les compétences du ministère des finances publiques sont partiellement diminuées. De plus, des catalogues d'achat centralisé après la consécration du Conseil des affaires de l'Etat sont évidemment plus prestigieux au niveau pas seulement juridique mais aussi au niveau pratique, ils seront plus faciles à être acceptés par les autres autorités supérieures. Il en résulte que le ministère des finances publiques ne garde plus que le pouvoir d'examiner des budgets des services administratifs et d'examiner les programmes d'achat avec les plans de dépense attachés. Le reste de ses anciens pouvoirs a été partagé entre le Conseil des affaires de l'Etat et les autres autorités supérieures.

En fin de compte, même après l'adaptation de la législation en 2003, afin de garantir l'intégrité publique et l'économie du prix, les services fonctionnels intéressés, en tant que signataires du contrat, n'ont toujours pas le pouvoir de déterminer leurs propres besoins, ils n'ont qu'une vocation de proposition ; d'ailleurs, les modalités de mise en œuvre sont toujours déterminées de façon automatique d'après les catalogues établis soit par le Conseil des affaires de l'Etat soit par les autorités supérieures. En bref, le régime de la définition des besoins reste substantiellement réglementé.

Néanmoins, la rigueur réglementaire du régime de la définition des besoins a considérablement restreint l'efficacité et l'adéquation de l'achat. Ceci a entraîné les réformes destinées à accélérer le processus et à améliorer l'adéquation de l'achat.

En fait, même dans les textes antérieurs à 2003, le pouvoir réglementaire a déjà mentionné l'obligation de préciser la définition des besoins faite par les autorités supérieures et les services fonctionnels intéressés.²⁷⁰ Cette obligation est également soulignée par le décret d'application n°658 de la loi relative aux marchés publics en 2015, qui déclare que « sauf les cas où, en raison de la complexité technique ou de la nature spécifique liée à l'objet d'achat, il est impossible de déterminer les standards détaillés ainsi que les conditions concrètes, les besoins d'achat doivent être complets et précis. »²⁷¹ De ces articles, nous pouvons déduire que le pouvoir réglementaire tend à améliorer l'adéquation de l'achat au travers d'une définition précise des besoins. D'ailleurs, dès l'entrée en vigueur de la loi relative aux marchés publics en 2003, le pouvoir réglementaire a également commencé à souligner l'importance d'établir les budgets de façon anticipée et planifiée.²⁷² Cette exigence est encore renforcée par la réforme de la loi relative au budget public en 2015, qui impose que, pour reprendre l'expression du ministre des finances publiques, l'établissement du budget doit prendre en compte « des considérations à moyen et long terme. »²⁷³

Mais, franchement, ces mesures précitées ne sont pas suffisantes pour apporter de façon immédiate les effets favorisant l'efficacité et l'adéquation. C'est la raison pour laquelle, comme nous l'avons mentionné dans le premier chapitre, la généralisation du modèle d'accord-cadre dans les pratiques de l'achat centralisé depuis 2004 constitue une des mesures principales adoptées. Toutefois, depuis 2011 le champ d'application de l'accord-cadre est davantage limité même au sein de l'achat centralisé en raison de son utilisation abusive. Les

270 Article 16 de l'arrêté ministériel n°11 de 2000 sur le processus temporaire d'effectuer les marchés publics (2000 年财库[2000]11 号《政府采购运行规程暂行规定》第 16 条).

271 Article 15 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令第 658 号《政府采购法实施条例》第 15 条).

272 XIAO Jie, « La réglementation sur les marchés publics doit souligner l'efficacité », *Marchés publics en Chine* n°5 2004, p.9. (肖捷: “政府采购工作要注重实效”, 《中国政府采购》2004 年第 5 期, 第 9 页。).

273 LOU Jiwei, « Les trois problèmes majeurs pour l'approfondissement de la réforme des dépenses publiques », *Marchés publics en Chine* n°7 2014, p.7 (楼继伟: “深化财税改革, 三大任务最紧迫”, 《中国政府采购》2014 年第 7 期, 第 7 页。).

effets pauvres sont ainsi résumés par un haut fonctionnaire : « le principe de la concurrence n'a pas été bien respecté, l'effet d'échelle n'a pas été bien réalisé. »²⁷⁴ Afin de résoudre ces problèmes, le pouvoir réglementaire a décidé d'appliquer « l'achat centralisé en quantité (批量集中采购) »²⁷⁵, qui exige en fait « d'intervenir dans la définition des besoins de l'acheteur, voire d'établir un standard pour leurs besoins. »²⁷⁶ Ceci a abouti au fait que, au lieu de simplement ratifier les propositions des besoins de l'acheteur, le ministère des finances publiques intervient en dernier ressort dans la définition des besoins en établissant les standards officiels des besoins des services fonctionnels.²⁷⁷

Selon un arrêté ministériel entrant en vigueur au 1 septembre 2013, « les services fonctionnels disposant d'un budget au sein du gouvernement central doivent appliquer les 'standards de base relatifs aux équipements (基本配置标准)'. »²⁷⁸ Le projet de ces standards est tout d'abord formulé par la centrale d'achat centralisé gouvernementale, et ensuite est soumis à la vérification du ministère des finances publiques.²⁷⁹

En 2016, une première circulaire définissant ces standards est publiée. Cette circulaire a fixé les plafonds de quantité d'achat en fonction du travail confié au service et de son effectif, et les plafonds de prix en fonction des cours du marché, ainsi que les planchers de la durée de vie en fonction de la fréquence d'utilisation d'un article, et les exigences minimales de

274 DU Qiang, *op.cit.*, p.18.

275 Instruction n°87 de 2011 relative à l'application de l'expérimentation de l'achat centralisé en quantité pour les organes du gouvernement central (2011 年财办库[2011]87 号《关于进一步推进中央单位批量集中采购试点工作的通知》).

276 DU Qiang, *op.cit.*, p.18.

277 Le ministère des finances publiques et le bureau contre la corruption, « Approfondir la réforme du régime pour prévenir de l'origine la corruption », *Marchés publics en Chine* n°2 2012, p.36-37 (财政部与国家预防腐败局:“深化制度改革加强源头防腐”,《中国政府采购》2012 年第 2 期,第 36-37 页。).

278 Article 5 de l'arrêté ministériel n°109 de 2013 relatif au régime temporaire de l'achat centralisé en quantité pour les organes budgétaires du gouvernement central (2013 年财库[2013]109 号《中央预算单位批量集中采购管理暂行办法》第 5 条。).

279 Article 4 de l'arrêté ministériel n°109 de 2013 relatif au régime temporaire de l'achat centralisé en quantité pour les organes budgétaires du gouvernement central (2013 年财库[2013]109 号《中央预算单位批量集中采购管理暂行办法》第 4 条。)

qualité.²⁸⁰ Les quatre standards sont impératifs, les services administratifs doivent les bien respecter lorsqu'ils établissent leurs budget et qu'ils fixent leur programme d'achat avec le plan de dépenses correspondant.²⁸¹

Au travers de cette réforme, nous pouvons clairement constater que quant au régime de la définition des besoins en Chine, la nature réglementée persiste même après 2013, voire est encore renforcée dans le cadre de l'achat centralisé. La raison en tient toujours aux soucis courant l'intégrité publique et l'économie du prix.

2. La définition des besoins en France

Historiquement, la définition des besoins en France a également été soumise à des multiples contrôles à titre général ou particulier. Cela se traduit, comme c'est le cas en Chine, par un régime réglementé.

En fait, si l'on cherche à identifier en France un régime particulier réglant la définition des besoins, il faut attendre jusqu'aux années 1940. En revanche, sous l'empire des ordonnances de 1836 et de 1837 ainsi que du décret de 1882, la définition des besoins était principalement soumise à « un certain nombre de règles communes concernant l'administration. »²⁸²

D'une manière plus précise, à l'époque, les marchés publics pour le compte de l'Etat, en tant que « contrats faisant naître une dette de somme d'argent à la charge de l'Etat », exigent tout d'abord une autorisation de crédits budgétaires de la part du Parlement. Même s'il s'agit

280 Par exemple, en vertu de cette circulaire, pour acheter un ordinateur de bureau, le plafond de prix est 5000 Yuan ; la durée de vie est 6 ans au minimum, le plafond de quantité autorisé est égal à l'effectif du service à multiplier par 150% pour un service impliqué dans des affaires confidentielles, mais pour les autres acheteurs, le plafond de quantité est égal à l'effectif du service. Voir, l'annexe 1 de « Les standards n°27 de 2016 concernant les équipements courants du bureau pour les organes du gouvernement central » (2016 年《中央行政单位通用办公设备配置标准表》).

281 Article 5 de l'annexe 1 de « Les standards n°27 de 2016 concernant les équipements courants du bureau pour les organes du gouvernement central » (2016 年《中央行政单位通用办公设备家具配置标准》第 5 条。).

282 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration* (Vol.4), *op.cit.*, p.3.

d'une « autorisation impersonnelle, non individualisée »²⁸³, cette autorisation « n'est donnée qu'à certaines conditions, qui constituent autant de limitations ». Concrètement, « tout crédit budgétaire est une autorisation de dépenser pour un certain *objet*, jusqu'à concurrence d'une certaine *somme*, pendant un certain *temps* ». Donc, en premier lieu, « l'autorisation parlementaire détermine de manière précise l'objet pour lequel le ministre est autorisé à accomplir » : il faut souligner que les divisions et les subdivisions adoptées par le Parlement sont en fait très précises, par exemple, par rapport aux crédits alloués au ministère de la guerre, il y a tout d'abord une division entre les dépenses de matériel et de personnel, et ensuite pour les dépenses de matériel, « il existe une subdivision des crédits suivant qu'il s'agit des troupes métropolitaines, des troupes coloniales, des troupes du Maroc, des troupes du bassin de la Sarre, de l'armée du Levant », enfin « le budget opère de nouvelles subdivisions » encore plus concrètes²⁸⁴ ; en second lieu, « l'autorisation parlementaire (crédit) détermine, en outre, de manière précise la somme maxima jusqu'à concurrence de laquelle le ministre est autorisé à accomplir, en vue d'un certain objet, des actes juridiques (des contrats) »²⁸⁵. L'importance de ce point tient au fait qu'une somme de crédits ne vaut que pour un objet, ainsi elle « ne peut pas être utilisée pour un autre objet. » ; enfin, « la période de temps pendant laquelle l'autorisation devra être utilisée » est également précisée par l'autorisation des crédits budgétaires, « les crédits non utilisés sont annulés de plein droit, sauf exceptions. »²⁸⁶ Les trois aspects précités se combinent pour former le principe dit de spécialité budgétaire, qui révèle en effet une intention de contrôle strict du Parlement sur l'exécutif.

283 *Ibid.*, p.12.

284 Par exemple, en ce qui concerne « les dépenses des seules troupes métropolitaines : matériel de l'administration centrale ; imprimés ; bibliothèque ; archives de la guerre ; école militaire (matériel) ; établissement de l'artillerie (matériel) ; munitions pour l'instruction du tir ; établissements du génie (matériel) ; remonte ; alimentation de la troupe ; fourrage, chauffage et éclairage ; carburants et ingrédients pour véhicules automobiles ; habillement et campement ; harnachement et fourrage ; couchage et ameublement ; établissements du service de santé (matériel), etc. » Voir *Ibid.*, p.13.

285 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration (Vol.4)*, *op.cit.*, p.14.

286 *Ibid.*, p.14.

En assurant l'effectivité de cette règle, le législateur a organisé, à travers la loi du 10 août 1922, le contrôle préventif des engagements de dépenses. Cette loi a imposé de placer près de chaque ministre un agent du ministre des finances : le contrôleur des dépenses engagées. « Aucun contrat ne peut être conclu par un ministre sans que le contrôleur ait été appelé à examiner si le projet de contrat respect, à tous égards, la règle de la spécialité des crédits budgétaires. »²⁸⁷

De plus, dans certains domaines, au lieu de l'« autorisation impersonnelle, non individualisée » précitée, le Parlement peut aller encore plus loin en effectuant un contrôle individualisé. Par exemple, pour les marchés des travaux publics, l'article 1^{er} de la loi du 27 juillet 1870 a prescrit que « tous les grands travaux publics, routes nationales, canaux, chemins de fer, etc., ne peuvent être autorisés que par une loi après une enquête administrative. »

Avant les années 1940, même au sein de l'administration, il existe également un régime de contrôle, qui présentait un caractère hiérarchique.

Au niveau de l'Etat, les marchés publics doivent être en principe approuvés par le ministère. Sur ce point, l'article 17 du décret de 1882 a précisé que « sauf les exceptions spécialement autorisées ou résultant des dispositions particulières à certains services, les adjudications et réadjudications sont subordonnées à l'approbation du ministre et ne sont valables et définitives qu'après cette approbation », ce principe a été encore souligné dans les marchés de gré à gré, l'article 19 du même décret a déclaré que « les marchés passés par les délégués du ministre sont subordonnés à son approbation, si ce n'est en cas de force majeure ou sauf les dispositions particulières à certains services et les exceptions spécialement autorisées. » De plus, « il n'y a pas d'approbation implicite des contrats par le ministre à raison du silence gardé par lui pendant un certain temps après la rédaction du projet de contrat

²⁸⁷ *Ibid.*, p.17.

par les agents publics subordonnés. »²⁸⁸ De ce fait, une approbation expresse du ministre était impérative, ceci constituait ainsi une voie de contrôle importante pour les ministres.

Au niveau de la commune, tout d'abord, « le conseil municipal doit prendre une délibération *spéciale* sur *chaque* projet de contrat de la commune »²⁸⁹ ; il ne faut pas confondre ici cette délibération spéciale avec l'autorisation des crédits budgétaires, en réalité, « le maire n'est pas autorisé à passer des contrats pour la commune par le seul fait de l'inscription d'un crédit général au budget. Il faut, en outre, une délibération spéciale »²⁹⁰, et la conséquence de la violation était très grave : dépourvu de l'approbation issue de la délibération spéciale, « le contrat est inexistant »²⁹¹, sauf « certains contrats relatifs par exemple à de petits achats de mobilier ou à de petits travaux d'entretien d'immeubles de la commune, entraînant des dépenses minimales. »²⁹² Ensuite, dans tous les cas de « contrats importants », la délibération spéciale devait être encore approuvée par une autorité nationale. Il s'agit en principe de la compétence du préfet, mais « lorsque le préfet refuse son approbation ou qu'il n'a pas fait connaître sa décision dans un délai d'un mois à partir de la date du récépissé, le conseil municipal peut se pourvoir devant le ministre de l'intérieur. »²⁹³ Au-delà, en vertu de l'article 69 de la loi du 5 avril 1884, dans certains cas prescrits expressément par le législateur ou par le pouvoir réglementaire, « l'approbation doit être donnée par le ministre de l'intérieur, par décret du Président de la République. »²⁹⁴

En somme, avant les années 1940, le régime de définition des besoins présente un caractère formaliste et réglementé. En effet, la conception française a fait englober la mission de définition des besoins des services fonctionnels dans un réseau de multiples contrôles, qui

288 *Ibid.*, p.39.

289 *Ibid.*, p.49-50.

290 *Ibid.*, p.54.

291 *Ibid.*, p.53.

292 *Ibid.*, p.51.

293 *Ibid.*, p.59.

294 *Ibid.*, p.59.

se traduit notamment par un contrôle minutieux de la part du Parlement et un contrôle hiérarchisé au sein de l'exécutif.

Depuis la fin des années 1930, nous pouvons constater que les contrôles se sont encore multipliés en mettant en place un régime spécial réglant la définition des besoins des marchés publics. Cette mutation s'inscrivait en fait dans un contexte particulier : à la différence de la situation initiale où la portée des marchés publics « était modeste, tant du fait de la faiblesse des marchés publics à cette époque que de la nature relativement simple des fournitures approvisionnées »²⁹⁵, depuis le début du XXe siècle, « les travaux demandés à l'entrepreneur, l'exécution des appareils commandés au fournisseur, sont d'une technicité beaucoup plus poussée »²⁹⁶.

A la suite de la montée de la complexité et de la diversifié des besoins des acheteurs publics, « l'organisation administrative n'a cessé de se transformer pour pouvoir s'adapter à des exigences de plus en plus difficiles à satisfaire. »²⁹⁷ Schématiquement, en 1937 la commission nationale des marchés publics fut créée, pour « une mission de coordination de l'action des organes chargés de la préparation et du contrôle des marchés publics ».²⁹⁸ Ensuite, en 1940, était instituée auprès chaque ministre une commission consultative des marchés, baptisée après la réforme de 1972 « commission spécialisée des marchés », qui constitue « l'élément essentiel dans le dispositif de contrôle des marchés »²⁹⁹. A cette époque-là, ces commissions jouaient un rôle essentiel à l'établissement des cahiers des charges et des projets des marchés : un régime de contrôle spécial a été systématisé notamment à travers le décret du 6 avril 1942.

En l'occurrence, les projets des marchés « sont préparés et passés par les services

295 Jean Dupoux et Bernard Grosgeorge, *op.cit.*, p.39.

296 Marcel Waline, *op.cit.*, p.12.

297 Jean Dupoux et Bernard Grosgeorge, *op.cit.*, p.39.

298 *Ibid.*, p.39.

299 *Ibid.*, p.51.

compétents et doivent être approuvés par le secrétaire d'Etat intéressé ou un fonctionnaire délégué, (...) après avis, dans les cas et dans les conditions déterminés à l'article 2 ci-après, de la commission consultative des marchés visés audit article 2. » A l'égard des cahiers des charges, existent alors concrètement deux voies d'établissement : en premier lieu, il appartient tout d'abord au secrétaire d'Etat d'établir les cahiers de prescriptions communes, en accord avec les secrétaires d'Etat responsables de la répartition des matières premières utilisées, mais ces cahiers de prescriptions communes doivent ensuite être soumis à la commission consultative des marchés du ministère intéressé, qui « est appelée à formuler un avis : 1° Sur les cahiers des prescriptions communes (...)»³⁰⁰ ; en second lieu, la commission nationale des marchés publics, après consultation des organisations professionnelles intéressées, peut également « établir, pour certaines catégories de fournitures ou de travaux, un cahier type des prescriptions techniques communes applicables à ces fournitures ou à ces travaux » : toutes les administrations et tous les services publics pouvaient l'adopter, et ce cahier type « pourra être rendu obligatoire par arrêté du vice-président du conseil, du secrétaire d'Etat à l'économie nationale et aux finances et du secrétaire d'Etat responsable des matières premières utilisées. »³⁰¹

Après la publication du décret de 1942, sont créées successivement plusieurs organisations chargées des contrôles dans le domaine des marchés publics. Par exemple, une commission supérieure des marchés des administrations publiques est créée en 1947 « pour agir dans le domaine technique », avant d'être remplacée en 1953 par les « groupes permanents d'étude des marchés », qui « devraient définir les fournitures, uniformiser les révisions de prix et harmoniser les cahiers des prescriptions communes. » Enfin, en 1959, ces groupes ont été absorbés dans la « commission centrale des marchés » instituée par le décret du 7 janvier 1959, au sein de laquelle une section technique a été instituée et chargée

300 Articles 2 et 29 du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

301 Article 30 du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

notamment d' « étudier et proposer toute mesure tendant à la réduction du nombre des types de matériels commandés par l'Etat et les autres collectivités concernées, à la rationalisation des spécifications techniques et à l'uniformisation des documents techniques employés dans les marchés », ainsi que d'établir « les projets de cahiers des prescriptions communes applicables à tous les marchés publics ».³⁰²

Par ailleurs, les commissions consultatives auprès chaque ministère ont été remplacées en 1972 par les commissions spécialisées des marchés. Après cette réforme, les contrôles *a priori* exercés sur les marchés de l'Etat ont été en fait allégés.

Concrètement, « il s'agit d'assouplir le dispositif en réduisant le nombre des commissions et le nombre des dossiers examinés. » Par rapport au nombre des commissions, « les commissions consultatives ministérielles ont été remplacées par sept commissions spécialisées interministérielles », désormais divisées en fonction de la nature des objets (Génie civil, Bâtiment, Aéronautique, Electronique, Matériels mécaniques et d'Armement, Informatique, Approvisionnements généraux).³⁰³ Par rapport au nombre des dossiers examinés, « ne sont examinés obligatoirement que les marchés supérieurs à un certain seuil dit seuil d' « examen systématique » ; entre ce seuil et un seuil inférieur appelé seuil d' « examen sélectif », sont uniquement portés à la connaissance des commissions les marchés retenus par le président. »³⁰⁴ Enfin, il faut ajouter que la nature de l'examen a également été modifiée, « en passant de la notion de contrôle à celle de conseil. »³⁰⁵ La portée de l'avis émis par la commission a donc été allégée par rapport à la situation antérieure, André de Laubadère l'a donc qualifié d' « intervention purement consultative. »³⁰⁶

302 Jean Dupoux et Bernard Grosgeorge, *op.cit.*, p.43-44.

303 *Ibid.*, p.51.

304 *Ibid.*, p.51-52.

305 *Ibid.*, p.52.

306 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, L.G.D.J 1983, numéro 429.

En dépit de cet allègement du rôle de la commission spécialisée des marchés, le Code des marchés publics de 1964 a mis en place un régime de contrôle interne à chaque ministère. Selon l'article 202, chaque ministre peut alors librement fixer des contrôles en dehors des contrôles institués par les textes généraux en matière de dépenses de l'Etat, à travers soit un arrêté général soit des décisions prises pour chaque service ou chaque catégorie de marchés. Un tel contrôle additionnel pouvait porter sur la préparation des marchés intéressés, notamment sur le rapport rédigé par la personne responsable du marché qui « définit la nature et l'étendue des besoins à satisfaire, ainsi que le montant prévu de l'opération. »³⁰⁷

Entrant dans les années 1980, le régime de la définition des besoins en France n'a pas beaucoup changé, sauf que l'approbation d'une autorité nationale sur la délibération des collectivités territoriales n'est plus nécessaire pour son exécution à cause de la réforme de décentralisation territoriale en 1982 : désormais la seule obligation pesant sur les collectivités territoriales sur ce point est de transmettre la délibération au représentant de l'Etat, qui dispose ensuite de pouvoir à la déférer au juge administratif, si elle l'a trouvé illicite.³⁰⁸

Donc, en comparant le régime de la définition des besoins en France et en Chine, nous pouvons proposer deux remarques.

En premier lieu, un simple constat s'impose en France comme en Chine, c'est que la définition des besoins est toujours soumise à certains contrôles assez stricts avec un caractère réglementé. D'une manière encore plus poussée, les objectifs derrière ce caractère sont également analogues en France et en Chine : concrètement, il s'agit d'éviter à la fois la corruption éventuelle et les déprédations inutiles, les objectifs s'attachent alors essentiellement à l'économie des deniers publics et à la garantie de l'intégrité publique.

307 Article 203 du code des marchés publics de 1964.

308 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, point 422 bis.

En second lieu, par rapport au moyen de contrôle adopté dans ces deux pays, il se présente cependant tout de suite à l'esprit avec une différence très visible, puisque le moyen de contrôle en Chine consiste essentiellement en un contrôle hiérarchique au sein de l'administration, alors que en France il se développe en trois procédés : contrôles effectués par le Parlement et par des commissions techniques ou professionnelles, qui sont tous importants et fructueux en France. A la réflexion, toutefois, on s'aperçoit que la différence ici ne constitue pas vraiment un écart fondamental, pour les deux raisons suivantes. Premièrement, la réforme budgétaire en Chine lancée depuis 2014 souligne particulièrement l'établissement d'un contrôle précis sur les objets et les montants des crédits budgétaires alloués.³⁰⁹ De ce fait, nous pouvons penser que l'évolution en Chine du régime corrélatif s'avance en fait dans la même ligne que le modèle français, un contrôle comme celui effectué par le Parlement en France apparaîtra donc vraisemblablement à l'avenir de la Chine.

Ensuite, le rôle joué par les commissions variables au titre technique ou professionnel en France correspond au moins en partie au rôle joué par les centrales d'achat centralisé et les organismes de commissionnaires sociaux en Chine : d'un côté, comme nous allons le montrer dans la section suivante, on exige également du personnel qu'il soit qualifié au titre technique ou professionnel³¹⁰ ; d'un autre côté, même si la centrale d'achat centralisé ou l'organisme de commissionnaire en Chine se chargent principalement de la mise en œuvre de la procédure de passation, ils participent davantage à la définition des besoins, sachant que selon l'arrêté

309 LOU Jiwei, « La mise en œuvre stricte de la nouvelle loi budgétaire et le renforcement de la réglementation du budget », *Marchés publics en Chine* n°9 2014, p.6-7 (楼继伟：“认真贯彻新预算法依法加强预算管理”，《中国政府采购》2014 年第 9 期，第 6-7 页。) .

310 Par exemple, pour un organisme de commissionnaire attribué la qualité « A », les techniciens issus des écoles d'enseignement technique doivent occuper au moins 70%, les techniciens possédant le haut niveau du titre technique doivent occuper au moins 20%, voir l'article 5, l'article 22 paragraphe 2 de l'arrêté ministériel n°61 de 2010 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2010 年财政部令第 61 号《政府采购代理机构资格认定办法》，第 5 条，第 22 条第 (二) 项) ; Pour celui attribué la qualité « B », les proportions correspondantes doivent être 50% et 10%, voir l'article 5, l'article 21 paragraphe 7 de l'arrêté ministériel n°61 de 2010 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2010 年财政部令第 61 号《政府采购代理机构资格认定办法》，第 5 条，第 21 条第 (七) 项) .

ministériel de 2013, le projet des « standards de base relatifs aux équipements (基本配置标准) » doit être tout d’abord formulé par la centrale d’achat centralisé gouvernementale, et ensuite soumis à la vérification du ministère des finances publiques.³¹¹

En somme, il faut admettre que les régimes de définition des besoins en France et en Chine se ressemblent par plusieurs aspects : en vue d’économiser les deniers publics et de garantir l’intégrité publique, la définition des besoins est toujours soumise à un certain contrôle, en France comme en Chine, avec un caractère réglementé, à travers des procédés multiples à l’état actuel ou futur, notamment le contrôle parlementaire, le contrôle hiérarchique administratif et le contrôle au titre technique ou professionnel.

§2. Le régime de publicité

Après la définition des besoins, l’acheteur public en Chine comme en France doit ensuite essayer de trouver des fournisseurs susceptibles de répondre à travers la procédure de passation du contrat. Dans cette étape, le régime des marchés publics français comme celui chinois exigent toujours de respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence. Ici, on se bornera à exposer et à comparer les régimes de publicité en France et en Chine, et on renverra l’étude du problème lié au déroulement de la mise en concurrence à la section suivante.

1. L’obligation de publicité en Chine

Comme le pouvoir réglementaire chinois l’a bien résumé dans un arrêté ministériel, les obligations de publicité répondent principalement à deux objectifs, à savoir « augmenter la transparence des activités de l’achat public et promouvoir la concurrence équitable. »³¹²

311 Article 4 de l’arrêté ministériel n°109 de 2013 relatif au régime temporaire de l’achat centralisé en quantité pour les organes budgétaires du gouvernement central (2013 年财库[2013]109 号《中央预算单位批量集中采购管理暂行办法》第 4 条。).

312 Article 1 de l’arrêté ministériel n°19 de 2004 relatif aux publicités des informations des marchés publics (2004 年财政部令第 19 号《政府采购信息公告管理办法》，第 1 条。).

L'effet de la publicité et de la transparence peut ainsi être résumé en deux points : d'abord, garantir l'intégrité publique à travers la mise en « lumière », et ensuite, favoriser la concurrence en incitant autant que possible les concurrents à participer la compétition : à travers le simple jeu de la compétition, les procédures de mise en concurrence permettent de trouver le moins-disant sous réserve de respecter des exigences minimales liées à la qualité.³¹³ Enfin, il convient encore de rappeler que les délais de publication constituent aussi un élément non-négligeable : la détermination des délais dépend en fait d'un arbitrage entre la nécessité de l'effectivité de la concurrence, qui constitue une des conditions préalables de l'économie du prix et de l'intégrité publique, et l'efficacité de la procédure, dont dépend une partie de la qualité de prestation de l'achat public.

Nous allons montrer que, pour aboutir à ces effets désirés, le pouvoir réglementaire et le législateur en Chine ont précisé et imposé à la fois les voies de publicité et leur contenu ainsi que les délais de la publication. Ceci a abouti enfin à un régime très réglementé, les marges discrétionnaires laissées aux acheteurs publics sur ces points sont ainsi très limitées.

En 1999, le pouvoir réglementaire chinois a imposé d'abord que l'acheteur public publie les avis d'appel d'offres dans «les journaux, les sites web ou les autres médias désignés par le ministère des finances publiques ou par les gouvernements provinciaux. »³¹⁴ Les contenus indispensables de l'avis et des dossiers de consultation sont aussi énumérés dans le même article : l'avis de l'appel d'offres ouvert doit contenir « le nom et l'adresse de l'acheteur public, la nature et la quantité de l'achat avec le lieu de mise en œuvre, ainsi que les moyens d'obtenir les dossiers de consultation etc. »³¹⁵ S'agissant des contenus de dossiers de

313 YU An, « L'interprétation sur les trois principaux arrêtés ministériels en matière de marchés publics publiés par le ministère des finances publiques », *Marchés publics en Chine* n°10 2004, p.4-5 (于安：“财政部政府采购三大基本规章解读”，《中国政府采购》2004 年第 10 期，第 4-5 页。) .

314 Article 25 de l'arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics (1999 年财预字 [1999]0139 号《政府采购管理暂行办法》第 25 条。) .

315 Article 25 de l'arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics (1999 年财预字 [1999]0139 号《政府采购管理暂行办法》第 25 条。) .

consultation, « les dossiers de consultation doivent contenir les conditions et les exigences de nature substantielle, ainsi que les articles essentielles pour le contrat à l'avenir ». Il est facile de constater qu'à cette époque-là les médias désignés et les contenus énumérés restaient encore très sommaires, ceci constitue en fait une omission majeure de cet arrêté.

Toutefois, la même année, un autre arrêté ministériel a été ensuite publié, qui a mieux concrétisé les voies et les contenus de publicité. L'omission est ainsi immédiatement corrigée.

Dans cet arrêté, le ministère des finances publiques a désigné « le journal des finances et économie de la Chine » en tant que le média officiel chargé de diffuser les avis d'appel d'offres. Les publications des avis dans ce seul journal sont ainsi obligatoires, même si cet arrêté a permis aussi aux acheteurs publics de publier simultanément les avis d'appel d'offres dans les médias désignés par les autorités des finances publiques provinciales, mais ceci ne constitue qu'une faculté.³¹⁶

D'ailleurs, à travers cet arrêté, le pouvoir réglementaire a réorganisé les contenus indispensables pour l'avis de l'appel d'offres ouvert en ajoutant notamment la date de la livraison, les exigences pour la candidature, la méthode pour évaluer les offres, le délai et le lieu pour déposer les offres ainsi que le temps et le lieu pour l'ouverture des enveloppes.³¹⁷ Il a également établi une nouvelle liste détaillée pour les dossiers de consultation en définissant onze points obligatoires.³¹⁸

En 2000, grâce à la publication de l'arrêté ministériel n°7 de 2000 relatif à la publicité des informations relatives aux marchés publics, le champ soumis aux obligations de publicité a été considérablement élargi. Il y a désormais trois blocs d'informations soumises à

316 Article 3 de l'arrêté ministériel n°363 de 1999 relatif au régime temporaire de l'appel d'offre (1999 年财预字 [1999]363 号《政府采购招标投标管理暂行办法》第 3 条。).

317 Article 4 de l'arrêté ministériel n°363 de 1999 relatif au régime temporaire de l'appel d'offre (1999 年财预字 [1999]363 号《政府采购招标投标管理暂行办法》第 4 条。).

318 Article 5 de l'arrêté ministériel n°363 de 1999 relatif au régime temporaire de l'appel d'offre (1999 年财预字 [1999]363 号《政府采购招标投标管理暂行办法》第 5 条。).

l'obligation de publicité : en premier lieu, les normes réglant les marchés publics, comme les lois, les décrets, les règlements et les catalogues ; en second lieu, les informations sur le déroulement de la procédure de concurrence, comme les avis et les dossiers d'appel d'offres, les avis d'attribution du contrat, les informations sur le pré-examen de qualification ; enfin, les résultats de contrôle et de traitement, comme les plaintes déposées et les infractions commises ainsi que les sanctions qui en découlent. D'ailleurs, toutes les modifications touchant informations doivent être ensuite publiées dans les mêmes sources.³¹⁹ Les contenus précis de ces publications sont aussi expressément énumérés dans les articles suivants.³²⁰ Donc, en comparant avec les textes de 1999, le champ et le contenu des informations soumis aux obligations de publicité selon l'arrêté de 2000 sont à la fois plus amples et plus détaillés.

Après l'entrée en vigueur de la loi relative aux marchés publics en 2003, le principe de publicité est confirmé dans l'article 11. Selon cet article, les informations relatives aux marchés publics doivent être publiées dans les médias désignés par les autorités des finances publiques, qui incluent un web site, deux revues nationales et un journal national.³²¹ Même si cet article n'a pas mentionné les médias désignés par les autorités des finances publiques provinciales, la possibilité de publier dans ces médias est ensuite affirmée par l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services. De plus, bien que dans cet arrêté les médias locaux gardent toujours une place marginale, leur intervention n'est plus totalement facultative : en vertu de ses articles 14 et 15, pour la procédure d'appel d'offres ouverte, l'acheteur public doit publier son avis dans les médias désignés par le ministère des finances publiques, mais pour la

319 Article 7 de l'arrêté ministériel n°7 de 2000 relatif aux publicités des informations des marchés publics (2000 年财库[2000]7 号《政府采购信息公告管理办法》第 7 条。).

320 Articles 8-11 de l'arrêté ministériel n°7 de 2000 relatif aux publicités des informations des marchés publics (2000 年财库[2000]7 号《政府采购信息公告管理办法》第 8-11 条。).

321 Le web site de « CCGP », les revues de « Marchés publics en Chine » et « Finances publiques en Chine », le journal de finances publiques et de l'économie (“ 中国政府采购网”, 《中国政府采购杂志》, 《中国财政杂志》, 《中国财经报》).

procédure d'appel d'offres restreinte, outre la publication dans ces médias nationaux, il faut publier simultanément dans les médias désignés par les autorités des finances publiques provinciales.³²² D'ici, nous pouvons ainsi constater une augmentation de l'importance des médias locaux.

En ce qui concerne le champ soumis aux obligations de publicité, selon un nouvel arrêté publié en 2004, les trois blocs d'information soumise à l'obligation de publicité sont maintenus comme posé en 2000. Semblablement, les contenus indispensables pour la publication de ces informations n'ont pas beaucoup changé, sauf que, sur quelques points, le texte de 2004 est plus ample et plus détaillé à l'égard des énumérations que la législation de 2003.³²³ Par exemple, cet arrêté de 2004 a établi une liste des contenus indispensables pour l'avis de l'appel d'offres restreint, il a aussi complété la liste pour les avis d'attribution du contrat en ajoutant notamment les éléments concrets de l'achat en espèces comme la quantité de l'achat, l'utilité de l'objet de l'achat, les exigences techniques pour l'objet de l'achat, la date de l'exécution du contrat, ainsi que les informations sur les membres de la commission de l'appel d'offres.

L'obligation de publicité se développe toujours dans le même ordre d'idées, même après 2013 : en premier lieu, le champ soumis aux obligations de publicité s'élargit encore. Selon la circulaire publiée le 17 juillet 2015, les budgets et les contrats des marchés publics doivent désormais également être mis en lumière,³²⁴ l'objectif de cette mesure est d'établir la

322 Articles 14 et 15 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年财政部令第 18 号《政府采购货物和服务招标投标管理办法》第 14, 15 条。).

323 Articles 17 et 18 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年财政部令第 18 号《政府采购货物和服务招标投标管理办法》第 17, 18 条。).

324 La paragraphe 2 de l'article 2 du circulaire n°135 de 2015 relatif à l'amélioration des réglementations sur les publicités des informations des publics marchés (2015 年财库[2015]135 号《关于做好政府采购信息公开工作的通知》第二 (二) 点。).

transparence de tout processus d'achat (全流程公开)³²⁵. En second lieu, par rapport aux voies de publicité, cette même circulaire fait encore monter l'importance des médias locaux : désormais, pour tous les achats issus du budget du gouvernement central, les informations correspondantes doivent être publiées dans les médias désignés par le ministère des finances publiques, mais pour tous les achats issus du budget des gouvernements provinciaux, leurs informations doivent être publiées dans les médias désignés par les autorités des finances publiques provinciales, sauf les cas où la valeur du contrat dépasse 5 Milliards de Yuan, dans ce cas, les informations doivent être publiées simultanément dans les médias nationaux et locaux.³²⁶ En bref, les voies de publicité d'un achat doivent être désormais distribuées en fonction du niveau de budget engagé pour cet achat, à l'exception des achats assez importants.

En ce qui concerne les délais de la publication, le principe a été fixé par l'article 27 de l'arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics, les articles 13 et 14 de l'arrêté ministériel n°363 de 1999 réaffirment ce principe. Selon ces articles, le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 20 jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. Le même article impose également que toutes les modifications ou les clarifications apportées sur les dossiers d'appel public par l'acheteur public doivent être publiées 15 jours à l'avance du dernier jour de réception des offres.³²⁷ Sur ces délais, la loi relative aux marchés publics de 2003 n'apporte aucun changement. La seule nouveauté qui mérite d'être mentionnée provient en fait de l'article 31 du décret d'application n°658 de la loi relative aux marchés publics de 2015, qui ajoute que si, après la publication des modifications ou des clarifications, la période restant pour la

325 LIU Kun, « Les interprétations sur le décret d'application de la loi relative aux marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°5 2015, p.16. (刘昆：“解读政府采购法实施条例”，《中国政府采购》2015年第5期，第16页。).

326 La paragraphe 3 de l'article 2 du circulaire n°135 de 2015 relatif à l'amélioration des réglementations sur les publicités des informations des publics marchés (2015年财库[2015]135号《关于做好政府采购信息公开工作的通知》第二(三)点。).

327 Article 27 de l'arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics (1999年财预字[1999]0139号《政府采购管理暂行办法》第27条。).

réception des offres est inférieur à 15 jours, le délai de réception des offres doit être prolongé de façon correspondante, afin de réserver au moins 15 jours pour que les candidats puissent reconstituer ou ajuster leurs dossiers d'offre.³²⁸ Ceci autorise en réalité pour la première fois une dérogation au délai de principe sur la réception des offres.

En somme, de cette courte histoire du développement de l'obligation de publicité en Chine, nous pouvons extraire trois tendances de développement du régime de publicité en Chine : d'abord, les voies de publicité s'élargissent ; ensuite, le champ et les contenus soumis à l'obligation de publicité deviennent de plus en plus amples et détaillés ; enfin, les délais de la publication restent toujours assez courts en général, même s'ils commencent à accepter certaines dérogations. Les deux premières tendances de développement ont donc abouti à une transparence plus ample et plus profonde, qui est réputée fondamentale pour à la fois l'intégrité publique et l'effectivité de la concurrence ; la dernière tendance révèle en fait l'importance allouée à l'efficacité de la procédure de l'achat, puisqu'évidemment un délai trop long de réception des offres risque de porter atteinte à l'efficacité de la procédure de l'achat. De plus, il convient de souligner que les trois aspects de l'obligation de publicité restent minutieusement déterminés par des textes juridiques à valeur impérative, les acheteurs publics n'ont pas la marge discrétionnaire de choisir ni les voies ni les contenus ni les délais de publication. En revanche, ils doivent respecter les règles imposées par les textes précités, qui se formulent et se complètent davantage dans les dernières dizaines années. L'objectif d'un tel caractère réglementé ne tient pas seulement et simplement à assurer une transparence ample et profonde, mais consiste à construire et à maintenir, dans un climat de méfiance vers chaque acheteur public concret, une transparence véritablement effective. De cette raison contextuelle, nous pouvons ainsi facilement comprendre qu'en vue d'assurer l'efficacité de la procédure et l'intégrité publique ainsi que l'effectivité de la concurrence suivante, ce caractère

328 Article 31 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 31 条。).

réglementé est presque inévitable.

2. L'obligation de publicité en France

Comme Gaston Jèze l'a bien remarqué, la publicité, « c'est la garantie que tout se passera correctement ».³²⁹ Nous allons montrer que, comme c'est le cas en Chine, pour assurer à la fois l'économie du prix et l'intégrité publique ainsi que l'efficacité de la procédure de l'achat, le pouvoir réglementaire en France a bien précisé et déterminé les voies et les contenus de la publicité ainsi que les délais de publication. Par-là, nous pourrions clairement constater qu'un caractère réglementé est attaché au régime de publicité en France comme en Chine. Cependant, naturellement, c'est un parcours évolutif du point de vue historique.

Depuis les ordonnances de 1836 et de 1837, la publicité a été consacrée comme un principe fondamental du régime des marchés publics : « tous les marchés au nom de l'Etat seront faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions mentionnées à l'article suivant. »³³⁰ Toutefois, au début, les exigences concrètes en résultant restaient très vagues pour les trois aspects de l'obligation de publicité.

Concrètement, en ce qui concerne les délais de la publication, l'article 6 de l'ordonnance de 1836 a imposé que l'avis des adjudications soit publié un mois à l'avance, mais le texte réservait par la suite une exception en disant « sauf les cas d'urgence » ; le point le plus grave tient au fait que cette ordonnance gardait le silence à la fois sur la définition précise de ces cas d'urgence et les délais alternatifs en résultant,³³¹ ce qui laissait une incertitude évidente. S'agissant des voies de publicité, le même article a imposé que, outre la voie d'affichage, il convient également d'utiliser « tous les moyens ordinaires de publicité »³³² : la juxtaposition

329 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration (Vol.4)*, op.cit., p.83.

330 Le premier article de l'ordonnance du 4 décembre 1836 sur les marchés passés au nom de l'Etat.

331 Article 6 de l'ordonnance du 4 décembre 1836 sur les marchés passés au nom de l'Etat.

332 Article 6 de l'ordonnance du 4 décembre 1836 sur les marchés passés au nom de l'Etat.

de deux moyens de publicité prouve justement l'importance attribuée par le pouvoir réglementaire à la publicité, mais d'un côté, la localité d'affichage n'était pas précisée, d'un autre côté, le contenu précis de ces « moyens ordinaires de publicité » restait subjectif. Par rapport aux contenus de la publicité, le même article a énuméré trois sortes d'informations indispensables : « 1° le lieu où l'on pourra prendre connaissance du cahier des charges ; 2° les autorités chargées de procéder à l'adjudication ; 3° le lieu, le jour et l'heure fixés pour l'adjudication. »³³³ Il s'agit en fait d'une énumération des plus sommaires quant aux informations indispensables pour un avis des adjudications.

Sans remédier à ces éléments d'imprécision, le décret du 18 novembre 1882 a apporté deux changements sur les autres points : en premier lieu, le délai de réception des offres était désormais raccourci à 20 jours au lieu de 1 mois ; en second lieu, d'après ce décret, l'ouverture de l'adjudication au public, ou l'« enchère publique », était aussi incluse dans l'obligation de publicité.³³⁴

A un certain degré, les points flous précités ont enfin été comblés par les instructions des ministères, mais, comme nous allons le voir, les précisions qui en résultent n'ont en réalité pas limité les marges discrétionnaires de l'administration. Par exemple, par rapport aux voies de publicité, d'un côté, l'article 4 de l'instruction sur les marchés d'armements a ajouté que « dès que le chef de service a reçu l'ordre de procéder à l'adjudication, il détermine, au mieux des intérêts de l'Etat, la localité où aura lieu cette adjudication, (...) Des affiches, établies par le chef de service, sont apposées non seulement dans la localité où le marché doit être exécuté, mais aussi dans les autres localités où l'on suppose qu'il peut se trouver des personnes disposées à concourir à l'adjudication »³³⁵, d'un autre côté, le même article de cette instruction a ajouté que « des avis d'adjudication sont insérés au moins dans un des journaux

333 Article 6 de l'ordonnance du 4 décembre 1836 sur les marchés passés au nom de l'Etat.

334 Article 2 du décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat.

335 Article 4 de l'instruction du 15 juin 1903 pour la passation des marchés du département de la guerre, 2^e édition.

de la localité et dans les autres journaux désignés par le ministre »³³⁶ ; par rapport à l'exception des cas d'urgence sur les délais de publication, l'article 5 de la même instruction a précisé que « le délai peut être réduit dans les cas d'urgence avec l'autorisation du ministre. »³³⁷ Evidemment, les fissures laissées par le pouvoir réglementaire ont été en majorité infiltrées par les compétences des chefs de service, notamment par les ministres, comme montrent les exemples évoqués ci-dessus.

Nous pouvons ainsi conclure que les exigences concrètes de l'obligation de publicité n'étaient pas assez concrétisées à cette époque-là, même si les instructions issues des ministères ont apporté certains compléments : les acheteurs publics, notamment les ministres, disposaient en réalité d'une grande marge discrétionnaire.

Toutefois, « le régime de la passation des marchés publics (...) a été complètement remanié et transformé par le décret du 6 avril 1942. »³³⁸ En ce qui concerne le régime de publicité, le décret de 1942 a en premier lieu commencé à adapter les exigences concrètes de publicité en fonction des procédures différentes de passation, et a en second lieu pris en compte encore plus de cas exceptionnels.

Sur le premier point précité, tout d'abord, le décret de 1942 a établi un régime spécifique de publicité réservé à cette nouvelle procédure d'appel d'offres. Précisément, dans cette procédure les contenus de publicité ont été légèrement enrichis, en imposant que « les conditions auxquelles doivent répondre les offres, le règlement du concours, lorsqu'il en est organisé, notamment dans le cas prévu à l'article 5 ci-dessus, et le délai dans lequel les offres doivent être remises sont portés à la connaissance soit du public, soit des seuls entrepreneurs ou fournisseurs choisis par l'administration. »³³⁹ Ensuite, contrairement aux textes antérieurs,

336 Article 4 de l'instruction du 15 juin 1903 pour la passation des marchés du département de la guerre, 2^e édition.

337 Article 5 de l'instruction du 15 juin 1903 pour la passation des marchés du département de la guerre, 2^e édition.

338 Roger Bonnard, *op.cit.*, p.151.

339 Article 21 du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

l'article 23 pose que les marchés conclus par entente directe sont désormais soumis à l'obligation de publicité : plus précisément, « lorsqu'un marché doit être passé par entente directe avec le fournisseur ou l'entrepreneur, il appartient au service intéressé d'assurer dans toute la mesure du possible la publicité préalable et la concurrence, sans qu'il soit obligatoirement recouru à l'une des procédures définies par les articles 10 à 21 ci-dessus. »³⁴⁰ En bref, même si les marchés par entente directe devaient désormais être soumis à l'obligation de publicité, le service intéressé restait libre d'adopter les exigences concrètes en résultant.

Sur le second point précité, à la différence de la situation antérieure où le seul cas d'exception était les cas d'urgence, le décret de 1942 a précisé deux cas exceptionnels qui devaient donc être soumis à des exigences particulières de publicité. Tout d'abord, il s'agit du cas où une modification au cahier des charges doit être intervenue après la publication de l'avis des adjudications, dans ce cas, le décret de 1942 a imposé que « il ne peut être apporté aucune modification au cahier des charges sans qu'il soit recouru à une nouvelle publicité. »³⁴¹ Ensuite, il s'agit du cas dans l'adjudication restreinte où « les circonstances exceptionnelles de rapidité ou de secret » s'opposent à l'application de la même forme de publicité que pour l'adjudication publique ouverte, « pour des motifs intéressant la défense nationale. »³⁴²

Evidemment, les deux nouveautés apportées par le décret de 1942 ont assoupli le régime de publicité, en permettant à l'obligation de publicité de mieux s'adapter aux procédures particulières ou aux cas exceptionnels. Mais les assouplissements n'équivalent pas au laisser-faire : le décret du 13 mars 1956 a ensuite complété et précisé les exigences concrètes de l'obligation de publicité.

340 Article 23 du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

341 Article 12 du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

342 Article 16 du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

En premier lieu, les voies de publicité ont été réorganisées. Désormais, à part la voie d’affichage et « tous autres moyens de publicité », le pouvoir réglementaire a indiqué spécifiquement une autre possibilité, à savoir la voie « d’insertion dans un bulletin spécial ». En second lieu, par rapport aux délais de la publication, même si le délai de principe restait de 20 jours, le décret de 1956 a imposé finalement un plancher pour les cas d’urgence : désormais, dans ce cas « le délai peut être réduit à dix jours ». Enfin, les contenus de l’avis d’adjudication ou d’appel d’offres ont considérablement enrichis, le décret de 1956 a encore ajouté quatre sortes d’informations indispensables, il s’agit de l’objet du marché, du lieu où l’on peut prendre connaissance du modèle de soumission, du lieu et de la date limite de réception des soumission, ainsi que, des justifications à produire concernant les qualités et capacités exigées des soumissionnaires.³⁴³

A la suite de l’entrée en vigueur du Code des marchés publics en 1964 et des textes complémentaires sous son empire, le régime de publicité a été encore sensiblement réformé, tout en gardant l’idée directrice inscrite dans les textes de 1942 et de 1956, à savoir d’imposer des exigences de publicité de plus en plus détaillées pour chaque cas de plus en plus précis.

Concrètement, par rapport aux voies de publicité, l’avis d’adjudication devait être en principe publié par « une insertion faite dans une publication habituée à recevoir des annonces légales », complétée éventuellement selon les instructions administratives par des voies accessoires comme « l’affichage, les avis insérés dans les journaux corporatifs ou techniques, les annonces aux chambres de commerce et d’industrie ou aux chambres de métier, etc. »³⁴⁴ En revanche, si le montant du marché est supérieur à 800.000 F, une obligation s’impose : « l’insertion est faite au *Bulletin officiel des Annonces de Marchés publics* »³⁴⁵ ; de plus, pour certains marchés de travaux et de fournitures, si le montant est « supérieur ou égal aux seuils

343 Article 17 du décret du 13 mars 1956 relatif aux marchés passés au nom de l’Etat.

344 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.595.

345 *Ibid.*, p.595.

fixés par l'arrêté du 12 mai 1981, (...) la publication doit être assurée dans le *Journal Officiel des Communautés européennes*. »³⁴⁶ D'ici, une tentative d'équilibrer l'efficacité de la procédure de l'achat et l'effectivité de concurrence peut être facilement constatée, sachant que pour les marchés dont le montant est moins important, le surcoût généré par une publication dans le BOAMP ou le JOCE peut être un facteur de déséquilibre au regard des profits éventuels résultant de cette publication.

En ce qui concerne les délais de la publication, le délai minimum dans l'adjudication ouverte était de 36 jours, celui dans l'adjudication restreinte était de 21 jours ; ces délais pouvaient être réduits à 10 jours et 12 jours dans les cas d'urgence par décision de la personne responsable du marché. Dans l'appel d'offres, il faut également distinguer cas normaux et cas d'urgence : dans les cas normaux, le délai minimum pour l'appel d'offres ouvert était de 30 jours, celui pour l'appel d'offres restreint était de 21 jours, mais dans les cas d'urgence, ces délais pouvaient être réduits à 8 jours et 12 jours. Enfin, il ne faut pas oublier les cas où les avis devaient être publiés dans le Journal Officiel des Communautés européennes, dans ce cas, « les délais de réception des soumissions sont également de 36 jours et de 21 jours », mais, « ils sont portés à 42 jours (adjudication ouverte) et 30 jours (adjudication restreinte) pour les marchés de fournitures de l'Etat et des établissements publics nationaux à caractère administratif d'un montant supérieur à 1.100.000 F. »³⁴⁷ Ces délais s'appliquent également dans les appels d'offres ouvert et restreint.³⁴⁸ Dans la distinction entre les délais pour les cas normaux et les cas d'urgence, nous pouvons également identifier une tentative d'équilibrer l'efficacité de la procédure d'achat avec l'effectivité de la concurrence suivante, puisqu'évidemment une durée de publication trop longue peut être favorable à l'effectivité de la concurrence, mais est également susceptible de limiter l'efficacité de la procédure d'achat.

³⁴⁶ *Ibid.*, p.595.

³⁴⁷ *Ibid.*, p.596.

³⁴⁸ *Ibid.*, p.636-637.

S'agissant des contenus de publicité, tout d'abord, le Code des marchés publics en 1964 a enrichi les informations indispensables pour les marchés normaux : par exemple, il n'impose pas seulement la publication de l'objet du marché dans l'avis comme c'était le cas dans le décret de 1956, mais il a également imposé d'insérer dans l'avis « leurs caractéristiques principales, le nombre et la consistance des lots et les modalités de leur attribution ». En second lieu, le Code de 1964 a ajouté plusieurs situations exceptionnelles et fixé ainsi les informations nécessaires adaptées, comme dans le cas de marchés de conception-réalisation : l'avis d'appel d'offres à la concurrence devait encore inclure « - les motifs d'ordre technique qui rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage ; - l'indication des prestations que devront fournir les concurrents ; - le cas échéant, la forme juridique sous laquelle les attributaires du marché devront être groupés, la composition minimale du groupement et la qualité du mandataire ; - le cas échéant, le contenu de la mission qui sera confiée aux concepteurs de l'équipe attributaire du marché »³⁴⁹. Enfin, à la différence des textes antérieurs, le Code de 1964 a établi une liste des informations indispensables pour le règlement de consultation, qui a inclus plusieurs éléments qui n'ont pas été inscrits dans la liste de l'avis précitée : par exemple, le règlement de consultation devait indiquer « les conditions dans lesquelles les variantes sont admises », ainsi que « le mode de règlement du marché » etc.³⁵⁰

En somme, à cette époque-là, le régime de publicité a devenu de plus en plus sophistiqué. Le pouvoir réglementaire est intervenu dans tous les cas, soit classiques soit spécifiques, pour déterminer les règles de publicité les plus adaptées. Derrière ce régime sophistiqué, comme nous avons déjà révélé, c'est toujours un jeu d'équilibre entre l'efficacité de la procédure de l'achat et l'effectivité de la concurrence, cette dernière s'attache en fait principalement à deux objectifs, à savoir l'économie du prix et l'intégrité publique.

349 L'alinéa 2 de l'article 38 du code des marchés publics de 1964.

350 Article 38bis du code des marchés publics de 1964.

Le code des marchés publics en 2001 n'a pas substantiellement changé l'idée générale retenue par les textes d'autrefois. D'après ce code, les voies et les contenus de publicité ainsi que les délais de la publication étaient toujours déterminés de façon détaillée par le pouvoir réglementaire.

En premier lieu, les voies de publicité sont clairement déterminées en fonction du montant du marché. Précisément, selon le code de 2001, lorsque le montant d'un marché est inférieur à 130.000 euros HT pour l'Etat, ou à 200.000 euros HT pour les collectivités territoriales, l'acheteur public peut choisir d'insérer l'avis « dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales »³⁵¹ ; au-delà de ces seuils, l'acheteur public est tenu à publier l'avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics³⁵² ; de plus, si le montant d'un marché de l'Etat est supérieur à 130.000 euros HT pour les fournitures ou les services ou supérieur à 5.000.000 euros HT pour les travaux, l'avis concernant ce marché doit être publié au Journal officiel des Communautés européennes, le seuil correspondant pour les collectivités territoriales est de 200.000 euros HT pour les marchés de fourniture et de service et de 5.000.000 euros HT pour les marchés de travaux.³⁵³ C'est évident que, sous l'empire du code de 2001, l'acheteur public n'a pas beaucoup de marge discrétionnaire à décider les voies de publicité.

En second lieu, les délais de la publication sont également fixés par le pouvoir réglementaire. Concrètement, il y a trois changements qui méritent d'être mentionnés : tout d'abord, les délais minimum de réception des offres pour l'appel d'offres ouvert sont désormais prolongés à 52 jours, les délais minimum de réception des candidatures pour l'appel d'offres restreint sont aussi prolongés à 37 jours³⁵⁴ ; ensuite, les cas d'urgence ne

351 L'alinéa 2 de l'article 40 du code des marchés publics de 2001.

352 L'alinéa 4 de l'article 40 du code des marchés publics de 2001.

353 L'alinéa 3 de l'article 40 du code des marchés publics de 2001.

354 Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, Groupe imprimerie nationale éditions techniques, 2002, p.190-191.

peuvent plus engendrer la réduction des délais que dans les cas où sont en cause les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5.000.000 euros HT, et seulement dans ce cas, l'urgence non imputable à la personne publique peut réduire le délai à 15 jours, au lieu de 36 jours pour telle sorte des marchés de travaux, dans l'appel d'offres restreint, une telle sorte des marchés de travaux peut réduire le délai à 21 jours au lieu de 37 jours, et au-delà le délai peut encore être réduit à cause des cas d'urgence à 15 jours³⁵⁵ ; enfin, le code de 2001 a inventé une nouvelle possibilité de réduction des délais, il s'agit de la publication d'un avis de préinformation, qui peut réduire les délais minimum de réception des offres à 26 jours au lieu de 52 jours, à la condition que « l'avis de préinformation doit toutefois avoir été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'appel public à la concurrence. »³⁵⁶ De cette présentation sommaire, nous pouvons clairement constater un rééquilibrage entre l'effectivité de la concurrence et l'efficacité de la procédure de l'achat, puisque, d'un côté, pour améliorer l'effectivité de la concurrence, les délais de principe sont sensiblement prolongés au regard des délais fixés dans les textes d'autrefois, et les cas d'urgence sont aussi sévèrement limités en tant que justification de réduction de ces délais, mais d'un autre côté, en vue d'assurer l'efficacité de la procédure de l'achat, le pouvoir réglementaire a inventé l'avis de préinformation, qui peut ainsi « permettre aux entreprises intéressées de répondre dans de meilleures conditions aux appels d'offres ultérieurs. »³⁵⁷

Enfin, par rapport au contenu de la publicité, le code de 2001 n'a pas établi une liste des informations indispensables pour les avis de publicité et de préinformation, en revanche, c'est la directive n°2001/78/CE du 13 septembre 2001 qui a achevé cette mission de réglementation, qui a été ensuite transposée en France par l'arrêté du 4 décembre 2002. Ces textes ont établi dans les annexes les informations indispensables de publicité, qui restent toujours très

355 *Ibid.*, p.190.

356 L'alinéa 2 de l'article 58 du code des marchés publics de 2001.

357 Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p.185.

détaillées. Par exemple, la formule standard de l’avis de marché est composée de six sections, il s’agit respectivement des informations sur le pouvoir adjudicateur, l’objet du marché, les renseignements d’ordres juridique, économique, financier et technique, ainsi que les informations sur la procédure employée etc.³⁵⁸ Néanmoins, le point d’innovation le plus essentiel tient à la standardisation opérée par les « modèles types », précisément, ils ont instauré en matière d’avis de publicité et de préinformation « une formule standard, plus simple et plus adaptée aux échanges électroniques »³⁵⁹ Cette standardisation est essentielle puisque d’un côté la publicité des informations complètes est naturellement favorable à la concurrence, mais d’un autre côté les contenus trop détaillés et parfois variables en fonction des pays freinent sensiblement l’efficacité de circulation transfrontière de ces informations, et, juste grâce à une telle sorte de la standardisation des contenus de publicité, un point d’équilibre entre ces deux exigences devient ainsi perceptible.

En comparant le régime de publicité en Chine avec celui en France, nous pouvons formuler deux remarques.

D’une part, au niveau des règles concrètes, le régime de publicité en France est beaucoup plus avancé qu’en Chine, dans la mesure où celui en France peut mieux équilibrer l’effectivité de la concurrence suivante avec l’efficacité de la procédure de l’achat. Sur ce point, la Chine a besoin d’apprendre des expériences de la France.

En premier lieu, en ce qui concerne les délais de publication, le régime de publicité en France s’efforce de trouver un point d’équilibre : au début, les textes en France ont reconnu depuis 1836 la possibilité d’une dérogation aux délais de principe pour les raisons d’urgence ; bien sûr, cette dérogation a subi les limites apportées par des textes postérieurs, comme le

358 L’annexe de la directive n°2001/78/CE du 13 septembre 2001 sur l’utilisation des formulaires standard pour la publication des avis de marchés publics.

359 Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, op.cit., p.186.

plancher des délais, afin d'éviter des atteintes trop graves vers la concurrence ; le code de 2001 a également inventé la publication de préinformation pour équilibrer les exigences diverses : cette publication a d'un côté raccourci les délais de principe et d'un autre côté bien protégé les intérêts de la concurrence. Mais en Chine, d'une part, les délais de la publication sont carrément fixés pour 20 jours, ceci manque d'une flexibilité minimum, et d'autre part, cette durée de 20 jours est aussi relativement courte, et donc susceptible de limiter l'effectivité de la concurrence. Si ces deux points sont principalement motivés par la considération de l'efficacité de la procédure, pour mieux l'équilibrer avec l'effectivité de la concurrence, il convient d'emprunter en Chine à la fois la dérogation pour les cas d'urgence et la publication de préinformation, à travers desquelles les délais peuvent être sensiblement raccourcis, et donc revêtir une flexibilité nécessaire, mais sans trop porter atteinte aux intérêts de la concurrence.

En second lieu, s'agissant des voies de publicité, comme nous l'avons vu en Chine, les médias désignés par les autorités provinciales des finances publiques sont devenus de plus en plus importants, et aujourd'hui les voies de publicité doivent être désormais distribuées en fonction du niveau de budget engagé pour cet achat, c'est-à-dire que les achats dont les budgets sont issus du gouvernement local ne doivent être publiés qu'au niveau local, à l'exception des achats assez importants dont le montant est supérieur à 5 Milliard de Yuan, dans ce dernier cas, l'avis doit être publié simultanément aux niveaux national et local. Au contraire, en France, les voies de publicité sont variées en fonction du montant du marché, ceci est en fait plus favorable que la règle en Chine à la fois quant à l'efficacité de la procédure et à l'effectivité de la concurrence. D'une part le critère lié au montant du marché est plus profond : évidemment le coût de la procédure pèse plus lourd pour le marché dont le montant est moins important, et en même temps, ce marché ne peut attirer qu'un intérêt relativement faible de la part des concurrents internationaux, une publication au niveau national voire international pour ce marché sera ainsi superflue. D'autre part, il faut admettre que la règle liée au niveau de budget en Chine est susceptible à aggraver le protectionnisme

territorial, compte tenu de la conséquence qu'une grande partie des achats est exonérée de l'obligation de publicité au niveau national ; de plus, le montant de 5 Milliard de Yuan en tant que seule exception est totalement futile si l'on l'applique indistinctement aux marchés de travaux et aux marchés de fournitures ou services. En fin de compte, on peut estimer que la Chine devrait abandonner la règle actuelle liée au niveau de budget, pour adopter la règle française selon laquelle les voies de publicité varient en fonction du montant du marché.

En troisième lieu, par rapport aux contenus de publicité, depuis longtemps, les informations de publicité indispensables étaient expressément énumérées par les textes en France comme en Chine, mais la réforme lancée par la directive de 2001 a sensiblement amélioré la situation en France, sachant que l'idée de standardisation des informations nous permet de faciliter la diffusion d'informations très détaillées voire parfois hétérogènes. La Chine devrait également apprendre de cette idée de standardisation, afin de bien équilibrer des exigences provenant de différents angles.

Néanmoins, d'autre part, malgré ces décalages au niveau des règles concrètes, les régimes de publicité dans ces deux pays sont essentiellement homologues au fond. Essentiellement, c'est parce que le régime de publicité en France comme en Chine revêt invariablement un caractère réglementé : les voies et les contenus de publicité ainsi que les délais de la publication sont minutieusement déterminés par les textes, la marge discrétionnaire laissée à l'acheteur public est en réalité très limitée. Derrière cela, est cachée en fait la méfiance vers l'acheteur public, qui explique que le pouvoir réglementaire et le législateur en France comme en Chine n'aient pas d'autre choix que de déterminer tous les aspects de l'obligation de publicité et d'encadrer clairement tous les actes de publicité de l'acheteur public. D'une manière encore plus poussée, grâce à cette homogénéité, la transplantation des règles concrètes de la France vers la Chine peut enfin devenir concevable.

Section 2. Le déroulement de la mise en concurrence

A l’instar de la concurrence naturelle, le régime des marchés publics impose des règles de mise en concurrence, en vue de trouver le concurrent dont l’offre est économiquement la plus avantageuse, sous réserve que ce concurrent remplisse certaines conditions minimales en termes d’aptitude. Nous allons donc traiter ci-après successivement les conditions de l’accès des parties à la concurrence (§1) et la mise en œuvre de la procédure de la concurrence (§2).

§1. Le régime de l’accès des parties à la concurrence

Afin de garantir l’effectivité de la concurrence, la liberté d’accès a été consacrée en France depuis 1836 comme un principe du droit des marchés publics, toutefois la «forme absolue du principe n’a cependant jamais été retenue ; l’accès à l’adjudication a toujours comporté la possibilité de certaines restrictions.»³⁶⁰ L’objectif de ces restrictions tient principalement à assurer la qualité de la prestation ultérieure, puisqu’il appartient toujours à un de ces concurrents admis d’effectuer définitivement la prestation prévue. Néanmoins, il faut également prendre en compte l’effectivité de la concurrence, puisqu’à travers celle-ci la meilleure offre parmi les offres déposées par tous les concurrents sera sélectionnée en définitive. L’enjeu consiste donc ici à trouver un point d’équilibre entre ces deux exigences. Pour reprendre la formule d’André de Laubadère, « l’idée générale est que peuvent être admises les conditions imposées dans l’intérêt du service contractant ou de la meilleure réalisation du marché et n’aboutissant pas à exclure un nombre trop important de concurrents éventuels.»³⁶¹ Nous allons alors montrer que cette idée générale s’impose en France comme en Chine.

1. Les conditions d’accès des parties à la concurrence en Chine

En Chine, depuis la genèse du droit des marchés publics, le pouvoir réglementaire

³⁶⁰ André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.598.

³⁶¹ *Ibid.*, p.599.

impose toujours une sélection assez stricte pour les parties à la mise en concurrence. Après l'adoption de la législation en 2003, même si les modalités de contrôle sur l'accès des parties s'assouplissent un peu en vue de faciliter l'accès des concurrents, les conditions exigées pour les concurrents restent très précises, le régime de l'accès présente donc toujours un caractère très réglementé.

Cependant, avant d'aller plus loin, il convient de rappeler une particularité de la situation chinoise : la relation juridique des marchés publics en Chine ne se borne pas à une relation bilatérale entre l'acheteur public et le cocontractant. Une autre partie, l'organisme de commissionnaire, joue également un rôle essentiel.³⁶² C'est la raison pour laquelle la réglementation de l'accès à la concurrence en Chine ne s'applique pas seulement à l'accès des concurrents, mais règle aussi l'accès des organismes de commissionnaires à la concurrence. Cette particularité de la relation juridique a pour corollaire une spécificité du régime, à savoir qu'à la différence du régime de l'accès des concurrents, le concepteur du régime de l'accès des organismes de commissionnaires n'a pas la motivation à assouplir son contrôle envers ces organismes, bien au contraire : une sélection plus stricte de l'organisme de commissionnaire est essentiellement favorable à la fois à la qualité de la prestation ultérieure et à l'effectivité de la concurrence.

a. L'accès des organismes de commissionnaires à la concurrence

En vertu de l'article 14 de l'arrêté n°139 de 1999, pour obtenir la permission d'accéder au domaine des marchés publics, un organisme de commissionnaire doit déposer une demande à l'autorité des finances publiques, cette dernière va ensuite examiner l'aptitude du demandeur. En l'occurrence, cet article a énuméré plusieurs critères, dont certains assez précis, par exemple, quant à la composition des employés de cet organisme³⁶³. En même temps

362 Article 14 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 14 条。).

363 Les personnes qui ont obtenu le titre technique de niveau moyen doivent occuper au moins 60%, celles qui ont obtenu le titre technique de haut niveau doivent occuper au moins 20%.

d'autres critères restent très subjectifs : par exemple, cet arrêté exige que l'organisme de commissionnaire « dispose de la capacité d'utiliser les moyens scientifiques modernes à effectuer les activités des marchés publics. »³⁶⁴ Dans l'application de ce dernier critère, l'autorité des finances publiques possède naturellement une grande marge discrétionnaire. Enfin, cet arrêté déclare qu'«il appartient au ministère des finances publiques d'établir un texte réglementant spécifiquement l'autorisation des organismes de commissionnaires à entrer dans le domaine des marchés publics. »³⁶⁵

Se basant sur cette autorisation, l'arrêté ministériel n°31 de 2005 a été publié le 28 décembre 2005 par le ministère des finances publiques. A travers cet arrêté, le pouvoir réglementaire a réajusté les critères exigés et a établi un processus d'autorisation préalable encore plus formaliste.³⁶⁶

En premier lieu, le pouvoir réglementaire a varié les critères en fonction des niveaux de qualification que le demandeur a sollicité : pour la première fois, il a distingué parmi les organismes de commissionnaire ceux qui ont obtenu la qualité « A (甲) » et ceux qui ont obtenu la qualité « B (乙) ». Le titulaire de la qualité « A » peut travailler sur les marchés publics à tout montant, mais celui de la qualité « B » ne peut travailler que sur les marchés publics dont le montant est inférieur à 10 Millions de Yuan.³⁶⁷ Les critères pour chacun sont ainsi variés : 1° pour l'organisme qui souhaite obtenir la qualité « A », il faut que son capital social atteigne au moins 4 Millions de Yuan, mais pour la qualité « B », l'exigence minimum du capital social est de 0.5 Million de Yuan ; 2° pour obtenir la qualité « A », les techniciens

364 La paragraphe 4 de l'article 14 de l'arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics (1999 年财预字[1999]0139 号《政府采购管理暂行办法》, 第 14 条第 (四) 项。).

365 Article 15 de l'arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics (1999 年财预字[1999]0139 号《政府采购管理暂行办法》, 第 15 条。).

366 Articles 5 et 13 de l'arrêté ministériel n°31 de 2005 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2005 年财政部令第 31 号《政府采购代理机构资格认定办法》, 第 5 条, 第 13 条。).

367 Articles 5 et 20 de l'arrêté ministériel n°31 de 2005 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2005 年财政部令第 31 号《政府采购代理机构资格认定办法》, 第 5 条, 第 20 条。).

issus des écoles d'enseignement technique doivent occuper au moins 70% des postes, les techniciens possédant le titre professionnel de haut niveau (高级职称)³⁶⁸ doivent en occuper au moins 20%³⁶⁹, pour obtenir la qualité « B », les proportions correspondantes doivent être de 50% et 10%.³⁷⁰ Les autres critères sont communs aux deux : certains sont objectifs, par exemple, que tous les demandeurs doivent avoir satisfait aux obligations fiscales et sociales ; mais d'autres sont en fait très subjectifs voire obscurs, par exemple, le fait que tous les demandeurs doivent avoir « une structure saine et une administration interne élaborée »,³⁷¹ ainsi qu'« une bonne honorabilité commerciale »³⁷², ou que les demandeurs ne peuvent pas avoir commis d'« activités illégales très graves au cours des trois dernières années » mais qu'est-ce qu'une activité illégale très grave ? Le pouvoir réglementaire ne l'a pas précisé.³⁷³ Ces critères obscurs laissent alors une marge discrétionnaire considérable à l'autorité compétente.

En second lieu, les autorités compétentes pour le contrôle varient également en fonction du niveau de qualification que le demandeur a sollicité. Précisément, le demandeur visant à la qualité « B » doit déposer sa demande devant les services des finances publiques provinciaux ; celui visant à la qualité « A » doit déposer sa demande devant le ministère des finances

368 « Le titre professionnel de haut niveau » constitue le classement le plus haut du statut professionnel certifié par le gouvernement en Chine. Le système du titre professionnel officiel couvre des multiples branches professionnelles, constitue un régime à certifier l'aptitude professionnel du titulaire.

369 Articles 5 et 22(2) de l'arrêté ministériel n°31 de 2005 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2005 年财政部令第 31 号《政府采购代理机构资格认定办法》，第 5 条，第 22 条第（二）项。).

370 Articles 5 et 21(7) de l'arrêté ministériel n°31 de 2005 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2005 年财政部令第 31 号《政府采购代理机构资格认定办法》，第 5 条，第 21 条第（七）项。).

371 Articles 20-25 de l'arrêté ministériel n°31 de 2005 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2005 年财政部令第 31 号《政府采购代理机构资格认定办法》，第 20-25 条。).

372 Articles 5 et 21(5) de l'arrêté ministériel n°31 de 2005 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2005 年财政部令第 31 号《政府采购代理机构资格认定办法》，第 5 条，第 21 条第（五）项。).

373 Articles 5 et 21(6) de l'arrêté ministériel n°31 de 2005 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2005 年财政部令第 31 号《政府采购代理机构资格认定办法》，第 5 条，第 21 条第（六）项。).

publiques.³⁷⁴ Les autorités des finances publiques doivent rendre leur décision en 20 jours, ce délai peut être prolongé encore de 10 jours sur autorisation du responsable de l'autorité des finances publiques compétente.³⁷⁵

En 2010, un nouvel arrêté ministériel a modifié l'arrêté de 2005 en imposant les critères encore plus stricts. En vertu de ce nouveau texte, à part des autres critères anciens, le seuil du capital social d'obtenir la qualité « B » est élevé de 0.5 Million de Yuan à 1 Million de Yuan.³⁷⁶ De plus, la demande d'obtention de la qualité « A » devient aussi plus difficile : il faut, soit que l'organisme demandeur ait déjà obtenu la qualité « B » pour au moins une année et les montants des affaires de l'achat au cours des deux années précédentes aient atteint 0.1 Milliard de Yuan, soit que l'organisme demandeur ait déjà pratiqué des appels d'offres hors du domaine des marchés publics pendant au moins deux ans et que les chiffres des affaires au cours des deux années précédentes aient atteint 1 Milliard de Yuan.³⁷⁷

On peut ainsi voir que, après l'adoption des textes de 2005 et 2010, le contrôle effectué sur l'accès des organismes de commissionnaires a été nettement renforcé. Ce phénomène provient en fait de la conviction retenue par le pouvoir réglementaire, selon laquelle, les organismes de commissionnaires strictement sélectionnés peuvent effectivement assister les acheteurs publics, dont la majorité ne connaissent ni les informations techniques ni les règles juridiques, pour établir les dossiers nécessaires pour la conclusion de marchés publics. Dans cette logique, un tel régime strict sur l'accès des organismes de commissionnaire est donc ultérieurement favorable à la qualité de la prestation et aussi la régularité de la passation, cette

374 Article 23 de l'arrêté ministériel n°31 de 2005 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2005 年财政部令第 31 号《政府采购代理机构资格认定办法》, 23 条。).

375 Article 18 de l'arrêté ministériel n°31 de 2005 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2005 年财政部令第 31 号《政府采购代理机构资格认定办法》, 18 条。).

376 Article 14 de l'arrêté ministériel n°61 de 2010 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2010 年财政部令第 61 号《政府采购代理机构资格认定办法》, 第 14 条。).

377 Article 15 de l'arrêté ministériel n°61 de 2010 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2010 年财政部令第 61 号《政府采购代理机构资格认定办法》, 第 15 条。).

dernière pouvant clairement améliorer l'effectivité de la concurrence.³⁷⁸

b. L'accès des concurrents à la concurrence

Dès l'origine, le régime de l'accès des concurrents en Chine a été très réglementé. En dépit de l'assouplissement émergé après l'adoption de la loi de 2003, ce caractère réglementé subsiste quand même aujourd'hui.

En vertu de l'arrêté ministériel n°139 de 1999, l'opérateur économique qui a envie d'entrer dans un marché public doit déposer préalablement une demande à l'autorité des finances publiques afin d'obtenir une permission officielle. Les conditions sont principalement de trois ordres : d'abord « le demandeur doit posséder d'à la fois la capacité de bien exécuter le contrat et les enregistrements témoignant de la bonne exécution des anciens contrats » ; ensuite « la situation financière du demandeur doit être saine » ; enfin « les demandeurs doivent respecter les lois et les décrets, avoir une bonne honorabilité ».³⁷⁹ En bref, pour devenir un concurrent éligible à participer la compétition des marchés publics, la personne doit préalablement être examinée d'après les critères ci-dessus par l'autorité des finances publiques. L'objectif derrière tient par nature à garantir l'aptitude des concurrents à assurer ultérieurement la qualité de la prestation finale.

Toutefois, la loi relative aux marchés publics de 2003 a réformé ce régime d'autorisation préalable.

En premier lieu, la nouvelle loi a réajusté légèrement les conditions exigées en supprimant notamment l'exigence de production d'« enregistrements témoignant de la bonne exécution des anciens contrats » ; en second lieu, il a transféré le pouvoir d'examen de l'autorité des finances publiques à chaque acheteur public. Par conséquent, au lieu d'un

378 ZHU Shaohua, « Les acheteurs publics et les organismes de commissionnaire », *Marchés publics en Chine* n°5 2001, p.11-12 (朱少华：“关于政府采购的采购人与采购机构问题”，《中国政府采购》2001年第5期，第11-12页。).

379 Article 17 de l'arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics (1999年财预字[1999]0139号《政府采购管理暂行办法》第17条。)

examen en amont par l'autorité des finances publiques, il appartient désormais à l'acheteur public d'examiner la qualité des candidatures en aval, en l'occurrence dans chaque activité d'achat.³⁸⁰ C'est un effort appréciable destiné à équilibrer les exigences liées à l'aptitude des concurrents et à l'effectivité de la concurrence, la motivation derrière cette réforme tient évidemment à faciliter l'accès des concurrents dans les marchés publics, puisque ces deux mesures concrètes ont pour corollaire l'abaissement du coût formel considérable empêchant cet accès. D'ailleurs, après cette réforme législative, nous pouvons avancer que le caractère de réglementation attaché au régime de l'accès des concurrents a été sensiblement diminué.

Néanmoins, il ne faut pas penser que, après cela, ce caractère a totalement disparu. Au contraire, il persiste au moins pour deux raisons. En premier lieu, comme nous allons montrer dans la Partie II, même après la législation de 2003 le pouvoir réglementaire a établi beaucoup de listes spécialisées de concurrents en vue de promouvoir ses multiples politiques publiques : une telle pratique est justement à l'origine du régime initial d'autorisation préalable encadrant l'accès des concurrents. En second lieu, les conditions de candidature réglant l'accès des concurrents sont toujours imposées par un texte juridique à caractère impératif, ceci constitue par soi-même une marque du caractère réglementé. La première raison précitée va être traitée dans le premier titre de la partie II. On se borne ici à présenter la seconde.

En vertu de l'article 22 de la loi relative aux marchés publics en 2003, les concurrents souhaitant entrer dans les marchés publics doivent remplir quatre séries de conditions de candidature : tout d'abord, ils doivent avoir la capacité juridique à assumer la responsabilité civile ; ensuite, ils doivent avoir « une bonne honorabilité commerciale et des systèmes comptable et financier en bon état » ; troisièmement, ils doivent disposer « des équipements et des capacités techniques professionnelles satisfaisant aux exigences de l'objet du marché en l'espèce » ; enfin, ils doivent bien satisfaire aux obligations fiscales et sociales, et ne pas avoir commis d'activités illégales très graves au cours des trois dernières années avant d'entrer dans

380 Article 22 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 22 条。).

les marchés publics.³⁸¹ A côté de ces quatre séries de conditions exigées expressément par le texte, il faut mentionner que, d'une part, la loi de 2003 a encore autorisé le législateur et le pouvoir réglementaire à compléter à l'avenir les autres conditions impératives sous forme de loi ou de décret ; d'autre part, l'acheteur public peut également ajouter d'autres exigences en raison du caractère particulier de l'objet de l'achat.

Nous pouvons ainsi constater que les conditions impératives précitées ont couvert les aspects financier et technique ainsi que juridique d'un opérateur économique, en d'autres termes, que l'acheteur public est légalement obligé de vérifier l'ensemble de ces quatre aspects du concurrent avant d'analyser l'offre déposée. Même si d'autres conditions ajoutées à l'initiative de l'acheteur public sont possibles, l'obligation faite à l'acheteur public d'examiner ces conditions impératives est très marquée. C'est la raison pour laquelle, le pouvoir réglementaire a encore précisé, à travers le décret d'application de 2015, les documents que le concurrent doit déposer devant l'acheteur public, afin d'assurer l'effectivité de cet examen. Il s'agit de la licence d'affaire pour la personne morale et du titre d'identité pour la personne physique, d'un rapport de financement de l'opérateur économique, ses enregistrements fiscaux et sociaux, ses certificats et les autres documents justificatifs de sa capacité technique, ainsi qu'une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'a pas commis d'« activités illégales très graves » au cours des trois dernières années.³⁸²

Pour ce dernier élément, l'obligation de sans tache d'« activités illégales très graves » mérite d'une analyse plus précise, parce qu'elle peut constituer un moyen considérable à limiter l'accès des concurrents. Néanmoins, les textes n'ont toujours pas précisés le contenu juridique des « activités illégales très graves » jusqu'à la publication du décret d'application de 2015. L'article 19 de ce décret a clarifié leur contenu en prescrivant qu'il se compose de deux parties : premièrement, il s'agit des cas où l'opérateur économique a fait objet d'une

381 Article 22 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 22 条。).

382 Article 17 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 17 条。).

condamnation pénale au titre de la gestion de ses affaires commerciales ; deuxièmement, il s'agit des cas où l'opérateur économique a été sanctionné de façon très grave en raison d'une infraction administrative, la gravité se manifeste ici par les mesures concrètes de sanction administrative, qui se concrétisent en trois types énumérées dans la loi sur les sanctions administratives de 1996, à savoir la décision d'arrêter la production ou d'arrêter la gestion (责令停产停业), la décision de retirer le permis ou la licence (吊销许可证或执照), ainsi que l'amendement dont le montant est relativement élevé (较大数额罚款).³⁸³

Précisément, pour la première partie, le contenu concret est claire : la condamnation pénale au titre de la gestion des affaires commerciales peut se référer au chapitre III de la loi pénale en Chine baptisé « les crimes de violer l'ordre de l'économie de marché socialiste », qui est composé de huit sections, à savoir « le crime de la production ou de la commercialisation des marchandises frelatées », « le crime de contrebande », « le crime d'entraîner la gestion des sociétés », « le crime de violer l'ordre de l'administration financière », « le crime de la fraude financière », « le crime de léser la perception des impôts », « le crime de porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle », « le crime de perturber l'ordre de marché ».³⁸⁴ Alors, on peut trouver que ces huit sections concernent l'ordre public au titre d'économie très étendu, dont les aspects de l'administration douanière, de la protection des droits de propriété intellectuelle et de la protection de la concurrence loyale portent notamment sur les marchés publics. Par contre, pour la seconde partie, le contenu concret est beaucoup moins clair, parce que le texte n'a pas défini directement les infractions administratives précises, mais que prescrire les résultats juridiques -- les mesures de sanction -- d'une infraction susceptible à entraver l'accès aux marchés publics. En apparence, cette obscurité ne va pas entraîner les incertitudes pour les concurrents individuels, parce que pour un concurrent qui souhaite savoir s'il a commis une des infractions interdites, il peut

383 Article 19 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》19 条。).

384 Chapitre 3 de la loi pénale en Chine (刑法第三章。).

simplement de consulter toutes les décisions de sanctions qu'il a déjà reçues pendant les derniers trois ans, si une ou certaines décisions comprennent les sanctions précitées, il est alors exclu des marchés publics ; néanmoins, en réalité, l'insécurité juridique causée par cette obscurité est non-négligeable, parce qu'un concurrent peut être effectivement entravé à définir son programme à long terme sur l'accès aux marchés publics, s'il ne peut pas clairement comprendre les domaines où les infractions feront obstacle pour y accéder.

En tout cas, malgré cette obscurité précitée, le pouvoir réglementaire en Chine a bien défini les critères pour sélectionner les concurrents, ce qui a clairement manifesté sa volonté de strictement réglementer l'accès des concurrents aux marchés publics. Et au-delà, comme nous l'avons déjà mentionné, la loi de 2003 a encore laissé une voie d'intervention au législateur et au pouvoir réglementaire en leur permettant en cas de besoin de compléter les autres conditions supplémentaires de candidature, ceci constitue alors un autre élément qui peut bien illustrer le caractère réglementé ici.

2. Les conditions d'accès des parties à la concurrence en France

Depuis la genèse du droit des marchés publics en France, l'idée de restreindre l'accès des concurrents est déjà apparue : les ordonnances de 1836 et de 1837 ont posé que « les adjudications publiques, relatives à des fournitures, à des travaux, à des exploitations ou fabrications qui ne pourraient être sans inconvénient livrées à une concurrence illimitée, pourront être soumises à des restrictions qui n'admettront à concourir que des personnes préalablement reconnues capables par l'administration, et produisant les titres justificatifs exigés par les cahiers des charges. »³⁸⁵ A partir d'une telle clause générale, l'évolution ultérieure de cette idée peut être concrétisée en deux orientations : d'un côté, les conditions de restriction d'accès deviennent de plus en plus précises, mais d'un autre côté les modalités de contrôle s'assouplissent davantage. La juxtaposition de ces deux mouvements opposés contribue en réalité à la recherche d'un point d'équilibre entre les exigences liées à la qualité

³⁸⁵ Article 3 de l'ordonnance du 4 décembre 1836 sur les marchés passés au nom de l'Etat.

de la prestation et à l'effectivité de la concurrence. Nous allons les présenter successivement ci-après.

En ce qui concerne les conditions de candidature, au début la clause initiale relative à la restriction d'accès prescrite dans les ordonnances de 1836 et de 1837 était en fait très simpliste, en ce qu'elle n'a rien imposé sur les conditions de restriction ; néanmoins, nous allons voir que cette omission a été bien comblée par la suite à travers les cahiers des charges et les normes internes de l'administration comme notamment l'instruction ministérielle.

La première condition exigée pour l'accès à la concurrence tient à la capacité juridique du concurrent : « l'administration n'admet à concourir que les personnes juridiquement capables de contracter »³⁸⁶, ce qui impose donc l'« exclusion possible des mineurs, des interdits, des sociétés irrégulièrement constituées »³⁸⁷. Cette condition a été initialement consacrée dans les instructions : par exemple, l'article 10 de l'instruction sur les marchés de la guerre de 1921 a posé que « aucune société n'est admise à concourir si elle ne produit des pièces constatant qu'elle est organisée conformément aux lois françaises en vigueur, sans autres restrictions à la responsabilité de ses membres que celles prévues dans les dites lois, que sa durée est au moins égale à celle du marché à intervenir (...). Une expédition légalisée de l'acte de société, des statuts et, les cas d'échéant, des actes modificatifs est nécessaire »³⁸⁸.

La seconde condition consiste en l'honorabilité commerciale. Le défaut de l'honorabilité commerciale est révélé principalement par « la faillite ou le règlement judiciaire » : « Les instructions ministérielles excluent ordinairement des adjudications les faillis non réhabilités ; les personnes admises au bénéfice de la liquidation judiciaire peuvent solliciter leur admission à concourir ; elles n'y sont pas admises de plein droit »³⁸⁹. Par exemple, les conditions

386 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration* (Vol.4), *op.cit.*, p.85.

387 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.599.

388 Article 10 de l'instruction du 21 novembre 1921 relative aux marchés du département de la guerre.

389 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration* (Vol.4), *op.cit.*, p.85.

générales de la Marine ont posé qu'« à moins d'une autorisation spéciale du Ministre, les syndics de faillite ou les liquidateurs judiciaires ne peuvent soumissionner au reçu de la faillite ou de la liquidation »³⁹⁰. Cette règle a ensuite été adoptée dans le décret de 1956 en imposant que « les personnes ou sociétés en état de faillite ne sont pas admises à soumissionner. Aucun marché de l'Etat ne peut leur être attribué. Les personnes ou sociétés admises au règlement judiciaire doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité et qu'elles ont reçu une autorisation spéciale de soumissionner émanant du ministre contractant. »³⁹¹ L'article 44 du code de 2001 a encore enrichi cette exigence en ajoutant que « ne sont pas admises à concourir aux marchés publics (...) les personnes faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger. »³⁹²

La troisième condition s'attache aux obligations fiscales et sociales ainsi que à d'autres obligations d'ordre public.

Quant aux obligations sociales, depuis les années 1920, « au fur et à mesure que s'est développée la *législation sociale*, des textes législatifs et les cahiers des charges ont imposé aux soumissionnaires l'obligation d'être en règle avec les institutions des assurances sociales, des allocations familiales, des accidents du travail. »³⁹³ Cette obligation a été prescrite pour les marchés de l'Etat dans l'article 52 de code des marchés publics en 1964. Quant aux obligations fiscales, c'est l'article 49 du code des marchés publics en 1964 qui a posé pour les marchés de l'Etat que « ne peut obtenir de commandes (...) toute personne condamnée pour infraction à une disposition du code général des impôts prévoyant des sanctions pénales et à l'encontre de laquelle le tribunal a prononcé l'interdiction d'obtenir de telles commandes, (...) toute personne morale sous le couvert de laquelle le condamné agirait pour se soustraire à cette interdiction ; toute entreprise redevable de l'impôt fraudé lorsque la personne condamnée

390 Article 25 des conditions générales de la Marine.

391 Article 7 du décret du 13 mars 1956 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

392 Article 44 du code des marchés publics de 2001.

393 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.602.

qui a fait l'objet de l'interdiction est un dirigeant de droit ou de fait de l'entreprise. » Après le décret du 27 novembre 1979, ces deux obligations ont été enfin généralisées aux marchés des collectivités territoriales. Le code de 2001 n'a pas apporté de changements substantiels sur ces points, il a juste reformulé la clause en posant que « ne sont pas admises à concourir aux marchés publics les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale, ou n'ont pas effectué le paiement des impôts et cotisations exigibles à cette date. »³⁹⁴

D'ailleurs, d'autres obligations d'ordre public ont été également utilisées par l'administration pour contrôler l'accès des marchés publics. Par exemple, dans les années 1980, « l'article L.111-22 du Code de l'habitation et de la construction dispose que les entrepreneurs et autres constructeurs responsables de l'exécution de construction ayant donné lieu postérieurement au 30 décembre 1967 à une condamnation réprimant les infractions aux règles d'urbanisme et construction 'ne sont plus admis, temporairement ou définitivement, à prêter leurs services à l'Etat, aux départements et aux communes ainsi qu'aux établissements publics et organes relevant de ces collectivités' »³⁹⁵ ; de plus, la loi du 7 avril 1957 a prévu une autre possibilité d'exclusion des entrepreneurs, fournisseurs, architectes ou techniciens qui ont été reconnus responsables du non-respect des délais ou des règles de procédures destinées à « accélérer les opérations de constatation, de liquidation et de règlement des travaux. »³⁹⁶ André de Laubadère a considéré que « l'administration (fait) un usage excessif d'une telle possibilité. »³⁹⁷ Nous pouvons ainsi constater que le juge administratif intervient fréquemment pour le limiter : par exemple, le Conseil d'Etat a jugé en 1976 comme illicite

394 Article 43 du code des marchés publics de 2001.

395 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.604.

396 *Ibid.*, p.604-605.

397 *Ibid.*, p.605.

« la clause excluant de la compétition les candidats ayant un litige avec l'administration. »³⁹⁸

Sous l'empire du code de 2001, une telle sorte d'exclusion peut être d'origine pénale ou administrative : « la condamnation pénale peut être prononcée à titre principal ou complémentaire pour sanctionner divers infractions, notamment fiscales. Elle peut être définitive ou temporaire, avec un maximum de cinq ans, et s'applique aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales », et par rapport aux mesures administratives, la décision du ministre intéressé ou du préfet intéressé peut entraîner « l'exclusion temporaire du candidat des marchés » en raison de « l'inexactitude des renseignements prévus aux 2°, 3°, 4°, 5° et 6° de l'article 45 », il s'agit en fait des renseignements destinés à permettre à l'administration d'exercer son contrôle.

La quatrième et la plus importante condition tient à la capacité d'exécuter le contrat. En fait, avant de présenter les exigences concrètes issues de cette condition, il convient de rappeler que cette condition est en fait initialement réservée à la procédure de l'adjudication restreinte.

Comme nous l'avons déjà mentionné, les ordonnances de 1836 et de 1837 ont pour la première fois admis la restriction d'accès des concurrents, mais le résultat apparaît plutôt comme une dérogation légère à l'adjudication ouverte, justifiée essentiellement par l'« inconvénient » éventuel de la concurrence illimitée, et ne s'applique donc que dans la procédure de l'adjudication restreinte. Ceci a été réaffirmé par les textes postérieurs comme les décrets du 18 novembre 1882 et du 6 avril 1942 : par exemple, le décret de 1942 a posé que « sont passés par adjudication publique ouverte, (...) notamment les marchés portant sur des fournitures ou travaux d'un type courant, qui peuvent, sans inconvénient, être livrés à une concurrence illimitée »³⁹⁹, et « sont passés par adjudication restreinte les marchés qui, (...) ne

398 C.E. 23 juillet 1976, Commune de Bray-sur-Somme, Rec. p.731.

399 Article 10 du décret n°1082 du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

peuvent (...) sans inconvénients être livrés à une concurrence illimitée »⁴⁰⁰, ceci entraîne naturellement que « l'adjudication restreinte comporte la faculté pour l'administration de n'admettre que les soumissions qui émanent d'entrepreneurs ou de fournisseurs présentant toutes les garanties financières et professionnelles nécessaires »⁴⁰¹. Néanmoins, depuis le décret du 13 mars 1956, cette condition de restriction se généralise même à la procédure de l'adjudication ouverte : « L'adjudication est dite ouverte lorsque tout candidat peut déposer une soumission. Le bureau d'adjudication peut, par décision prise avant l'ouverture des soumissions, prononcer l'élimination des candidats qui n'ont pas qualité pour soumissionner ou dont les capacités sont jugées insuffisantes »⁴⁰², dès lors, l'enveloppe extérieure de la soumission dans cette procédure doit contenir les justifications « concernant les qualités et capacités exigées des soumissionnaires. »⁴⁰³ L'article 85 du code des marchés publics de 1964, qui a presque copié cette définition concernant l'adjudication ouverte, a donc maintenu la généralisation précitée. Sous l'empire du code de 2001, même si les procédures de l'adjudication ouverte comme restreinte ont enfin été supprimées, on a conservé l'idée générale retenue par le décret de 1956 et par le code de 1964 : « l'acheteur public peut donc, au stade de la sélection des candidatures dans une procédure restreinte, ou au stade de la présélection des offres dans une procédure ouverte, écarter une entreprise pour capacité insuffisante. »⁴⁰⁴

En ce qui concerne les exigences concrètes relatives à cette condition, elles ont été considérablement précisées à travers de multiples textes. Au début, des « instructions ministérielles énumèrent ces titres », en vertu desquelles il s'agit de deux sortes d'informations : premièrement, les informations relatives aux commandes de même nature

400 Article 15 du décret n°1082 du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

401 Article 16 du décret n°1082 du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

402 Article 16 du décret n°56-256 du 13 mars 1956 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

403 Article 17 du décret n°56-256 du 13 mars 1956 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

404 Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, op.cit., p.125.

passées antérieurement par ce concurrent, deuxièmement, les informations concernant les équipements et les sources pouvant être engagés pour l'exécution du marché.

Nous allons expliquer ceci en prenant l'exemple de l'instruction sur les marchés de la guerre en 1921, même si les mêmes exigences apparaissent également dans le cahier des charges pour les marchés de travaux des ponts et chaussées et les conditions générales des marchés de la Marine.

Pour les informations relatives aux commandes de même nature déjà passées, cette instruction a posé que « pour les fournitures, le soumissionnaire devra présenter un état indiquant les entreprises de fournitures pour les services publics dont il aurait été antérieurement adjudicataire, soit seul, soit en société ; s'il s'agit de travaux, les références consistent en une note émanant du candidat et indiquant le lieu, la date, la nature et l'importance des travaux qu'il a exécutés ainsi que les noms, les qualités et domiciles des hommes de l'art sous la direction desquels il les a exécutés. »⁴⁰⁵

Pour les informations concernant les équipements et les sources engagés lors de l'exécution du marché, il s'agit tout d'abord d'« un acte de notoriété passé devant notaire, attestant que les usines, ateliers, machines, ustensiles, engins et agrès nécessaires pour l'exécution de la fourniture ou du service à entreprendre appartiennent réellement en toute propriété au demandeur »⁴⁰⁶, ou au moins d'« un bail ou promesse de bail authentique, constatant que la jouissance des lieux, de la force motrice et du matériel est exclusivement réservée au locataire. »⁴⁰⁷ Le soumissionnaire doit encore fournir « les plans des usines et ateliers dans lesquels le demandeur se propose de fabriquer, confectionner ou transformer les objets. »⁴⁰⁸ Enfin, il faut déclarer « la force motrice dont chaque usine dispose (en) faisant

405 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration* (Vol.4), *op.cit.*, p.88.

406 *Ibid.*, p.88-89.

407 *Ibid.*, p.89.

408 *Ibid.*, p.89.

connaître, pour les moteurs hydrauliques, le nombre de jours de chômage qui ont été, pendant les deux dernières années, la conséquence de la hausse et de la baisse des eaux. »⁴⁰⁹

Dans le même ordre d'idées, l'article 45 du code de 2001 a fait « une reprise pure et simple des dispositions de l'ancien article 50-10 »⁴¹⁰ en prescrivant qu'« à l'appui des candidatures, il ne peut être exigé que des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat, des documents relatifs aux pouvoirs de la personne habilitée pour l'engager et, en ce qui concerne les marchés passés pour les besoins de la défense, à sa nationalité. La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie » ; cet arrêté a été ensuite publié le 28 août 2001, et son premier article a énuméré de façon très précise les informations que l'acheteur public peut demander afin d'apprécier des capacités des candidats. Il s'agit pareillement de deux sortes d'informations : les informations relatives aux commandes de même nature déjà passées⁴¹¹, ainsi que les informations concernant les équipements et les sources pouvant être engagés dans l'exécution du contrat.⁴¹²

409 *Ibid.*, p.89.

410 Stéphane Braconnier, « L'accès aux marchés publics dans le nouveau Code des marchés publics », *Contrats et Marchés publics* n° 4, Avril 2001, chron. 8, p.21.

411 Il s'agit de « la déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les fournitures, services ou travaux auxquels se réfère le marché, réalisés au cours des trois derniers exercices ; - présentation d'une liste des principales fournitures ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années ou présentation d'une liste des travaux en cours d'exécution ou exécutés au cours des cinq dernières années, indiquant notamment le montant, la date et le destinataire public ou privé ». Voir l'article 1 de l'arrêté n°208 du 8 septembre 2001.

412 Il s'agit de « la déclaration indiquant les effectifs du candidat et l'importance du personnel d'encadrement, pour chacune des trois dernières années ; - indication des titres d'études et/ou de l'expérience professionnelle du ou des responsables et des exécutants de la prestation de service envisagée ; - déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire ou l'entrepreneur dispose pour l'exécution des services ou de l'ouvrage et déclaration mentionnant les techniciens ou les organismes techniques dont l'entrepreneur disposera pour l'exécution de l'ouvrage ; - certificats de qualifications professionnelles des entreprises. L'acheteur dans ce cas doit préciser que la preuve de la qualification de l'entreprise peut être apportée par tout moyen et tenir à disposition des entreprises candidates qui le demandent le référentiel décrivant les critères d'obtention de ce certificat. » Voir l'article 1 de l'arrêté n°208 du 8 septembre 2001.

Ainsi, nous pouvons constater qu’au fil de l’évolution du régime de l’accès les conditions de restriction ont été précisées. Cependant, nous allons voir ci-après qu’en revanche les modalités de contrôle se développent dans une autre direction.

En ce qui concerne les modalités de contrôle, une tendance à l’assouplissement peut être clairement identifiée.

Tout d’abord, s’agissant de la modalité de contrôle sur la condition s’attachée aux obligations fiscales et sociales, l’article 46 du code de 2001 a apporté un changement significatif : « sous l’empire de l’ancien code, tout candidat était tenu de fournir à la personne responsable du marché les attestations et certificats délivrés par les administrations compétentes en vue d’établir la régularité de sa situation fiscale et sociale. Désormais, le candidat peut ne produire, ‘pour justifier de la régularité de sa situation fiscale et sociale, qu’une déclaration sur l’honneur dûment datée et signée’. Ce n’est que s’il se voit attribuer le marché que ce candidat devra produire, (...) les certificats délivrés par les administrations compétentes. »⁴¹³ Ce changement technique en apparence a en réalité réduit sensiblement le coût formel pesant sur les concurrents lors de l’accès à la concurrence, tout en maintenant l’exigence substantielle liée à son aptitude.

Deuxièmement, l’assouplissement le plus remarquable tient à l’évolution de la modalité de contrôle sur la capacité d’exécuter le contrat.

Au début, la modalité de contrôle sur ce point consiste en pratique à distribuer des « certificats de capacité » après le contrôle par l’acheteur public. Concrètement, « ces certificats étaient délivrés par l’administration elle-même au vu de travaux antérieurement exécutés pour son compte et l’appréciation de leur valeur en vue d’une adjudication était discrétionnaire. »⁴¹⁴ Même si la légalité d’un tel pouvoir d’appréciation discrétionnaire a été

413 Stéphane Braconnier, « L’accès aux marchés publics dans le nouveau Code des marchés publics », *op.cit.*, p.21.

414 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.601.

autrefois admise par le Conseil d'Etat, « c'était là pratiquement priver de toute garantie le principe du libre accès à l'adjudication », et juste en vue de conforter ce principe, « ce système des certificats de capacité (...) a disparu » finalement.

Néanmoins, ne doit pas confondre un tel pouvoir de restriction se basant sur l'appréciation de la valeur des commandes antérieurement exécutées pour le compte de l'administration avec les autres pouvoirs discrétionnaires de l'administration destinés à restreindre l'accès des concurrents, qui subsistent en fait même dans les années 1980 : « la pratique des exclusions générales constitue une autre forme de limitation par l'autorité administrative du libre accès à l'adjudication publique ouverte. »⁴¹⁵ Concrètement, « les ministères tiennent ainsi des répertoires d'exclus qui constituent des listes confidentielles d'indésirables, utilisées au moment où a lieu adjudication en vue d'écarter de l'accès à l'adjudication l'entreprise ou les entreprises qui peuvent figurer sur ces listes. »⁴¹⁶ La jurisprudence du Conseil d'Etat a également déclaré qu'« il appartient à l'Administration d'apprécier l'opportunité de l'inscription du sieur Pourcel sur la liste susmentionnée », à savoir de « la liste des entrepreneurs agréés pour les travaux des sociétés coopératives de reconstruction de ce département ». ⁴¹⁷

Par rapport à ce pouvoir traditionnel, André de Laubadère a avancé qu'il faut distinguer deux hypothèses : dans la première hypothèse, « l'exclusion est prononcée en raison de l'exécution défectueuse d'un marché antérieur. Elle apparaît alors comme une sanction d'une faute contractuelle. » Dans ce cas, le pouvoir d'exclusion de l'administration ne doit pas être considéré comme absolu, il doit être soumis en revanche à certains contrôles : « lorsque le cahier des charges prévoit que l'exclusion générale des marchés futurs ne pourra être prononcée que pour certains faits précis, (...) l'exclusion ne peut être prononcée si cette

⁴¹⁵ *Ibid.*, p.606.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p.606.

⁴¹⁷ C.E. 25 novembre 1925, sieur Pourcel, Rec. p.941.

condition n'est pas réalisée. En l'absence d'une telle précision, l'exclusion pourra être prononcée pour un manquement contractuel quelconque, mais encore faut-il que soit établi un tel manquement, dont le juge apprécie l'existence et même la gravité.»⁴¹⁸ Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire que « l'administration prononce l'exclusion générale d'un entrepreneur ou fournisseur, (...) parce qu'elle l'estime indésirable en raison d'une appréciation générale portée sur ses aptitudes et capacités »⁴¹⁹, et seulement dans cette hypothèse, il s'agit d'un véritable pouvoir discrétionnaire dont la légalité ne peut pas être discutée devant le juge, « le caractère discrétionnaire de l'appréciation de l'administration est, (...) consacré par une jurisprudence constante. »⁴²⁰ Selon le juge, le ministre a simplement « entendu prendre une mesure commandée par l'intérêt du service ».⁴²¹

Néanmoins, sous l'empire du code des marchés publics en 2001, ce pouvoir discrétionnaire d'exclusion générale semble avoir également disparu. La raison de sa disparition tient logiquement au fait qu'il constitue quand même une menace significative à l'égard à la fois de la sécurité juridique et du libre accès à la concurrence. Au contraire, la seule modalité de contrôle qui subsiste tient au système des « notes de référence », « système qui consiste dans l'obligation pour le soumissionnaire de renseigner l'administration sur sa capacité technique au moyen de références fournies par le soumissionnaire lui-même ».⁴²² Comme nous l'avons précédemment présenté, l'article 46 du code des marchés publics en 2001 a justement adopté ce système. Et il est évident qu'au regard du système des « certificats de capacité » ou du pouvoir discrétionnaire d'exclusion générale, le système des « notes de référence » est beaucoup mieux à même d'équilibrer l'exigence liée à l'aptitude des concurrents avec le principe du libre accès à la concurrence.

418 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.607.

419 *Ibid.*, p.608.

420 *Ibid.*, p.608. Voir C.E. 10 décembre 1937, *Entreprise générale*, Rec. p.1021 ; C.E. 28 janvier 1944, *pons.*, Rec. p.37.

421 C.E. 28 janvier 1944, *Pons*, Rec. p.37.

422 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.601.

En fin de compte, l'évolution de l'idée de restreindre l'accès des concurrents en France se développe principalement dans deux directions : en premier lieu, les conditions exigées pour les concurrents deviennent de plus en plus précises, ce qui répond effectivement au souci de garantir l'aptitude désirable des concurrents ; en second lieu, les modalités de contrôle s'assouplissent davantage, et par-là, sous réserve que l'aptitude des concurrents reste garantie, le principe du libre accès peut être mieux protégé.

Après avoir analysé le régime de l'accès des parties à la concurrence en France et en Chine, nous pouvons proposer deux remarques.

En premier lieu, le régime de l'accès des parties en France comme en Chine cherche essentiellement à identifier un point d'équilibre entre l'effectivité de la concurrence, qui demande un accès plus large des concurrents, et la qualité de la prestation ultérieure, qui exige une sélection des concurrents en fonction de leur aptitude.

Pour atteindre ce point d'équilibre, le concepteur du régime en France et en Chine a en fait adopté la même stratégie, selon laquelle, d'un côté, on impose une série de conditions très précises concernant l'aptitude des concurrents, et d'un autre côté, on assouplit davantage les modalités de contrôle lors de la mise en œuvre des conditions précitées. Précisément, par rapport aux conditions exigées, nous pouvons facilement constater qu'elles sont composée en France comme en Chine de quatre séries d'exigences, à savoir la capacité juridique légale, l'honorabilité commerciale, le respect d'obligations réglementaires en matière fiscale et sociale ainsi que d'autres obligations importantes touchant l'ordre public, et la capacité d'exécuter le contrat du concurrent. Par rapport aux modalités de contrôle, nous pouvons aussi constater un rapprochement entre la France et la Chine, puisqu'au début il existe dans ces deux pays un régime d'autorisation préalable de l'accès : il s'agit du régime d'accès avant l'entrée en vigueur de la loi de 2003 en Chine et du système des « certificats de capacité » ainsi que de la « pratique traditionnelle » de l'administration d'établir « la liste des

entrepreneurs agréés » ou « les répertoires d'exclus » en France. Aujourd'hui, cependant, ces modalités de contrôle ont été remplacées en France comme en Chine par un système plus favorable à l'accès des concurrents : le système de « notes de références », qui s'applique actuellement de la même façon en France et en Chine.

En second lieu, en dépit de cet assouplissement des modalités de contrôle en France comme en Chine, le caractère réglementé du régime de l'accès reste quand même présent dans ces deux pays, à travers notamment les conditions exigées des concurrents : comme nous l'avons déjà évoqué, les conditions exigées sont toujours déterminées par les textes juridiques en France comme en Chine, et au fil du temps, leurs contenus deviennent de plus en plus précis. Au-delà, en vue de garantir l'effectivité du contrôle, le législateur et le pouvoir réglementaire dans ces deux pays imposent également les dossiers indispensables pour les justifier, et sanctionnent ensuite toutes les inexactitudes dans les renseignements fournis. De ce fait, cette modalité de contrôle déjà assouplie manifeste quand même une marque non négligeable de la nature réglementée de ce régime.

§2. Le régime de la procédure de la concurrence

Sans conteste, la procédure de la concurrence constitue l'enjeu essentiel du régime des marchés publics, profondément enraciné dans une idéologie de libéralisme de l'économie selon laquelle la libre concurrence peut nous offrir le meilleur choix. Cependant, en raison de la particularité liée aux marchés publics, la concurrence au leur sein ne peut être réalisée en France comme en Chine que par un régime réglementé : il s'agit en premier lieu des règles encadrant la détermination de la procédure ainsi que le processus formel qui en découle, et en second lieu des règles relatives à l'évaluation des offres. Nous allons montrer que, pour concevoir ces règles précédentes, le concepteur, en France comme en Chine, est tenu à la fois de prendre en compte les nécessités de l'économie des deniers publics et de garantir l'intégrité publique ainsi que l'exigence issue de la qualité de la prestation, et de bien équilibrer ces trois éléments.

1. La mise en œuvre de la procédure de la concurrence en Chine

Nous allons ainsi présenter tout d’abord le régime de la détermination de la procédure et sa mise en œuvre en Chine, et analyser ensuite le régime de l’évaluation des offres de ce pays.

a. La détermination de la procédure de passation et sa mise en œuvre

Par rapport au régime de la détermination de la procédure, le caractère réglementé est très marqué : l’acheteur public ne peut pas librement choisir les procédures de passation, en revanche, pour trouver la procédure qu’il faut suivre, il doit appliquer des règles imposées par le législateur et le pouvoir réglementaire. La raison derrière consiste notamment au privilège attribué aux objectifs de l’économie du prix et de l’intégrité publique en Chine, bien que l’idée d’équilibrer avec l’exigence de la qualité de la prestation s’impose également à un certain degré.

Antérieurement à l’adoption de la loi relative aux marchés publics en 2003, le pouvoir réglementaire a déjà consacré une règle générale sur le choix de la procédure, selon laquelle, la procédure de l’appel d’offres doit être la procédure de principe.

Concrètement, l’arrêté ministériel n°139 de 1999 a imposé un seuil de la procédure de l’appel d’offres : pour tous les achats dont la valeur est au-dessus de ce seuil, l’acheteur public doit appliquer la procédure d’appel d’offres ouvert ou restreint⁴²³, sauf s’il obtient une autorisation préalable lui permettant d’appliquer d’autres procédures⁴²⁴. Cette autorisation est délivrée par l’autorité des finances publiques, qui doit examiner la demande de l’acheteur public d’après les conditions concrètes imposées par l’arrêté. Si l’on cite en exemple la procédure de la négociation compétitive, l’arrêté a en fait énuméré expressément cinq situations dans lesquelles l’autorité des finances publiques peut autoriser l’application de cette procédure : il s’agit, premièrement, du cas où aucune offre n’a été déposée ou seules des offres

423 Article 21 de l’arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics (1999 年财预字 [1999]0139 号《政府采购管理暂行办法》，第 21 条。).

424 Comme les procédures de la négociation compétitive, de la demande de prix, ou de l’achat d’une source unique.

inappropriées ont été déposées après la procédure de l'appel d'offre, deuxièmement du cas où les marchés doivent être conclus immédiatement en raison de l'urgence imprévue et cet état de l'urgence est incompatible avec les conditions des autres procédures, troisièmement du cas où la durée de préparation des dossiers de l'offre est trop longue, quatrièmement du cas où le coût de préparation des dossiers de l'offre est trop élevé, cinquièmement du cas où l'objet de l'achat exige une science ou une technique particulièrement innovée.⁴²⁵ Par-là, nous pouvons constater que le pouvoir réglementaire a déjà prévu les cas exceptionnels où les exigences de la qualité de la prestation doivent être traitées de façon prioritaire, par exemple les cas d'urgence, ou les cas exigeant une science ou une technique particulièrement innovée etc.

Pour le cas où les valeurs des achats sont au-dessous du seuil de l'appel d'offres, la procédure de l'appel d'offre reste quand même la procédure de principe : l'acheteur public ne peut choisir d'autres procédures que dans les cas où les situations de cet achat remplissent les critères énumérés par l'arrêté pour ces procédures. La seule différence à l'égard du cas évoqué précédemment tient au fait que l'autorité des finances publiques n'effectue plus un contrôle en amont, mais qu'un contrôle en aval.⁴²⁶

En bref, en vertu de l'arrêté n°139 de 1999, la marge discrétionnaire laissée à l'acheteur public pour déterminer la procédure de passation est très limitée. Le rôle prioritaire de la procédure de l'appel d'offres a été clairement consacré par le pouvoir réglementaire, et l'application d'autres procédures doit être soumise au contrôle strict de l'autorité des finances publiques d'après les conditions expressément imposées. Mais en tout cas, selon cet arrêté, l'acheteur public reste libre à choisir entre l'appel d'offres ouvert et l'appel d'offres restreint.

Néanmoins, l'entrée en vigueur de la loi relative aux marchés publics en 2003 a encore

425 Article 22 de l'arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics (1999 年财预字 [1999]0139 号《政府采购管理暂行办法》，第 22 条。).

426 Article 35 de l'arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics (1999 年财预字 [1999]0139 号《政府采购管理暂行办法》，第 35 条。).

renforcé ce caractère réglementé en supprimant la possibilité de choisir entre les procédures de l'appel d'offres ouvert et restreint : en vertu de l'article 27 de la loi de 2003, le législateur a désormais imposé un seuil de la procédure de l'appel d'offres ouvert, au lieu du seuil pour l'appel d'offres au sens global.⁴²⁷ Cela signifie que tous les achats dont les valeurs sont au-dessus de ce seuil doivent être soumis à la procédure de l'appel d'offres ouvert, sauf si l'acheteur public obtient une autorisation préalable de l'autorité des finances publiques pour appliquer d'autres procédures.

Le législateur a donc ajouté une liste des situations dans lesquelles l'autorité des finances publiques peut autoriser l'application de l'appel d'offres restreint. Il s'agit de deux situations : en premier lieu, quand « les sources de l'objet de l'achat sont limitées à plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs en raison du caractère particulier de cet objet », en deuxième lieu, quand « le coût procédural résultant du déroulement de l'appel d'offres ouvert est trop lourd en comparant avec les valeurs globales de l'achat en espèce. »⁴²⁸

Par rapport à la procédure de la négociation compétitive, le législateur a réaménagé les cas éligibles en quatre situations : 1. aucune offre n'a été déposée ou seules des offres inappropriées ont été déposées après la procédure de l'appel d'offre ou l'appel d'offres de nouveau reste aussi infructueux ; 2. l'acheteur public n'est pas en mesure de définir seul les exigences et conditions concrètes en raison de sa nature particulière ou de la complexité technique ; 3. la durée nécessaire pour le déroulement de la procédure de l'appel d'offres est incompatible avec le besoin immédiate des usagers ; 4. Il est impossible de définir le prix à l'avance.⁴²⁹

Par rapport à la procédure de l'achat de la source unique, le législateur a raccourci la liste des situations éligibles. En l'occurrence, il a énuméré trois situations au lieu des six prescrites

427 Article 27 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》, 第 27 条。).

428 Article 29 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》, 第 29 条。).

429 Article 30 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》, 第 30 条。).

dans l'arrêté ministériel N°139 de 1999 : 1° il n'existe qu'une seule source d'achat pour l'objet en espèce ; 2° des incidences urgentes et imprévues ont empêché l'acheteur public de solliciter à des autres fournisseurs potentiels ; 3° afin de garantir la réalisation de prestations similaires ou compatibles à celles qui ont été achevées, il faut solliciter le titulaire d'un marché précédent, à la condition que le montant de l'achat complémentaire ne dépasse pas 10% du montant du marché précédent.⁴³⁰

Enfin le législateur a encore précisé la seule situation permettant de recourir à la procédure de demande de prix. Désormais, cette seule situation est concrétisée au cas où les trois critères suivants, au lieu de deux critères antérieurs au 2003, sont réunis : les standards de l'article procuré sont uniformes, ses stocks dans le marché sont foisonnants, et le mouvement de ses prix dans le marché n'est pas évident.⁴³¹

Au demeurant, il est évident que le choix parmi les procédures de passation est fortement réglementé en Chine : un seuil de la procédure de l'appel d'offre ouvert a rendu cette procédure obligatoire pour tous les marchés dont les valeurs sont supérieures à ce seuil ; si l'acheteur public a envie d'adopter d'autres procédures, il faut obtenir une autorisation spécifique après contrôle de l'autorité des finances publiques, qui doit examiner si la situation d'espèce liée à la qualité de la prestation correspond avec des conditions énumérées expressément. Même pour les achats dont la valeur est inférieure à ce seuil, le choix parmi les procédures reste soumis aux conditions évoquées précédemment, et l'autorité des finances publiques va effectuer le même contrôle en aval.

En effet, par-là, la volonté de privilégier la procédure de l'appel d'offres ouvert est bien révélée. JIA Kang, un des membres du groupe d'experts sur la législation relative aux marchés publics, a déclaré directement pendant le processus de législation que « pour tous les achats qui ne sont pas par nature incompatibles avec la procédure de l'appel d'offre, il

430 Article 31 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》, 第 31 条。).

431 Article 32 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》, 第 32 条。).

convient d'écarter les autres procédures et d'appliquer systématiquement la procédure de l'appel d'offre»⁴³², sachant que selon lui « la procédure de l'appel d'offres et la modalité de l'achat centralisé représentent un nouveau modèle d'achat public (qui) ouvre le marché, encourage la concurrence, et applique des règles transparentes, il peut bien établir un lien entre la dépense gouvernementale et le fonctionnement du marché, servir à économiser les deniers publics et lutter contre la corruption, (...), engendrer enfin une amélioration considérable de l'administration des dépenses publiques.»⁴³³ En bref, la mise en œuvre de la procédure de l'appel d'offres est censée comme l'enjeu de la réforme depuis 1995, ce privilège est justement consacré à cause de ses effets favorables à l'économie des deniers publics et à la lutte contre la corruption.

Un tel privilège peut aussi apparaître à travers le fait qu'après l'entrée en vigueur de la loi de 2003 le ministère des finances publiques a publié immédiatement en 2004 un arrêté ministériel à préciser le fonctionnement de la procédure de l'appel d'offres, mais un texte de même nature pour d'autres procédures est finalement publié en 2013.⁴³⁴ En pratique, en raison d'un tel privilège consacré à la fois par le texte juridique et par les réflexions théoriques, la proportion de l'emploi de la procédure de l'appel d'offres ouvert est toujours la plus élevée et atteint généralement de 50% (sauf 48.04% en 2002), voire de 81% et de 83.75% en 2011 et 2012. (Voir tableau 1)⁴³⁵

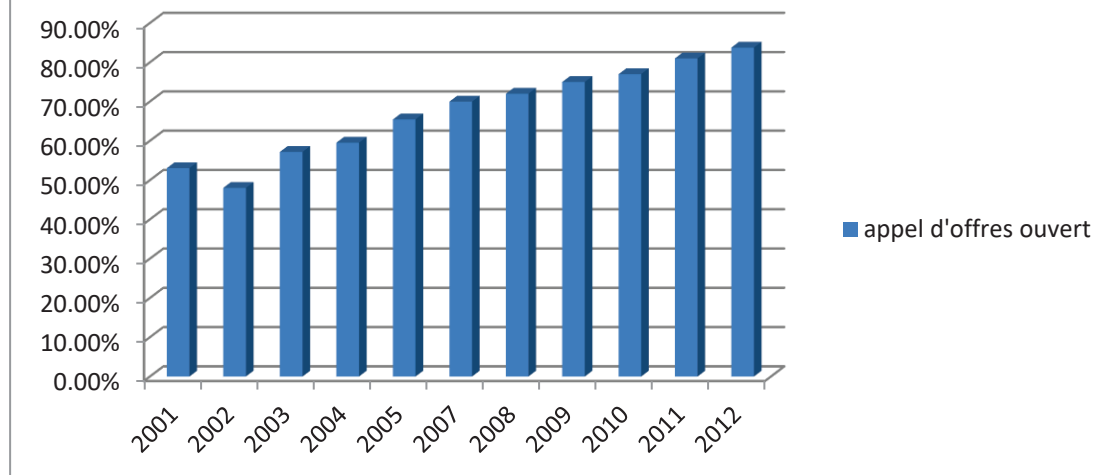
432 JIA Kang, « Les obstacles d'intérêt dans la réforme du régime des marchés publics et la voie de sortie », *op.cit.*, p.21.

433 JIA Kang, « la centralisation et la transparence des marchés publics – Réflexion sur l'esprit de législation relative aux marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°2 2001, p.9. 贾康: “对政府采购集中度和透明度的看法: 关于我国政府采购法立法精神的思考”, 《中国政府采购》2001年第2期, 第9页。).

434 Arrêté ministériel n°74 de 2013 relatif aux procédures de passation des marchés publics autres que l'appel d'offres (2013年财政部令 第74号《政府采购非招标采购方式管理办法》).

435 Tableau fabriqué par l'auteur en vertu des statistiques issues des « Annuaire des marchés publics en Chine(《中国政府采购年鉴》) » (2002-2006, 2008-2013).

Tableau 1 : la proportion de la procédure de l'appel d'offres ouvert



De ce fait, dans la partie ci-après relative à la mise en œuvre de la procédure, on se bornera à analyser la procédure de l'appel d'offre ouvert. Nous allons montrer que l'organisation imposée par le texte juridique de cette procédure manifeste également un caractère réglementé, et qu'un tel caractère est en fait logique et donc inévitable si l'on comprend que ses motivations consistent à économiser les deniers publics et à lutter contre la corruption.

Par rapport à l'organisation de la procédure de l'appel d'offres ouvert, en dépit des sources diverses l'encadrant⁴³⁶, le processus d'une telle procédure a été établi de façon presque uniforme.

Tout d'abord, le délai de dépôt des offres s'impose de façon très stricte : avant l'expiration de ce délai, les concurrents peuvent retirer ou modifier les offres déjà déposées,

⁴³⁶ Antérieur à l'adoption de la loi de 2003, il y a deux textes encadrant la procédure de l'appel d'offre, à savoir l'arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics et l'arrêté ministériel n°363 de 1999 relatif au régime temporaire de l'appel d'offre ; après l'entrée en vigueur de la loi de 2003, elle a distingué la procédure de l'appel d'offre appliquant dans les marchés des travaux et celle appliquant dans les marchés de fourniture et de service. Désormais, les premiers sont encadrés par la loi relative à l'appel d'offres de 2000, les seconds sont encadrés par l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services.

mais lorsqu'il est expiré, l'acheteur public ne peut plus accepter aucune offre, sans exception.⁴³⁷

Ensuite, les enveloppes cachetées contenant les dossiers de candidature et d'offre doivent être ouvertes sous une surveillance multilatérale. Précisément, au début, l'acheteur public doit bien préserver les enveloppes et s'assurer qu'elles restent fermées jusqu'au jour prévu pour leur ouverture.⁴³⁸ Comme nous l'avons déjà mentionné dans la partie relative à l'obligation de publicité, le temps et le lieu de l'ouverture des enveloppes doivent être fixés et publiés par l'acheteur public à l'avance, tous les concurrents qui ont déposé des offres peuvent participer et donc surveiller l'opération d'ouverture des enveloppes cachetées.⁴³⁹ Avant de les ouvrir, il appartient soit aux concurrents ou leurs représentants soit aux notaires invités d'examiner si les enveloppes sont bien fermées. De plus, afin d'assurer la régularité du processus, la présence dans la séance publique d'un représentant de l'autorité des finances publiques était obligatoire en vertu de l'arrêté ministériel n°363 de 1999⁴⁴⁰ ; même si sa présence n'est plus exigée après l'entrée en vigueur de la loi de 2003, elle reste recommandée par l'arrêté

437 Articles 15 et 16 de l'arrêté ministériel n°363 de 1999 relatif au régime temporaire de l'appel d'offre (1999 年财预字[1999]363 号《政府采购招标投标管理暂行办法》, 第 15, 16 条); l'article 31 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年财政部令第 18 号《政府采购货物和服务招标投标管理办法》, 第 31 条); l'article 29 de la loi relative à l'appel d'offre de 2000 (2000 年《招标投标法》, 第 29 条。).

438 Article 15 de l'arrêté ministériel n°363 de 1999 relatif au régime temporaire de l'appel d'offre (1999 年财预字[1999]363 号《政府采购招标投标管理暂行办法》, 第 15 条); l'article 31 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年财政部令第 18 号《政府采购货物和服务招标投标管理办法》, 第 31 条); l'article 28 de la loi relative à l'appel d'offre de 2000 (2000 年《招标投标法》, 第 28 条。).

439 Articles 20 et 21 de l'arrêté ministériel n°363 de 1999 relatif au régime temporaire de l'appel d'offre (1999 年财预字[1999]363 号《政府采购招标投标管理暂行办法》, 第 20, 21 条); l'article 38 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年《政府采购货物和服务招标投标管理办法》, 第 38 条); les articles 34 et 35 de la loi relative à l'appel d'offres de 2000 (2000 年《招标投标法》, 第 34, 35 条。).

440 Article 21 de l'arrêté ministériel n°363 de 1999 relatif au régime temporaire de l'appel d'offre (1999 年财预字[1999]363 号《政府采购招标投标管理暂行办法》, 第 21 条。).

ministériel n°18 de 2004.⁴⁴¹

Puis, sous cette surveillance multilatérale, les enveloppes seront ouvertes par le personnel qui est chargé de l'organisation de l'appel d'offres, donc dans la plupart des cas, du personnel de l'organisme de commissionnaire ou du centre d'achat centralisé. Ce personnel doit ensuite sortir de ces enveloppes une liste résumée où inscrivent les informations essentielles de candidature et d'offre et les lire à haute voix devant tout le monde.⁴⁴² L'arrêté ministériel n°18 de 2004 a encore renforcé l'importance de cette liste : selon l'article 41, « si les contenus inscrits dans les documents complets ne sont pas identiques à ceux inscrits dans la liste résumée, cette dernière l'emporte. »⁴⁴³

Enfin, la commission d'appel d'offres doit examiner les dossiers de candidature des concurrents d'après les conditions générales imposées par l'article 22 de la loi de 2003 ainsi que les conditions spéciales exigées par l'acheteur public. Par-là, la qualité de la prestation peut être relativement garantie. Pour les conditions générales, il s'agit principalement de l'honorabilité commerciale et de la capacité technique du candidat, des enregistrements relatifs aux obligations fiscales et sociales ainsi que des inscriptions au casier judiciaire relatives au candidat. Durant cet examen, la commission d'appel d'offres dispose du pouvoir de s'enquérir auprès des soumissionnaires des obscurités ou disharmonies ou fautes apparentes au sens littéral ou de calcul apparues dans les dossiers des offres déposés. Concrètement, il s'agit d'un processus très formel et réglementé : la commission d'appel d'offres doit tout

441 Article 38 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年财政部令第 18 号《政府采购货物和服务招标投标管理办法》，第 38 条。)

442 Article 22 de l'arrêté ministériel n°363 de 1999 relatif au régime temporaire de l'appel d'offre (1999 年财预字 [1999]363 号《政府采购招标投标管理暂行办法》，第 22 条)；l'article 41 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年财政部令第 18 号《政府采购货物和服务招标投标管理办法》，第 41 条)；l'article 36 de la loi relative à l'appel d'offres de 2000 (2000 年《招标投标法》，第 36 条。)

443 Article 41 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年财政部令第 18 号《政府采购货物和服务招标投标管理办法》，第 41 条。)

d'abord envoyer une lettre aux soumissionnaires en lui demandant de les expliquer ou de les corriger ; les soumissionnaires demandés doivent ensuite y répondre aussi par écrit ; et il faut rappeler que le pouvoir réglementaire a imposé une contrainte importante, selon laquelle les explications ou les corrections en résultant ne peuvent pas dépasser les limites des anciens dossiers d'offre ni modifier leurs contenus substantiels,⁴⁴⁴ puisqu'évidemment une telle sorte d'explication ou de modification porterait atteinte au principe d'égalité, considéré comme essentiel à la réalisation des objectifs de l'économie du prix et de l'intégrité publique.

En somme, tout le processus de l'appel d'offres ouvert est bien programmé par le pouvoir réglementaire et le législateur : ils ont arrangé une séance publique ouverte pour tous les concurrents afin de leur permettre de bien surveiller l'ouverture des enveloppes, en ajoutant encore la surveillance éventuelle du notaire et de l'autorité des finances publiques. L'objectif essentiel est d'assurer l'impartialité du processus. Dans le même ordre d'idées, le pouvoir réglementaire exige même de lire à haute voix les informations essentielles de l'offre et de candidature de chaque concurrent. A travers une telle procédure très réglementée et formaliste, nous pouvons constater que l'objectif profond du concepteur du régime est d'imposer une concurrence propre et honnête, qui aboutira enfin à l'économie des deniers publics et l'intégrité publique.

b. L'évaluation des offres

En ce qui concerne le régime de l'évaluation des offres en Chine, il s'agit en fait de deux questions distinctes : en premier lieu, celle de l'organe compétent pour faire ce choix, et en second lieu, celle des moyens de ce choix.

En Chine, dans la procédure de l'appel d'offres ouvert, il appartient à la commission d'appel d'offres, un organe composé temporairement pour chaque achat, de faire le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Nous allons montrer que pour achever

444 Article 54 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年《政府采购货物和服务招标投标管理办法》，第 54 条。).

notamment les exigences d'impartialité et de professionnalisme, le pouvoir réglementaire a imposé à la fois une composition mathématique de la commission et des conditions rigoureuses pour ses membres. Tout cela a engendré un caractère réglementé très marqué.

La composition de la commission d'appel d'offres est toujours strictement encadrée par le pouvoir réglementaire. Depuis l'arrêté ministériel n°139 de 1999, le pouvoir réglementaire a précisé les règles de composition de cette commission : « la commission d'appel d'offres doit être composée par les représentants du pouvoir adjudicateur et les experts corrélatifs dans les domaines technique et économique, le quorum de la commission doit être un nombre impair inférieur à 5, et le ratio de ces experts doit être au moins de 2/3. »⁴⁴⁵ Evidemment, il s'agit d'une logique d'équilibrage entre les soucis d'impartialité et de professionnalisme avec la nécessité de l'adéquation au besoin de l'acheteur public : les experts représentent une intervention impartiale et professionnelle, et au contraire, les représentants du pouvoir adjudicateur sont chargés d'exprimer les besoins de l'acheteur public et de vérifier qu'ils sont respectés. Mais en même temps, en raison de ce ratio de 2/3, la balance penche quand même plutôt du côté de l'impartialité et du professionnalisme.

L'accent mis sur l'impartialité et le professionnalisme est encore renforcé par l'arrêté ministériel n°363 de 1999, qui a encore conditionné les experts éligibles à l'accès à la commission. En l'occurrence, les experts doivent tout d'abord être titulaires de titres techniques de haut niveau et ensuite avoir déjà travaillé pendant au moins 8 ans dans le domaine auquel l'objet de l'achat appartient. D'ailleurs, selon cet arrêté, les experts doivent être choisis aléatoirement dans les bases de données d'experts établies par les autorités des finances publiques départementales et le ministère des finances publiques. Enfin, cet arrêté a imposé un principe de récusation, selon lequel le personnel de l'autorité des finances publiques ainsi que les personnes intéressées à un ou certains concurrents ne peuvent pas

445 Article 32 de l'arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics (1999 年财预字 [1999]0139 号《政府采购管理暂行办法》，第 32 条。).

devenir membres de la commission d'appel d'offres.⁴⁴⁶

Après l'entrée en vigueur de la loi de 2003, le principe de récusation est également consacré par le législateur⁴⁴⁷, ensuite le pouvoir réglementaire énumère minutieusement les situations concrètes où l'expert doit récuser : l'arrêté ministériel n°119 de 2003 a précisé que si dans les derniers trois ans une personne ou son conjoint/sa conjointe ou sa parenté en ligne directe a été employée par un ou certains concurrents, ou a été nommée comme conseiller pour ce ou ces concurrents, cette personne ne peut pas devenir le membre de la commission ; c'est pareil pour la personne qui a été impliquée dans les trois ans précédents dans des conflits juridiques avec un ou certains concurrents⁴⁴⁸. L'arrêté ministériel n°18 de 2004 a complété ces dispositions en précisant que : 1. les experts qui ont été consultés par l'acheteur public lors de l'établissement des dossiers d'appel d'offres ne peuvent plus devenir membres de la commission ; 2. le personnel de l'acheteur public ne peut pas participer, en tant qu'expert, à la commission composée pour son propre achat ; 3. de même, le personnel de l'organisme de commissionnaire ne peut pas participer, en tant qu'expert, à la commission d'achat qu'il organise.⁴⁴⁹ C'est évidemment pour consolider l'impartialité des experts et de la commission d'appel d'offres.

Par rapport au quorum de la commission, hors la règle générale posée par l'arrêté ministériel n°139 de 1999, l'arrêté ministériel n°18 de 2004 a ajouté une situation d'exception : « pour l'achat dont la valeur est supérieure à 3 millions de Yuan et présentant une complexité particulière au sens technique, le quorum des experts dans les domaines

446 Article 23 de l'arrêté ministériel n°363 de 1999 relatif au régime temporaire de l'appel d'offre (1999 年财预字 [1999]363 号《政府采购管理暂行办法》，第 23 条。).

447 Article 12 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》，第 12 条。)

448 Article 26 de l'arrêté ministériel n°119 de 2003 relatif aux experts chargés de l'évolution en matière de marchés publics (2003 年《政府采购评审专家管理办法》，第 26 条。).

449 Article 45 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年《政府采购货物和服务招标投标管理办法》，第 45 条。).

économique et technique doit être un nombre impair supérieur à 5. »⁴⁵⁰ Après calcul, il en résulte que le quorum global de la commission dans ce cas doit être un nombre impair supérieur à 9. L'objectif est évidemment de renforcer encore la garantie d'impartialité et de professionnalisme pour les achats plus importants et complexes.

De plus, même pour garantir l'impartialité en évitant les collusions éventuelles ou de faire pression sur les experts de la commission, l'arrêté ministériel n°18 de 2004 a imposé à l'instar de la loi relative à l'appel d'offres de 2000 qu'« en principe, les membres de la commission d'appel d'offres doivent être déterminés avant l'ouverture des enveloppes, et leurs informations doivent être gardé le secret jusqu'à la publication du résultat du choix de l'offre. »⁴⁵¹ Dans le même ordre d'idées, pour la première fois, une procédure de délation est créée par cet arrêté : désormais, les membres de la commission sont autorisés à porter plainte devant l'acheteur public ou devant les autres autorités compétentes contre toutes les interventions illégales sur le travail de la commission ou sur le travail d'expert.⁴⁵²

Enfin, un régime de la qualification des experts est établi par l'arrêté ministériel n°119 de 2003. Tout d'abord, comme c'était le cas antérieurement à 2003, les autorités des finances publiques vont examiner, d'après les conditions évoquées précédemment, les aptitudes des personnes qui demandent à devenir des experts de la commission d'appel d'offres ; tous ceux qui ont réussi à être qualifiés seront enregistrés par les autorités des finances publiques dans la base de données des experts et attendront le tirage de l'acheteur public. Ensuite, les nouveautés les plus importantes tiennent en deux points : en premier lieu, les autorités des finances publiques sont désormais autorisées à réexaminer tous les deux ans les aptitudes des

450 Article 45 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年《政府采购货物和服务招标投标管理办法》，第 45 条。).

451 Article 45 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年《政府采购货物和服务招标投标管理办法》，第 45 条。).

452 Article 44 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年《政府采购货物和服务招标投标管理办法》，第 44 条。).

experts qualifiés, et pour ceux qui ne réussissent pas à passer ce test, les autorités des finances publiques retirent les qualifications ;⁴⁵³ en second lieu, les autorités des finances publiques disposent désormais d'un pouvoir de sanction contre les experts qui ont violé les règles juridiques ou disciplinaires, afin de bien les surveiller et d'assurer qu'ils exécuteront leurs fonctions d'évaluation de façon impartiale, professionnelle et régulière.⁴⁵⁴

En bref, force est de constater qu'après l'entrée en vigueur de la loi de 2003, la réglementation destinée à renforcer la garantie d'impartialité et de professionnalisme devient encore plus détaillée et plus complète.

En fait, cette tendance persiste même après 2013 : l'exemple typique tient à la précision continue des situations de récusation pour les experts. En vertu du décret d'application n°658 de la loi relative aux marchés publics en 2015, les situations concrètes où les intéressés doivent se récuser sont continuellement précisées : en premier lieu, dans les trois années précédentes, si une personne a été membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'un ou plusieurs des concurrents, ou été l'actionnaire ou le contrôleur réel d'un ou plusieurs des concurrents, cette personne doit se récuser et donc ne peut pas participer à la commission; en second lieu, il en va de même pour la personne qui a une relation conjugale ou une relation de parenté avec le responsable ou le représentant d'un ou certains concurrents, ainsi que pour la personne qui est dans les trois générations de consanguinité en ligne collatérale du représentant ou du responsable d'un ou certains concurrents ; enfin, toutes les personnes dont le lien avec un ou certains concurrents est susceptible de léser l'impartialité et la sérénité de l'achat public doit se récuser.

En fin de compte, en vue de souligner l'importance de l'impartialité et du

453 Article 12 de l'arrêté ministériel n°119 de 2003 relatif aux experts chargés de l'évaluation en matière de marchés publics (2003 年《政府采购评审专家管理办法》，第 12 条。).

454 Articles 28-35 de l'arrêté ministériel n°119 de 2003 relatif aux experts chargés de l'évaluation en matière de marchés publics (2003 年《政府采购评审专家管理办法》，第 28-35 条。).

professionnalisme dans le choix de l'offre, une composition mathématique de la commission et des conditions rigoureuses pour ses membres sont exigées notamment par le pouvoir réglementaire, tout cela est assuré substantiellement à travers un régime strictement réglementé, qui persiste depuis la genèse du régime des marchés publics jusqu'à aujourd'hui.

Dès lors, comment la commission d'appel d'offres peut-elle effectuer le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ? Les textes antérieurs à 2003 n'ont toujours pas établi de processus officiel. Pour y remédier, l'arrêté ministériel n°18 de 2004 a formulé et précisé les méthodes d'évaluation que la commission d'appel d'offres doit suivre.

Concrètement, le pouvoir réglementaire n'a pas laissé à chaque acheteur public la liberté de déterminer la méthode d'évaluation, en revanche, il a énuméré trois méthodes et a également précisé les cadres essentiels pour chaque méthode. Tout cela est impératif, c'est-à-dire que l'acheteur public ne peut que choisir parmi ces trois méthodes et qu'il doit également bien respecter les cadres imposés pour chaque méthode.

En premier lieu, c'est la méthode du « prix le plus bas (最低评标价法) ». Concrètement, la commission doit comparer les prix proposés par les offres et classer les offres par ordre croissant de prix, le premier situé dans le rang doit donc être le fournisseur qui a proposé le prix le plus bas. Mais, le pouvoir réglementaire a clairement limité l'emploi de cette méthode dans les achats dont l'objet ne concerne que les produits standard ou les services courants. Enfin, il convient de remarquer que si la commission d'appel d'offres a trouvé que « le prix proposé est anormalement bas ou inférieur au coût, et en même temps cela risque de léser la qualité du produit et est susceptible d'empêcher l'exécution loyale du contrat », elle dispose d'un pouvoir d'interroger le soumissionnaire en lui demandant de présenter une explication écrite avec tous les documents justificatifs. S'il refuse de s'expliquer ou si ses explications

n'ont pas réussi de convaincre la commission, cette dernière peut enfin l'évincer.⁴⁵⁵

En second lieu, il s'agit de la méthode de « notation synthétique (综合评分法) ». En l'occurrence, la commission doit examiner chaque offre en évaluant chaque critère énuméré d'après la formule introduite dans l'avis ou les dossiers de l'appel d'offres, et ensuite classer les offres par ordre décroissant des notes finales, le premier situé au rang doit donc être le fournisseur qui a obtenu la note finale la plus élevée. Les critères possibles sont également énumérés par le pouvoir réglementaire, comme le prix, la technique, la qualité du service, l'état de financement et la réputation ainsi que les bilans des affaires anciennes du candidat etc. Cette liste n'est pas exhaustive, et ne revêt alors qu'une valeur facultative. En revanche, le pouvoir réglementaire a présenté impérativement une méthode de calcul pour la note finale, en imposant la formule : « la note finale d'une offre = $F1 \times A1 + F2 \times A2 + \dots + Fn \times An$ », les $A1, A2, \dots, An$ signifiant les pondérations attribuées aux chaque critère, et les $F1, F2, \dots, Fn$ signifiant les notes données par la commission pour chaque critère. De plus, le pouvoir réglementaire a imposé une fourchette sur la pondération du prix : quant à l'achat des fournitures, cette fourchette est de 30% à 60%, quant à l'achat des services, elle est de 10% à 30%. Si l'acheteur public tend à déroger cette fourchette pour les cas exceptionnels, il faut obtenir une autorisation spéciale de l'autorité des finances publiques.⁴⁵⁶

En troisième lieu, c'est la méthode du « rapport qualité-prix (性价比法) ». Même pour cette méthode, le pouvoir réglementaire a imposé un contenu assez précis. Généralement, la commission doit tout d'abord évaluer tous les critères sauf celui de prix, la note globale en résultant doit ensuite être divisée par le prix de cette offre, enfin la commission convient de classer les offres par ordre décroissant de leurs quotients. Le fournisseur situé au premier du

455 Article 51 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年《政府采购货物和服务招标投标管理办法》, 第 51 条。).

456 Article 52 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年《政府采购货物和服务招标投标管理办法》, 第 52 条。).

rang doit donc être celui qui a proposé une offre dont le rapport qualité-prix est le meilleur.⁴⁵⁷

Enfin, dans la dernière étape, la commission doit rédiger un rapport d'évaluation des offres en recommandant un ou plusieurs fournisseurs en tant que candidats pour devenir titulaire du contrat. En principe, l'acheteur public dispose d'un droit de choisir librement parmi les fournisseurs recommandés, mais il existe deux cas dérogatoires : en premier lieu, l'acheteur public peut déléguer préalablement à la commission le pouvoir de désigner le titulaire du contrat, il s'agit donc d'une dérogation à cause de la volonté libre de l'acheteur public ; en second lieu, pour les marchés publics de travaux, l'acheteur public doit désigner le fournisseur situé le premier au rang en tant que le titulaire du contrat, il s'agit d'une dérogation réglementaire consacrée par le décret.⁴⁵⁸

En somme, nous pouvons retenir deux caractéristiques concernant le régime de l'évaluation des offres en Chine : en premier lieu, le concepteur chinois a essayé d'équilibrer l'objectif de l'économie du prix et l'objectif de la qualité de la prestation, c'est la raison pour laquelle le régime de l'évaluation précité a proposé trois méthodes dont deux ont pris en compte les éléments attachés à la qualité de la prestation, et la méthode du « prix le plus bas » ne peut être utilisée que pour les achats dont l'objet ne concerne que les produits standards ou les services courants ; en second lieu, le caractère réglementé s'inscrit profondément à ce régime de l'évaluation, l'acheteur public ne peut choisir que parmi ces trois méthodes d'évaluation, et les cadres essentiels de chaque méthode ont également été précisés par les textes juridiques de valeur impérative, même pour les méthodes de « notation synthétique » et du « rapport qualité-prix », le pouvoir réglementaire a expressément imposé la formule de calcul que l'acheteur public doit appliquer.

457 Article 53 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年《政府采购货物和服务招标投标管理办法》，第 53 条。).

458 Article 55 du décret d'application n°613 de 2012 de la loi relative à l'appel d'offres (2012 年国务院令 第 613 号《招标投标法实施条例》，第 55 条。).

2. La mise en œuvre de la procédure de la concurrence en France

Comme le régime de la procédure de la concurrence en Chine, ci-après nous allons présenter en premier lieu le régime encadrant la détermination de la procédure et sa mise en œuvre en France, et analyser en second lieu le régime de l'évaluation des offres de ce pays.

a. La détermination de la procédure de passation et sa mise en œuvre

Par rapport au régime de la détermination de la procédure de passation en France, il est clair qu'il présente au début une nature très réglementée, et malgré son assouplissement ultérieur, cette nature persiste toujours à un certain degré dans ce régime.

Force est de constater que depuis la genèse du droit des marchés publics, la détermination de la procédure de passation a été très réglementée en France. A cette époque-là, la procédure de droit commun est sans conteste celle de l'adjudication publique, consacrée par le premier article des ordonnances de 1836 et de 1837, selon lequel « tous les marchés (...) seront faits avec concurrence et publicité. »⁴⁵⁹ Dès lors, l'application d'autres procédures doit être soumise aux conditions imposées par le texte : pour adopter l'adjudication restreinte, il faut que les objets du marché « ne (puissent) être sans inconvénient livrés à une concurrence illimitée »⁴⁶⁰ ; pour passer le marché de gré à gré, l'acheteur public est expressément encadré dans douze situations dérogatoires, soit à cause du faible montant du marché (inférieur à dix mille francs pour un seul achat ou inférieur à trois mille francs pour la dépense annuelle dans un marché durant plusieurs années), soit à cause de la particularité des objets du marché, soit à cause de les circonstances exceptionnelles comme les cas d'urgence évidente et imprévue, le cas de défaut d'offre ou prix inacceptable ; pour effectuer « les achats faits sur simple facture », les conditions sont aussi expressément imposées, les objets des achats « devront être livrés immédiatement, et dont la valeur

459 Le premier article de l'ordonnance du 4 décembre 1836 sur les marchés passés au nom de l'Etat.

460 Article 3 de l'ordonnance du 4 décembre 1836 sur les marchés passés au nom de l'Etat.

n'excédera pas cinq cents francs. »⁴⁶¹

La priorité attribuée à l'adjudication publique au regard d'autres procédures est justifiée essentiellement par les objectifs d'économie des deniers publics et de garantie de l'intégrité publique : « c'est pour satisfaire cet intérêt (financier) (...) qu'on applique ainsi le procédé de l'adjudication »⁴⁶², et en même temps, l'adjudication a été « conçue avec le souci majeur (...) d'écarter des fonctionnaires toute suspicion »⁴⁶³. La qualité de la prestation a également été prise en compte, mais de façon beaucoup moins importante.

Dans le même ordre d'idées, le décret du 18 novembre 1882 a maintenu la structure de l'emploi des différentes procédures comme la précédente, sous réserve de réajuster certains montants et conditions : par exemple, le seuil pour passer le marché de gré à gré a été modifié à 20.000 francs pour un seul achat et 5.000 francs pour la dépense annuelle dans un marché durant plusieurs années⁴⁶⁴ ; de plus, une nouvelle situation énumérée ouverte au marché de gré à gré tient aux « travaux que des nécessités de sécurité publique empêchent de faire exécuter par voie d'adjudication »⁴⁶⁵.

Avec la publication du décret de 1942, il y a deux modifications sur les procédures de passation : le pouvoir réglementaire a d'un côté officialisé les pratiques administratives de l'adjudication sur coefficient, et a d'un autre côté inventé la procédure de l'appel d'offres. Comme c'était le cas d'autrefois, leurs emplois sont toujours soumis aux conditions imposées expressément par le texte : quant à l'adjudication sur coefficient, il faut que les objets des marchés « ne répondent pas à un type uniforme dont les spécifications puissent être définies

461 Article 2 de l'ordonnance du 4 décembre 1836 sur les marchés passés au nom de l'Etat.

462 Roger Bonnard, *op.cit.*, p.154.

463 André Coutaud, « Le régime administratif des marchés de l'Etat et des établissements publics nationaux », in Armand Bizaguet, *Les marchés publics et leur financement*, Dalloz 1962, p.63.

464 Le 1° de l'article 18 du décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat.

465 Le 7° de l'article 18 du décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat.

avec précision et pour lesquels la concurrence porte à la fois sur le prix et sur le mérite technique des projets ou échantillons présentés, lorsque ce mérite technique peut être évalué par des coefficients de qualité susceptibles d'être combinés avec des coefficients de prix pour l'attribution automatique»⁴⁶⁶. Par rapport à l'appel d'offres, le texte a énuméré quatre situations dans lesquelles l'acheteur public peut y faire recours : il s'agit soit du marché dont le montant est faible ; soit des « cas d'urgence amenée par des circonstances imprévisibles », incompatibles donc avec les délais exigés par les procédures de l'adjudication ; soit du cas défaut d'offre ou avec les conditions inacceptables ; soit des cas où « le jeu normal de la concurrence est entravé » par l'état du marché ou par des décisions juridiques.⁴⁶⁷

Après la réforme lancée par ce décret, nous pouvons d'un côté constater qu'en vertu de ce décret l'acheteur public ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire à déterminer la procédure, ce qui révèle la persistance de la nature réglementée existant depuis la genèse du régime ; de plus, d'un autre côté, nous pouvons identifier un effort considérable pour équilibrer les exigences liées à l'économie des deniers publics et à l'intégrité publique avec les exigences issues de la qualité de la prestation, dans le contexte particulier de cette époque où « la complexité sans cesse croissante de la technique (...) a eu pour effet de restreindre considérablement la masse des prestations simples et courantes faisant l'objet de marchés »⁴⁶⁸. C'est effectivement pour satisfaire les besoins de plus en plus compliqués faisant l'objet de l'achat que le pouvoir réglementaire en France a prescrit les deux procédures évoquées ci-dessus : « on a voulu ainsi établir, pour la passation des marchés publics, un régime souple et nuancé comportant des dégradés successifs depuis l'absence totale de choix de l'administration jusqu'à son libre choix, adapté à la variété de nature et d'objet des marchés et tendant à concilier les deux intérêts administratif et financier en présence. »⁴⁶⁹

466 Article 18 du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

467 Article 20 du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

468 André Coutaud, *op.cit.*, p.63-64.

469 Roger Bonnard, *op.cit.*, p.159.

Le décret de 1956 cherche également à régler un tel équilibre, mais penche davantage en faveur de la qualité de la prestation : dès lors la primauté de l'adjudication a officiellement été supprimée en droit positif, l'article 14 du décret de 1956 a prescrit que « les marchés de l'Etat peuvent être passés soit par adjudication ou sur appel d'offres, au choix du ministre, soit sous forme de marchés de gré à gré dans les cas visés à l'article 35 ci-dessous »⁴⁷⁰, donc la procédure de l'adjudication se trouve désormais en pied égal au regard de la procédure de l'appel d'offres. Cela signifie aussi que les règles dans le décret de 1946 déterminant le choix entre ces deux séries de procédures sont supprimées. Néanmoins, malgré ce geste de déréglementation, la passation sous forme de gré à gré reste encadrée par des conditions strictement définies par le texte : les articles 35 et 36 du décret de 1956 ont énuméré limitativement les cas dans lesquels on peut y faire recours. C'est pareil pour des travaux sur mémoires et des achats sur factures : l'article 39 encadre expressément leurs utilisations en imposant quatre situations susceptibles.

Sous l'empire du code des marchés publics en 1964, la structure générale de l'emploi des différentes procédures a été maintenue : la passation des marchés de gré à gré reste sous conditions énumérées dans les articles 104 et 105 du code pour les marchés de l'Etat et ses établissements, et les articles 308, 309 et 310 pour les marchés des collectivités territoriales et leurs établissements. Au-delà, le rédacteur du code a encore raffiné cette structure, en divisant parmi les marchés de gré à gré deux catégories différentes sous conditions variées, il s'agit de la distinction entre les marchés négociés précédés d'une mise en concurrence et les marchés négociés sans mise en concurrence préalable.⁴⁷¹ De plus, le rédacteur a encore ajouté certaines nouvelles procédures, par exemple, les marchés dits « d'études ».⁴⁷²

En somme, comme André de Laubadère l'a bien résumé dans les années 1980, « le

470 Décret n°71-50 du 18 janvier 1971 a généralisé cette réforme aux marchés de collectivités territoriales et leurs établissements en prescrivant que ces marchés « donnent lieu à l'adjudication ou à l'appel d'offres ouvert sauf exceptions ».

471 Article 104 du code des marchés publics de 1964.

472 Articles 106-111 du code des marchés publics de 1964.

régime juridique a évolué dans le sens de la réglementation et de la différenciation. »⁴⁷³

Cette idée a également été suivie par le rédacteur du code des marchés publics en 2001. Malgré la suppression de la procédure de l'adjudication dans ce code, qui peut être expliquée comme un assouplissement de la nature réglementée et un rééquilibrage en faveur de la qualité de la prestation, cependant, force est de constater que le rédacteur du code de 2001 a toujours insisté pour différencier les situations nuancées et ensuite pour imposer les règles spécifiquement adaptées : « En principe, [les marchés publics] sont passés sous la forme d'appel d'offres. Toutes les autres procédures ne sont que des procédures d'exception, dont l'utilisation dépend soit du montant du marché, soit de son objet. »⁴⁷⁴

Tout d'abord, le rédacteur a inventé une nouvelle procédure baptisée « la mise en concurrence simplifiée », qui « est la procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché à la suite de négociation avec plusieurs candidats, après publicité et mise en concurrence »⁴⁷⁵, en bref, il s'agit donc d'une procédure de conciliation entre la procédure de l'appel d'offres et les marchés négociés. Le rédacteur du code a imposé cette procédure spécifique à une situation concrète dans laquelle le montant du marché « est inférieur à 130.000 euros HT pour l'Etat ou à 200.000 euros HT pour les collectivités territoriales. »⁴⁷⁶

Ensuite, le rédacteur a encore distingué trois catégories de marchés négociés : la première catégorie concerne le marché négocié après publicité préalable et mise en concurrence ; la seconde est le marché négocié sans publicité préalable mais après mise en concurrence : la troisième consiste au marché négocié sans publicité et sans mise en concurrence. Les situations concrètes dans lesquelles l'acheteur public peut y recourir sont expressément définies et énumérées dans l'article 35 du code de 2001 : par exemple, pour

473 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.643.

474 Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p.189.

475 Le premier paragraphe de l'article 32 du code des marchés publics de 2001.

476 Le second paragraphe de l'article 32 du code des marchés publics de 2001.

adopter la première catégorie, le code a prescrit trois cas concrets, soit après un appel d'offres infructueux, soit pour les marchés de services « lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres », soit pour les marchés de travaux et de fournitures « qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement sans finalité commerciale immédiate ». Le rédacteur a encore énumérés trois cas pour la seconde catégorie et quatre cas pour la troisième catégorie.⁴⁷⁷

Enfin, le rédacteur a établi deux procédures spécifiques pour répondre à des besoins particuliers de l'acheteur public. En premier lieu, il s'agit de la procédure de l'appel d'offres sur performances, à laquelle l'acheteur public peut recourir dans deux hypothèses : soit lorsque l'acheteur public « n'est pas en mesure de définir les moyens techniques ou autres pouvant satisfaire à ses besoins, c'est-à-dire lorsqu'il est impossible d'élaborer un cahier des charges décrivant explicitement les moyens à mettre en œuvre pour satisfaire le besoin »⁴⁷⁸, soit lorsqu'il « n'est pas en mesure d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques ou financières permettant de satisfaire à ces besoins », c'est-à-dire que « des solutions techniques existent, mais l'acheteur public se trouve dans l'incapacité d'en évaluer correctement la valeur technique et le coût. »⁴⁷⁹ En second lieu, il s'agit du concours ouvert ou restreint, qui peut être, selon le code de 2001, utilisé dans deux cas : soit lorsque l'acheteur public veut « choisir un plan ou un projet », soit lorsque le montant du marché de maîtrise d'œuvre est supérieur à 200.000 euros HT, dans ce cas, l'acheteur public est tenu d'organiser un concours restreint.

Evidemment, depuis la genèse du régime des marchés publics jusqu'au code de 2001, en

477 Article 35 du code des marchés publics de 2001.

478 Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, op.cit., p.175.

479 *Ibid.*, p.175.

dépôt de certains assouplissements, la détermination de la procédure de passation est toujours réglée formellement et précisément par le texte juridique, en vue de réaliser les objectifs de l'économie des deniers publics et de l'intégrité publique.

Au-delà, le concepteur du droit des marchés publics en France intervient également dans l'organisation concrète du processus de la procédure de la concurrence.

Il s'agit en fait d'une sorte d'objectivation du processus de la concurrence, qui est également conçue favorable aux objectifs de l'économie des deniers publics et de l'intégrité publique. Mais, en vue de rééquilibrer avec les exigences issues de la qualité de la prestation, les processus de la concurrence ont également subi certains assouplissements durant l'évolution des procédures de passation. Nous allons alors présenter successivement les processus du déroulement des procédures principales en France : la procédure de l'adjudication, celle de l'appel d'offres ainsi que le marché de gré à gré.

« L'adjudication a été dès l'origine minutieusement réglementée. »⁴⁸⁰ L'ordonnance de 1836 a déjà imposé le principe selon lequel l'adjudication doit avoir lieu en séance publique, et a également posé que « les soumissions devront toujours être remises cachetées. »⁴⁸¹ Le décret du 1882 a encore précisé le processus de l'adjudication en prescrivant que « les plis renfermant les soumissions sont ouverts en présence du public ; il en est donné lecture à haute voix. »⁴⁸² Se basant sur ces grandes lignes structurelles, les instructions ministérielles ont encore apportés maintes précisions. Nous pouvons ainsi résumer le processus de l'adjudication en quatre étapes suivantes : tout d'abord, l'opération de l'adjudication a lieu en séance publique, « non seulement les concurrents, mais le public également y sont admis »⁴⁸³, et après la déclaration de la séance ouverte par le président, « le membre technique (...) donne

480 André Coutaud, *op.cit.*, p.63.

481 Article 7 de l'ordonnance du 4 décembre 1836 sur les marchés passés au nom de l'Etat.

482 Article 13 du décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat.

483 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.626.

lecture des articles de l'instruction ministérielle sur la passation des marchés par adjudication et du cahier des charges spéciales dont la communication est réclamée par les concurrents à l'adjudication et en tant que cette communication est jugée utile par la commission. »⁴⁸⁴ Ensuite, le président réclame le dépôt des soumissions, qui doivent être en principe remises sur place en séance publique sous enveloppes cachetées, sauf les dérogations expressives issues du cahier des charges.⁴⁸⁵ A l'expiration du délai fixé et réclamé pour le dépôt des soumissions, « le président les décachette successivement dans l'ordre des numéros, les dates, les vises et les soumet à l'examen de la commission ».⁴⁸⁶ Puis, la commission va examiner d'après le répertoire des entrepreneurs et fournisseurs exclus des adjudications et marchés, et écarter les soumissions dont le titulaire figurerait sur ce répertoire.⁴⁸⁷ « Décision prise par la commission, à la suite de cet examen, est notifiée, de vive voix, aux intéressés ».⁴⁸⁸ Enfin, le président donne « lecture de toutes les soumissions reçues sauf celles dont les dépôts n'ont pas été accepté »⁴⁸⁹, le membre technique fait « établir un tableau de classement des soumissions, dans l'ordre des moins disant. »⁴⁹⁰ En bref, il s'agit d'une procédure strictement formaliste et sous la surveillance du public : toutes les étapes ont été standardisées, et la lecture à haute voix non seulement aux concurrents mais au public lui permet d'être bien surveillé. Comme nous l'avons déjà mentionné, c'est essentiellement à cause du souci majeur « d'écarter des fonctionnaires toute suspensions »⁴⁹¹, et la concurrence honnête en résultant est « considérée à cette époque comme devant sauvegarder au mieux les intérêts financiers de l'Etat. »⁴⁹²

484 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration* (Vol.4), *op.cit.*, p.97.

485 Article 13 du décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat.

486 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration* (Vol.4), *op.cit.*, p.98.

487 *Ibid.*, p.98-99.

488 *Ibid.*, p.99.

489 *Ibid.*, p.99.

490 *Ibid.*, p.99.

491 André Coutaud, *op.cit.*, p.63.

492 *Ibid.*, p.63.

Afin de mieux tenir en compte l'objectif de la qualité de la prestation, le décret de 1942 a officialisé l'adjudication sur coefficients. Le processus de cette procédure est presque même au regard de l'adjudication publique, sauf qu'avant l'ouverture et la lecture des plis renfermant les offres de prix il faut attribuer des coefficients de la qualité aux projets ou échantillons déposés et rendre publique ces résultats.⁴⁹³ Par-là, la qualité de l'objet de l'achat sera examinée à l'avance, le résultat fait également l'objet de la surveillance du public.

D'ailleurs, comme nous l'avons déjà évoqué, le décret de 1942 a premièrement inventé la procédure de l'appel d'offres. Cette nouvelle procédure a pareillement pour l'objectif de rééquilibrer les exigences issues de la qualité de la prestation, ou comme Roger Bonnard a bien formulé, « le procédé de l'appel d'offres tend à donner principalement satisfaction à l'intérêt administratif par le fait du libre choix de l'entrepreneur ou du fournisseur par l'administration. »⁴⁹⁴ Au niveau du régime, la procédure de l'appel d'offres comporte essentiellement « le libre choix de l'entrepreneur par l'administration parmi les concurrents qui se sont présentés, (...) par ailleurs, on applique les règles prévues pour les marchés par adjudication pour la publicité et la mise en concurrence. »⁴⁹⁵ Néanmoins, le décret de 1942 n'a pas beaucoup défini le processus du déroulement de cette procédure, « cette procédure a reçu une forme détaillée et précise par le décret du 13 mars 1956 »⁴⁹⁶. Alors, en vertu du décret de 1956, nous pouvons identifier au niveau du processus du déroulement trois éléments différents au regard de l'adjudication, ces trois éléments n'ont pas été changées même dans les codes de 1964 et de 2001 : En premier lieu, dans la procédure de l'appel d'offres, le dépôt des soumissions n'aura pas lieu sur place en séance publique, en revanche, « les plis contenant les offres doivent être envoyés par la poste et recommandés. »⁴⁹⁷ Par conséquent, le

493 Article 19 du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

494 Roger Bonnard, *op.cit.*, p.164-165.

495 *Ibid.*, p.164.

496 André Coutaud, *op.cit.*, p.65.

497 Le 2ème paragraphe de l'article 26 du décret du 13 mars 1956 relatifs aux marchés passés au nom de l'Etat.

fonctionnaire chargé du déroulement de la procédure doit faire l'enregistrement des soumissions « dans leur ordre d'arrivée sur un registre spécial » et les assurer « rester cachetés jusqu'au moment de leur ouverture. »⁴⁹⁸ En second lieu, dans la procédure de l'appel d'offres, « la séance d'ouverture des plis contenant les offres n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis. »⁴⁹⁹ Même si un procès-verbal sera établi pour cette opération d'ouverture, « il ne peut être rendu public, ni communiqué à aucun candidat. »⁵⁰⁰ En troisième lieu, les soumissions n'auront pas fait l'objet de la lecture, le classement des soumissions n'est plus public, en revanche, « l'administration élimine les offres non conformes à l'objet du marché ; elle choisit librement l'offre qu'elle juge la plus intéressante. »⁵⁰¹ Le manque de la publicité dans le stade de dépouillement des offres a été reproché, mais « le motif qui peut être donné pour justifier l'absence de publicité à ce stade tient au mode de sélection des entreprises et à la nécessité de laisser à l'Administration une entière liberté d'appréciation. »⁵⁰²

En bref, au regard de la procédure de l'adjudication, l'appel d'offres se déploie de façon moins ouverte mais beaucoup plus discrète, l'administration dispose ainsi de beaucoup plus de marge discrétionnaire dans cette procédure. Néanmoins, il ne faut pas l'exagérer, puisqu'à la différence du marché de gré à gré, il existe dans l'appel d'offres une « interdiction pour l'Administration d'entamer librement, après le dépouillement des offres, une phase de négociation avec un ou plusieurs candidats ». ⁵⁰³ La raison de cette interdiction tient essentiellement au risque éventuel de mettre en échec l'égalité entre les concurrents « puisque les pourparlers ultérieurs seraient limités à un certain nombre des entreprises primitivement consultées. »⁵⁰⁴ Par-là, nous pouvons ainsi comprendre que la procédure de l'appel d'offres

498 Article 26 du décret du 13 mars 1956 relatifs aux marchés passés au nom de l'Etat.

499 Le 2ème paragraphe de l'article 27 du décret du 13 mars 1956 relatifs aux marchés passés au nom de l'Etat.

500 Le 3ème paragraphe de l'article 27 du décret du 13 mars 1956 relatifs aux marchés passés au nom de l'Etat.

501 Le premier paragraphe de l'article 28 du décret du 13 mars 1956 relatifs aux marchés passés au nom de l'Etat.

502 André Coutaud, *op.cit.*, p.66.

503 *Ibid.*, p.66.

504 *Ibid.*, p.66.

assure quand même « une certaine satisfaction à l'intérêt financier par la mise en concurrence qu'il comporte. »⁵⁰⁵

Enfin, en ce qui concerne le marché de gré à gré, « c'est le procédé de l'entente directe qui comporte la plus grande liberté pour l'administration dans la passation du marché. »⁵⁰⁶ Dans les ordonnances de 1836 et de 1837, le premier article a directement exonéré les marchés de gré à gré de toutes les obligations de publicité et de concurrence. L'objectif derrière consiste à réserver à l'administration le pouvoir discrétionnaire pour le choix du cocontractant, qui a été considéré par Gaston Jèze du principe général.⁵⁰⁷ Il convient de signaler que c'est un principe fermement consacré, André de Laubadère l'a même fait référence dans les années 1980 en déclarant qu'« il est hors de discussion que lorsqu'aucun texte ne prescrit l'emploi d'une procédure limitant la liberté de l'administration, spécialement l'adjudication, l'administration peut choisir librement, discrétionnairement, son cocontractant. »⁵⁰⁸ Néanmoins, un tel principe n'a pas toujours pour conséquence d'exonérer le total des obligations de publicité et de mise en concurrence. En revanche, nous pouvons en fait clairement identifier une tendance d'accentuer ces obligations pesant sur le marché de gré à gré.

Comme nous l'avons déjà mentionné, les ordonnances de 1836 et de 1837 n'ont pas imposé les obligations de la mise en concurrence sur les marchés de gré à gré, même pour le décret du 18 novembre 1882, dont le premier article déclare clairement que « les marchés de travaux, fournitures ou transports au compte de l'Etat sont faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions mentionnées à l'art. 18 ci-après »⁵⁰⁹, qui définit ainsi les cas susceptibles à recourir aux marchés de gré à gré. Néanmoins, depuis le décret de 1942, les marchés de gré à

⁵⁰⁵ Roger Bonnard, *op.cit.*, p.162.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p.165.

⁵⁰⁷ Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration* (Vol.4), *op.cit.*, p.73.

⁵⁰⁸ André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.655.

⁵⁰⁹ Le premier article du décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat.

gré ont commencé à être imposés à l'obligation de la mise en concurrence au sens du principe. Dans l'article 23, il a prescrit que « lorsqu'un marché doit être passé par entente directe avec le fournisseur ou l'entrepreneur, il appartient au service intéressé d'assurer dans toute la mesure du possible la publicité préalable et la concurrence »⁵¹⁰, mais le rédacteur du décret n'a toujours pas précisé les exigences concrètes liées à cette obligation. Comme un auteur l'a bien résumé dans les années 1960, « à la différence des autres procédures, le gré à gré n'est pas réglementé en ce sens que l'Administration entame les négociations dans les formes qu'elle juge les plus expédientes. Mais elle est tenue de mettre les entreprises en concurrence toutes les fois que les circonstances le permettent. »⁵¹¹ Sous l'empire du code des marchés publics en 1964, « l'idée de concurrence » a été continuellement considérée comme « un élément du marché négocié, au moins en principe. »⁵¹² Mais, étant plus avancé que le décret de 1942, le code de 1964 a distingué parmi les marchés négociés de ceux avec mise en compétition et ceux sans mise en compétition, et a essayé d'imposer une certaine formalité aux premiers. Concrètement, pour ces premiers, la mise en concurrence n'est effectuée qu'à travers une simple exigence de publicité : « la personne responsable du marché met en compétition, par une consultation écrite au moins sommaire, les candidats susceptibles d'exécuter le marché »⁵¹³, selon l'instruction du 4 mai 1976, « cette consultation pourra faire l'objet d'une publicité par des moyens jugés plus adaptés, éventuellement par voie d'annonces au Bulletin Officiel des Annonces de Marchés Publics. »⁵¹⁴ En bref, il s'agit d'une formalité favorable à la mise en concurrence, mais simplement d'« un minimum de formalités ».⁵¹⁵

Le code des marchés publics en 2001 a allé encore plus loin en séparant des marchés

510 Article 23 du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

511 André Coutaud, *op.cit.*, p.67.

512 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.647.

513 Article 104 du code des marchés publics de 1964.

514 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.648.

515 *Ibid.*, p.648.

négociés la procédure de la mise en concurrence simplifiée, qui constitue en effet « une variante du marché négocié »⁵¹⁶, et s'applique dans le cas du montant faible, donc un cas réservé depuis longtemps aux marchés négociés. En vue d'appliquer l'obligation de la mise en concurrence sur cette procédure, le rédacteur a appliqué en fait les mêmes formalités pour la procédure de l'appel d'offres. La seule différence essentielle tient à la possibilité pour l'acheteur public de négocier même après examen des offres avec « le ou les candidats ayant présenté les offres les plus intéressantes », autrement dit, « la personne responsable du marché n'est pas tenue de négocier avec tous les candidats admis à présenter une offre », sous réserve de respecter le principe d'égalité entre les concurrents.⁵¹⁷

De plus, même pour les marchés restés au titre des marchés négociés, le rédacteur a bien réexaminé les cas habituels et sélectionné parmi eux les cas susceptibles à être soumis aux obligations de mise en concurrence, il s'agit des cas énumérés aux I. II de l'article 35. Pour lesquels, une série de formalités a ensuite été imposée dans les articles 66 et 67 : elles concernent tout d'abord les exigences au terme de publicité, et ensuite les stades minimaux du processus. Enfin de compte, évidemment, le code de 2001 a bien poussé l'objectivation du processus des marchés de gré à gré/négociés, durant cette évolution, un caractère réglementé peut toujours être identifié, malgré la portée assez faible au regard de celui inscrit dans la procédure de l'adjudication.

b. L'évaluation des offres

En ce qui concerne le régime de l'évaluation des candidatures et des offres en France, il s'agit en fait de deux questions différentes : en premier lieu, quel organe est compétent d'évaluer des candidatures et des offres ? En second lieu, comment peut-il effectuer cette évaluation ? Nous allons traiter successivement ces deux questions.

Par rapport à la première question, les textes du droit des marchés publics en France l'ont

⁵¹⁶ Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, op.cit., p.204.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p.205.

précisément réglementé depuis très longtemps. Les ordonnances de 1836 et de 1837 ainsi que le décret de 1882 ont déjà mentionné l'existence du bureau d'adjudication publique⁵¹⁸. Il s'agit en fait d'une commission spécifique confiée pour procéder à l'adjudication, dont la composition a fait toujours l'objet d'une réglementation très stricte, malgré le fait que le texte général relatif aux marchés publics garde presque toujours le silence sur cette question. Nous allons montrer que l'enjeu lié à la réglementation de la composition de la commission consiste également à bien équilibrer les exigences des objectifs de l'économie des deniers publics et de l'intégrité publique avec la nécessité d'assurer la qualité de la prestation.

Au début, la composition de la commission a été généralement réglée par les instructions ministérielles, en vertu desquelles, « la commission d'adjudication comprend trois membres. »⁵¹⁹ « Pour les marchés de l'Etat, les règlements prescrivent ordinairement de faire figurer dans la commission, à côté du maire président, un membre technique et un membre juriste, ce dernier étant spécialement chargé de veiller à l'observation des formes et des dispositions réglementaires. »⁵²⁰ Par exemple, l'article 3 de l'instruction du 21 novembre 1921 relative aux marchés de la guerre a prescrit que « les adjudications sont passées en séance publique et par les soins d'une commission comprenant trois membres, savoir : 1° Le maire ou son délégué, représentant de l'autorité civile, président ; 2° Le chef du service pour lequel a lieu l'adjudication, ou son délégué, membre technique ; 3° a) Si le membre technique est fonctionnaire de l'intendance, un officier de la garnison, d'un grade inférieur à celui du membre technique ; b) Un fonctionnaire de l'intendance dans le cas où, par suite de la nature du marché, le membre technique n'est pas un fonctionnaire de l'intendance : ce fonctionnaire a surtout un rôle juridique : il veille à l'observation des formes prescrites et des dispositions

518 Article 7 des ordonnances du 4 décembre 1836 et du 14 novembre 1837 ; l'article 13 du décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat.

519 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration* (Vol.4), *op.cit.*, p.97.

520 *Ibid.*, p.97.

réglementaires. »⁵²¹ De cette règle générale relative à la composition, nous pouvons en fait distinguer deux séries des membres : la première concerne les personnes qui sont qualifiées de comprendre et de définir les besoins de l'acheteur public, il s'agit normalement du représentant de l'autorité, comme le maire président, et du membre technique, comme le chef du service pour lequel a lieu l'adjudication ; la seconde concerne les personnes qui sont chargées de surveiller la régularité de la procédure de l'adjudication, il s'agit du membre juriste, qui « veille à l'observation des formes prescrites et des dispositions réglementaires. » Ces deux séries des membres composant dans une commission ont enfin abouti à un équilibre entre les exigences de la qualité de la prestation, ceci peuvent être assurées par le représentant de l'autorité et le chef du service, et les nécessités de l'économie des deniers publics et de l'intégrité publique, ceci peuvent être garanti par le membre juriste à travers sa surveillance sur la régularité. C'est la raison pour laquelle, pour la composition de la commission, Gaston Jèze a remarqué que « cette forme collégiale garantit son impartialité. »⁵²² La logique derrière tient en effet à une idée que nous avons déjà mentionnée précédemment, selon laquelle le régime des marchés publics est pour l'intérêt général mais pas seulement pour l'intérêt de l'Administration, c'est justement à cause de cette idée qu'il faut garantir l'impartialité de la commission et donc ajouter dans la commission les membres chargés de surveiller la régularité de la passation.

A la suite de cette idée, le rédacteur du code de 1964 a d'un côté respecté l'autonomie de l'Administration de l'Etat à organiser la composition de la commission, et d'un autre côté a encore imposé la participation d'un membre chargé de la surveillance de la régularité. Concrètement, l'article 83 du code de 1964 a tout d'abord déclaré que « la composition et le fonctionnement des commissions d'adjudication ou d'appel d'offres sont fixés : 1° En ce qui concerne les administrations centrales de l'Etat, par le ministre ; 2° En ce qui concerne les

521 Article 3 de l'instruction du 21 novembre 1921 relative aux marchés de la guerre.

522 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration* (Vol.4), *op.cit.*, p.97.

services déconcentrés de l'Etat, par le préfet ; 3° En ce qui concerne les établissements publics, par les règles propres à chaque établissement. »⁵²³ En bref, il appartient à chaque administration de définir les règles relatives à l'organisation de sa propre commission. Ce même article impose ensuite qu'« en outre, un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est membre de la commission à titre consultatif. Il peut demander que son avis soit porté au procès-verbal. »⁵²⁴ Ce membre issu de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes charge alors de surveiller les infractions éventuelles dans ces matières.

Au-delà, les analyses sur certains exemples concrets pourraient nous aider mieux comprendre la composition de la commission. Par exemple, le ministre de l'éducation nationale a publié en 1995 un arrêté à régler la composition d'« une commission d'adjudication et d'appel d'offres compétente pour les marchés publics passés au nom de l'Etat par l'administration centrale du ministère de l'éducation nationale », dont l'article 2 a distingué deux sortes des membres : la première concerne les membres avec voix délibérative, qui se composent de trois séries des membres, savoir « la personne responsable des marchés » ou son représentant, « trois représentants de la direction pour le compte de laquelle l'adjudication ou l'appel d'offres est lancé », et « le contrôleur financier central ou son représentant »⁵²⁵ ; la seconde concerne les membres avec voix consultative, qui sont composés de trois séries des membres, savoir « un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes », « un représentant de la direction générale des finances et du contrôle de gestion », « toute personne qualifiée dont la présence sera jugée utile par le président ».⁵²⁶ De ce exemple, nous pouvons tout d'abord

523 Le 2ème paragraphe de l'article 83 du code des marchés publics en 1964.

524 Le 3ème paragraphe de l'article 83 du code des marchés publics en 1964.

525 Le a) de l'article 2 de l'arrêté ministériel du 6 avril 1995 fixant la composition et le fonctionnement des commissions d'adjudication et d'appel d'offres pour les marchés publics passés au nom de l'Etat par l'administration centrale du ministère de l'éducation nationale.

526 Le b) de l'article 2 de l'arrêté ministériel du 6 avril 1995.

identifier les membres chargés de définir les besoins (**la personne responsable des marchés**, trois représentants de la direction), et les membres confiés à surveiller la régularité de la passation (le contrôleur financier central, un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, un représentant de la direction générale des finances et du contrôle de gestion). D'ailleurs, le président peut encore inviter toute personne qualifiée à participer la commission, qui est capable de donner les avis professionnels.

Cette composition tripartite a été en fait largement adoptée. Dans le cadre des marchés pour l'Etat, par exemple, par rapport à la commission composée pour les marchés passés par l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes, l'arrêté du 5 mai 1992 a aussi prescrit trois séries des membres : la première concerne « la personne responsable des marchés » et « un représentant du ou des services utilisateurs » qui définissent le besoin de l'acheteur public, la deuxième concerne « le chef des services de la comptabilité de l'association ou son représentant » et « le membre du corps du contrôle général économique et financier auprès de l'A.F.P.A » ainsi que « le représentant du directeur général de la concurrence et de la consommation au ministère de l'économie et des finances », qui sont confiés à surveiller la régularité de la passation ; la troisième concerne « toutes personnes dont la compétence pourra être jugée utile », qui sont alors à même de donner les avis professionnels.⁵²⁷ Dans le cadre des marchés pour les collectivités territoriales, l'article 279 du code de 2001 a précisément imposé les composants de la commission, dans lesquels nous pouvons également identifier trois catégories des membres.⁵²⁸

527 Article 2 de l'arrêté ministériel du 5 mai 1992 fixant la composition et le fonctionnement de la commission d'ouverture des plis, ainsi que d'agrément des candidatures, pour les marchés de travaux, fournitures, services ou études passés par l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes.

528 Si l'on cite l'exemple des marchés passés par la région, la commission se compose de trois séries des membres suivantes : la première concerne « le président du conseil régional ou son représentant » et « par cinq membres du conseil élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste » ; la seconde concerne « le comptable de la région assiste aux réunions de la commission » et « un représentant du directeur départemental de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes » ; la troisième concerne « un représentant du service technique compétent pour

Après l'adoption du code des marchés publics en 2001, cette structure tripartite de la commission a été maintenue. Stéphane Braconnier l'a résumé en trois parties, savoir « les membres titulaires », « les autorités administratives » et « les personnalités qualifiées » : la première correspond en fait aux personnes qui sont qualifiées à définir les besoins de l'acheteur public, selon l'auteur, il s'agit de « représentants de l'acheteur public »⁵²⁹ ; la seconde correspond aux personnes confiées à surveiller la régularité⁵³⁰ ; la troisième correspond aux « personnalités compétentes qui, compte tenu de leurs connaissances particulières, peuvent contribuer à un meilleur choix des entreprises ».⁵³¹

L'idée générale derrière des règles relatives à la composition de la commission a également été bien résumée par cet auteur : « la commission d'appel d'offres doit, dans sa composition, refléter la présence forte de représentants de l'acheteur public, mais également la garantie d'un examen impartial des offres. »⁵³² Autrement dit, d'un côté, la présence des représentants de l'acheteur public peut bien garantir la correspondance entre le besoin réel et la prestation prévue, assurer alors la qualité de la prestation à l'avenir ; d'un autre côté, la présence des personnes à la surveillance et des personnes ayant les connaissances particulières reflète en fait l'impartialité et la neutralité de la commission, qui sont conçues essentielles pour achever les objectifs de l'économie des deniers publics et de l'intégrité publique. En bref, un équilibre entre ces deux exigences dirige toujours les réglementations concernant la composition de la commission d'adjudication ou d'appel d'offres en France.

Alors, par rapport à la question de savoir comment la commission précitée doit évaluer des offres, nous allons aussi montrer que le régime d'évaluation établi en France s'efforce

suivre ou assurer l'exécution des travaux ou effectuer le contrôle de conformité » et « les personnalités désignées par le président de la commission en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de l'appel d'offres ».

529 Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, op.cit., p.192-193.

530 *Ibid.*, p.193.

531 *Ibid.*, p.193.

532 *Ibid.*, p.192.

toujours à équilibrer les exigences issues des objectifs de l'économie des deniers publics et de l'intégrité publique avec le besoin d'assurer la qualité de la prestation. Ces efforts ont en fait été concrétisés principalement au processus d'évolution de la notion de « moins-disant » à la notion de « mieux-disant ». Une telle évolution peut en fait être clairement identifiée à la fois dans le développement de la procédure de l'adjudication et dans la mutation de la procédure de l'appel d'offres. Ainsi, nous allons analyser successivement ces deux procédures.

Quant à la procédure de l'adjudication, le principe inhérent encadrant l'évaluation des offres est toujours de l'attribution automatique au moins-disant : depuis les ordonnances de 1836 et de 1837, « (Le président de la commission) déclare adjudicataires provisoires ou définitifs (...) dans l'ordre de leur inscription au tableau de classement »⁵³³, et « le membre technique fait (...) établir un tableau de classement des soumissions, dans l'ordre des moins disant (...). »⁵³⁴ Selon la jurisprudence de la même époque, « constitue une illégalité le fait, par l'administration, 'de proclamer adjudicataire un concurrent qui n'était pas le premier, qui n'avait pas proposé le plus fort rabais, le fait d'avoir écarté celui qui était le premier.' »⁵³⁵ Même dans le code des marchés publics de 1964, le rédacteur déclare également que « l'attribution provisoire du marché est faite au moins-disant »⁵³⁶. En pratique, le moins-disant se concrétise à trois situations, soit que « le meilleur offrant est celui qui propose le plus fort rabais », soit que se basant sur les prix « inférieurs aux prix courants, (...), c'est le candidat qui propose la majoration la plus faible qui est le meilleur offrant », soit que « le meilleur offrant étant celui qui propose le prix le plus bas ».⁵³⁷ En toutes ces situations concrètes, la préoccupation tient évidemment à l'économie des deniers publics, d'ailleurs, une telle règle objective d'attribution, en sensiblement limitant la marge discrétionnaire de l'acheteur public,

533 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration* (Vol.4), *op.cit.*, p.100.

534 *Ibid.*, p.99.

535 *Ibid.*, p.95.

536 Article 84 du code des marchés publics de 1964.

537 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.622.

peut également contribuer à garantir l'intégrité publique.

Néanmoins, l'offrant de « moins-disant » n'est que l'attributaire provisoire. Pour attribuer définitivement le marché, il faut encore obtenir l'approbation de l'administration compétente. Il s'agit ici d'un pouvoir discrétionnaire à l'administration prescrit depuis les ordonnances de 1836 et de 1837 et consacré constamment par la jurisprudence ultérieure⁵³⁸. « Ici, apparaît en pleine lumière le maintien du pouvoir discrétionnaire de l'administration pour le choix du cocontractant »⁵³⁹, la justification d'un tel pouvoir provient du fait que « le chef de service (est le) responsable de la bonne marche des services publics »⁵⁴⁰, alors, au-delà de l'avantage du prix, il doit naturellement prendre en compte la qualité de la prestation, qui s'attache strictement à la bonne marche des services publics.

En fait, afin de mieux garantir la qualité de la prestation, le concepteur a encore lancé d'autres réformes envers l'adjudication. Au-delà du renforcement du contrôle à l'accès des concurrents que nous avons déjà mentionné, le décret de 1959 a imposé « à l'Administration de fixer un prix maximum dans toutes les consultations par l'adjudication »⁵⁴¹. Il faut savoir qu'antérieur à cette réforme la détermination d'un prix maximum ou d'un rabais minimal existe déjà en pratique et en droit positif, mais il ne constitue qu'une simple faculté⁵⁴², désormais elle devient alors une obligation pesant sur l'acheteur public. La portée essentielle d'une telle mesure est d'« amener les services à procéder à une étude préalable du prix 'raisonnable' »⁵⁴³, ceci pourrait permettre de l'administration à approfondir les connaissances sur le marché concernant l'objet en l'espèce, atténuer donc « les effets d'un

538 *Ibid.*, p.629.

539 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration* (Vol.4), *op.cit.*, p.107.

540 *Ibid.*, p.66.

541 André Coutaud, *op.cit.*, p.64.

542 Par exemple, voir l'article 7 de l'ordonnance de 1836 : « lorsqu'un maximum de prix ou un minimum de rabais aura été arrêté d'avance par le ministre ou par le fonctionnaire qu'il aura délégué, ce maximum de prix ou ce minimum devra être déposé cacheté sur le bureau, à l'ouverture de la séance. »

543 André Coutaud, *op.cit.*, p.64.

‘automatisme’ et d’une ‘passivité’ trop absolus » de l’adjudication traditionnelle.⁵⁴⁴

En résumé, même si le principe de « moins-disant », qui est conçu essentiel à la réalisation des objectifs de l’économie du prix et de l’intégrité publique, est sans conteste inhérent à la procédure de l’adjudication, nous pouvons quand même constater les efforts de rééquilibrage en prenant en compte le besoin attaché à la qualité de la prestation. Ces efforts nous permettent en effet à concevoir une évolution, au moins à un certain degré, de la notion de « moins-disant » à la notion de « mieux-disant ».

Certes, une telle évolution peut être également identifiée dans le régime de l’évaluation au sein de la procédure de l’appel d’offres. Concrètement, nous pouvons constater qu’au regard de la situation dans la procédure de l’adjudication le caractère de l’automatisme et le statut privilégié attribué au critère du prix ont été clairement réduits dans la procédure de l’appel d’offres. Comme André de Laubadère l’a bien résumé, « la préoccupation qui domine ce mode de passation (de l’appel d’offres) est en effet de provoquer une concurrence pour éclairer l’administration sur les offres qui pourraient lui être les plus favorables, mais sans l’obliger à subir l’automatisme de l’adjudication dans l’attribution finale du marché. »⁵⁴⁵ La réduction de ces deux éléments a effectivement engendré l’élévation de l’idée de « mieux-disant », l’objectif de la qualité de la prestation a ainsi été plus souligné. Cependant, les objectifs de l’économie des deniers publics et de l’intégrité publique s’inscrivent toujours dans le régime des marchés publics, et donc ne peuvent pas non plus être négligés même dans la procédure de l’appel d’offres. Afin de rééquilibrer avec ces deux exigences, une tendance de l’objectivation du régime de l’évaluation peut également être avérée depuis le code de 1964.

Au début, en vertu du décret de 1942, qui a prescrit pour la première fois la procédure de l’appel d’offres, les critères d’évaluation dans l’appel d’offres sont sensiblement multipliés,

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p.64.

⁵⁴⁵ André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, volume I, *op.cit.*, p.635.

en dépassant du seul critère du prix à une série de critères multiples incluant « le prix », « la valeur technique » et « des garanties professionnelles et financières »⁵⁴⁶. En même temps, l'acheteur public n'est plus obligé à attribuer le marché à l'offrant de moins-disant, en revanche, « l'administration choisit librement l'entrepreneur ou le fournisseur qui lui paraît mériter la préférence. »⁵⁴⁷ L'automatisme disparaît alors.

Néanmoins, il convient de rappeler que dans le décret de 1942 le critère du prix s'occupe au sein de l'appel d'offres quand même une place particulière, qui peut être révélée par deux prescriptions : en premier lieu, le rédacteur du décret a en fait accentué volontairement le critère du prix en posant que « la concurrence porte en premier lieu sur le prix ; il est tenu compte également » d'autres critères⁵⁴⁸ ; en second lieu, le rédacteur impose encore que « lorsque le fonctionnaire ou la commission chargée de préparer le marché propose de donner la préférence à un fournisseur ou entrepreneur autre que celui qui offre le moindre prix, il doit être adressé au secrétaire d'Etat intéressé ou au fonctionnaire délégué pour l'approbation d'un marché, un rapport spécial indiquant les motifs de ce choix. »⁵⁴⁹ Une telle obligation de rapporter montre clairement l'importance survivante du critère du prix au vu du rédacteur du décret de 1942.

La dévalorisation du critère du prix s'avance continuellement dans le décret de 1956. Selon lequel, « l'administration (...) choisit librement l'offre qu'elle juge la plus intéressante, en tenant compte du prix des prestations, de leur coût d'utilisation, de leur valeur technique, des garanties professionnelles et financières présentées par chacun des candidats et du délai d'exécution. »⁵⁵⁰ De cet article, deux constats s'imposent : premièrement, « le prix » ne se trouve plus dans une place particulière, même s'il apparaît quand même dans la première

546 Le 2ème paragraphe de l'article 21 du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

547 Le 2ème paragraphe de l'article 21 du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

548 Le 2ème paragraphe de l'article 21 du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

549 Le 3ème paragraphe de l'article 21 du décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

550 Le premier paragraphe de l'article 28 du décret du 13 mars 1956 relatifs aux marchés passés au nom de l'Etat.

position ; deuxièmement, d'autres critères ont été encore plus multipliés en ajoutant notamment le « coût d'utilisation » et le « délai d'exécution », ceci a donc dilué encore l'importance du critère du prix. De plus, le décret de 1956 a aussi supprimé l'obligation de rapporter à l'autorité compétente les motifs de non pas choisir le moins-disant.

A part la dévaluation du critère du prix et la multiplication de l'énumération des critères, le décret de 1956 a continuellement augmenté les possibilités de prendre en compte d'autres critères non-énumérés. Précisément, il a autorisé le ministre à « décider que d'autres considérations entreront en ligne de compte » sous réserve qu'« elles devront avoir été spécifiées dans l'avis d'appel d'offres. »⁵⁵¹ Ce pouvoir attribué à l'administration peut naturellement lui faciliter à découvrir l'offre de « mieux-disant ».

Néanmoins, depuis le code de 1964, à côté de l'évolution constante de « moins-disant » à « mieux-disant » dans la procédure de l'appel d'offres, nous pouvons aussi constater une tendance de l'objectivation du régime d'évaluation au sein de cette procédure.

Précisément, le code de 1964 a ajouté une limite au pouvoir de l'administration faisant entrer « d'autres critères en ligne de compte » : « sont toutefois prohibés les critères qui ne seraient pas justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. »⁵⁵² Cette nouvelle règle limite ainsi le choix de l'administration sur les nouveaux critères d'évaluation non-énumérés. Sa marge discrétionnaire au sein de l'évaluation de l'appel d'offres commence ainsi à être limitée. Cette objectivation s'efforce encore dans le code de 2001, dont le rédacteur exige que dans l'appel d'offres « les critères doivent (...) être hiérarchisés dans le règlement de la consultation ou l'avis d'appel public à la concurrence. En l'absence de hiérarchisation, les critères énumérés par le règlement de la consultation doivent être considérés comme présentés par ordre décroissant. »⁵⁵³ Cette nouvelle exigence apporte en

551 Le premier paragraphe de l'article 28 du décret du 13 mars 1956 relatifs aux marchés passés au nom de l'Etat.

552 Article 95 du code des marchés publics de 1964.

553 Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, op.cit., p.199.

effet une limite très essentielle au pouvoir d'évaluation de l'acheteur public dans l'appel d'offres, parce que après cela, même si l'automatisme caractérisant l'adjudication a disparu dans l'appel d'offres, l'acheteur public dans ce dernier n'est pas même totalement libre lorsqu'il évalue les offres déposées et choisit parmi lesquelles la plus intéressante.

En somme, ces mesures de nature d'objectiver l'évaluation des offres dans la procédure de l'appel d'offres sont favorables à la réalisation des objectifs de l'économie des deniers publics et de l'intégrité publique. Par-là, peut ainsi être relativement réajusté un équilibre penchant déjà plutôt vers la qualité de la prestation dans l'appel d'offres.

Après avoir présenté le régime de la procédure de la concurrence en France et en Chine, deux remarques s'imposent : premièrement, l'idée directrice des concepteurs français et chinois est presque identique, savoir bien équilibrer les exigences liées aux objectifs d'économie des deniers publics et d'intégrité publique et la demande issue de la qualité de la prestation. Cette même idée directrice partagée a abouti à maints points communs au niveau du régime dans ces deux pays. Deuxièmement, la différence de régime persiste quand même, elle provient principalement de la compréhension nuancée par rapport à la question de savoir où se trouve un tel point d'équilibre : pour la Chine, les objectifs d'économie des deniers publics et d'intégrité publique sont évidemment privilégiés, au moins par le concepteur ; en France, même si au début ces deux objectifs possédaient également une place privilégiée, la tendance actuelle est en revanche plutôt de pencher vers la qualité de la prestation. Cette compréhension nuancée de l'importance des différents objectifs a entraîné plusieurs distinctions sur le régime. Nous allons alors les analyser ci-après respectivement.

Tout d'abord, par rapport à la détermination de la procédure de la passation, nous pouvons constater qu'en France comme en Chine il s'agit toujours d'un régime bien réglementé : l'application d'autres procédures hors celle de principe doit être autorisée d'après les conditions expressément imposées. Comme nous l'avons mentionné, la procédure

de principe actuelle en Chine est la procédure de l'appel d'offres ouvert, et c'est presque la même situation pour la France, sachant que, depuis la genèse du régime, la procédure de l'adjudication occupe une place privilégiée jusqu'au milieu du XXe siècle, et même pour les cas postérieurs, la procédure de l'appel d'offres a également été consacrée comme la procédure de principe dans le code de 2001 ; l'application d'autres procédures tant en France qu'en Chine doit donc être soumise à des conditions expressément imposées par les textes juridiques. La seule différence qui mérite d'être mentionnée ici tient au point que la procédure de principe consacrée dans le code de 2001 en France inclut à la fois l'appel d'offres ouvert et l'appel d'offres restreint, alors qu'en Chine, la procédure de principe fixée par la loi de 2003 est l'appel d'offres ouvert, et l'application de l'appel d'offres restreint a également été encadrée par des conditions expressément énumérées. Cette nuance du régime provient naturellement du privilège plus important en Chine attribué aux objectifs d'économie du prix et d'intégrité publique, sachant que l'appel d'offres ouvert est à même d'entraîner une concurrence plus effective que l'appel d'offres restreint et que dans l'appel d'offre ouvert l'acheteur public possède moins de pouvoir discrétionnaire que le cas dans l'appel d'offres restreint.

Ensuite, par rapport à la composition de la commission, une stratégie de mélange des représentants de l'acheteur public avec des personnalités qualifiées et impartiales est évidemment commune en France et en Chine, et cette stratégie est mise en œuvre en France comme en Chine par un régime très réglementé, parce que pour ces deux pays, les préoccupations communes consistent ici à assurer l'impartialité de la commission sous réserve que les besoins de l'acheteur public puissent être clairement exprimés. Néanmoins, malgré cela, nous pouvons voir que sur des points détaillés il existe quand même des nuances significatives. Précisément, à la différence du régime français, la Chine a d'un côté attribué un statut beaucoup plus important aux experts -- les experts doivent occuper au moins 2/3 des sièges dans la commission et tous les experts qui y participent ont voix délibérative, alors qu'en France, les personnalités qualifiées et la plupart des personnes chargées de la

surveillance n'ont que voix consultative et ne bénéficient pas d'un quorum minimal exigé, et d'un autre côté, la Chine a établi un régime beaucoup plus strict destiné à sélectionner les experts éligibles à participer la commission, alors qu'en France, à part l'obligation de la participation à la commission d'un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, les personnalités qualifiées ne sont pas soumises à des contrôles spécifiques, mais peuvent simplement être désignées par le président de la commission. Ces techniques apparemment différentes peuvent en fait nous révéler que la valeur de l'impartialité de la commission est censée être plus prépondérante en Chine qu'en France, et qu'on accorde encore un privilège plus marqué en Chine qu'en France aux objectifs d'économie des deniers publics et d'intégrité publique.

Troisièmement, par rapport au déroulement de la procédure et au régime de l'évaluation des offres, l'appel d'offres chinois se présente en fait comme une procédure conjuguant l'adjudication française et l'appel d'offres en France. D'une part, le déroulement de l'appel d'offres chinois se ressemble beaucoup à l'adjudication française, sachant que pour l'une comme l'autre, il s'agit toujours d'une procédure strictement formaliste et surveillée. Pour l'illustrer, on se borne à citer un exemple : dans l'appel d'offres chinois, les informations sur les offres doivent être lues à haute voix devant le public, et ce procédé particulièrement formel peut effectivement trouver sa correspondance dans l'adjudication française comme nous l'avons déjà présenté précédemment. Mais, d'autre part, l'appel d'offres chinois ne s'attache pas à l'automatisme comme c'est le cas de l'adjudication française ; en revanche, le régime de l'évaluation des offres dans l'appel d'offres chinois est proche de celui de l'appel d'offres français, notamment sur le fait que l'acheteur public peut prendre en compte des critères multiples pour évaluer les offres, ce qui a en fait effectivement caractérisé l'appel d'offres en France. Néanmoins, malgré ces points communs entre l'appel d'offres chinois et l'adjudication française et l'appel d'offres français, il convient quand même d'indiquer qu'en Chine le caractère réglementé du déroulement de la procédure et du régime de l'évaluation est clairement plus marqué que celui en France, juste citant un simple exemple pour l'illustrer :

en France la méthode concrète de l'évaluation est librement déterminée par l'administration, mais en Chine, le pouvoir réglementaire a minutieusement imposé la formule de calcul des notes synthétiques et du rapport qualité-prix. Cette différence peut en fait être expliquée aussi par le privilège attribué en Chine aux objectifs d'économie du prix et d'intégrité publique : comme ils sont considérés comme vitaux pour la réalisation des objectifs précités, le concepteur chinois cherche à assurer une concurrence honnête et fiable, et pour ce faire il a donc établi une procédure de concurrence plus formaliste. Ainsi au stade de l'évaluation des offres où l'on doit généralement laisser une certaine marge discrétionnaire à l'acheteur public, le concepteur chinois intervient quand même pour lui imposer une formule de calcul standard, afin de limiter la marge discrétionnaire de l'administration et d'éviter les abus de pouvoir éventuels.

Conclusion du second chapitre

Au terme de l'analyse du chapitre précédent, nous pouvons avancer que, tant en France qu'en Chine, pour répondre à des considérations endogènes, le concepteur de ces deux pays a adopté un régime des marchés publics essentiellement homogène, malgré l'existence de certains points de nuance.

En l'occurrence, les nuances des régimes de ces deux pays peuvent être résumées dans deux catégories : elles sont dues soit au décalage de maturité du régime entre la France et la Chine, soit à la compréhension différente dans ces deux pays de la question de savoir où se trouve le meilleur point d'équilibre⁵⁵⁴. Dans le premier cas, la nuance est en réalité avantageuse, un régime plus mature peut aisément enseigner ses expériences à un régime moins mature, par une opération de partage des expériences qui peut aboutir ultérieurement à une convergence plus satisfaisante.⁵⁵⁵ Dans la deuxième situation, la nuance est en vérité sans importance : il suffit de constater que les régimes de ces deux pays partagent en tout cas une base commune, savoir la logique de finances publiques et l'idée d'équilibrer les relations triangulaires.

En dépassant ces nuances superficielles, force est en fait de constater qu'en découlant de ces mêmes considérations endogènes, les régimes des marchés publics de ces deux pays sont essentiellement homogènes : il s'agit toujours, pour l'un comme pour l'autre, d'un régime bien réglementé dans lequel les besoins de l'acheteur, dont la définition a été étroitement contrôlée, doivent être diffusés au public en vertu de délais et de voies minutieusement

⁵⁵⁴ Par exemple, la procédure de la concurrence en Chine présente plus formaliste et plus réglementé que celle en France, ceci révèle en effet le privilège plus important attribué par le concepteur chinois à l'égard du concepteur français aux objectifs de l'économie des deniers publics et de l'intégrité publique.

⁵⁵⁵ Nous pouvons citer l'exemple des régimes en France de définition des besoins et de publicité, qui ont mieux équilibré entre les considérations triangles que les régimes corrélatifs en Chine, et sur ces points, le concepteur chinois peut très bien apprendre les expériences de la part française en vue d'améliorer son propre régime. A la suite de ces efforts, nous aboutirons éventuellement une convergence plus satisfaisante.

déterminés, les concurrents qui souhaitent répondre doivent alors être sélectionnés d'après les conditions imposées par les textes, et ensuite sont tenus d'être mis en concurrence en suivant un processus formaliste se déroulant sous la surveillance du public, une commission dont la composition a également été réglementée se charge enfin d'évaluer les offres, en appliquant les critères et le processus de l'évaluation qui sont généralement plus ou moins objectivés en France et en Chine. En bref, les considérations endogènes et la logique de finances publiques ont débouché dans ces deux pays sur un régime des marchés publics essentiellement homogène.

Conclusion du Titre I

Comme nous l'avons déjà montré dans le premier chapitre, la naissance du régime des marchés publics en France et en Chine est semblablement due à des considérations endogènes, qui se cristallisent autour d'une logique de finances publiques sous la forme d'une unité triangulaire entre l'économie du prix, l'intégrité publique et la qualité de la prestation. Et d'une manière générale, ces considérations endogènes relevant des finances publiques persistent même jusqu'à aujourd'hui. Dans le second chapitre, nous avons encore poussé notre recherche en analysant de façon plus détaillée les régimes concrets en France et en Chine : une homogénéité au niveau du régime peut aussi être identifiée, se concrétisant notamment dans la nature réglementée et formaliste sous-jacente à chaque étape de la passation des marchés publics.

On peut alors se demander si la montée en influence de la libéralisation exogène va brouiller cette image homogène, ou, en d'autres termes, si les mutations apportées par la libéralisation exogène sur le droit des marchés publics restent homogènes dans ces deux pays. C'est le problème que nous allons traiter dans le titre suivant.

Titre 2. La libéralisation exogène

En vue de répondre au dépassement des intérêts d'un Etat isolé, certaines entités extérieures à l'Etat vont le convier à ou lui imposer de suivre une série de contraintes supranationales, ce qui a entraîné, comme les considérations endogènes, une libéralisation du régime des marchés publics à caractère exogène. Historiquement, la libéralisation exogène a débouché depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale et continue à avancer encore aujourd'hui, pour objectif essentiel d'enlever dans tous les pays les obstacles qui risquent d'entraver le libre-échange international en matière économique. La logique sous-jacente a été bien exposée par un auteur:

*« International trade, just like domestic trade, entails mutually advantageous exchanges of goods and services, and enables its participants to specialize in those particular economic activities where they enjoy either absolute or comparative advantage. Consequently, products will be produced where it is most efficient to produce them, and consumers in both markets will enjoy lower prices. Any barriers to such trade established by governments, such as customs tariffs or quotas, will prevent specialization and interfere in the optimal allocation of economic resources. »*⁵⁵⁶

En bref, on suppose qu'un libre-échange mondial des sources économiques pourra certainement augmenter les avantages économiques du monde. Mais pour des raisons diverses, les Etats préfèrent toujours préserver certains pouvoirs d'intervention, qui sont susceptibles, dans la perspective du néo-libéralisme, de distordre la distribution des ressources, c'est la raison pour laquelle « the international model brings an added dimension to the regulation of procurement in the national context given that the government may bind itself to a number of

⁵⁵⁶ Arie Reich, *International public procurement law : the evolution of international regimes on public purchasing*, Kluwer law international 1999, p.21.

international trade obligations which may limit its scope of action in the field of procurement. »⁵⁵⁷

En suivant la logique précédente, nous allons alors constater que les règles à caractère néo-libéral ont circulé dans des normes internationales relatives au droit des marchés publics (Chapitre I) et qu'une telle circulation des sources du néo-libéralisme a ensuite apporté des mutations analogues au plan institutionnel du droit des marchés publics de la France et de la Chine (Chapitre II).

⁵⁵⁷ Peter Trepte, *op.cit.*, p.6.

Chapitre 1. La circulation des sources du néo-libéralisme

Force est de constater que l'idée du néo-libéralisme a été bien globalisée entre les différentes normes internationales encadrant les marchés publics, ce qui a entraîné une évolution symbiotique entre ces normes internationales (Section I). En tant que corollaire naturel de cette évolution symbiotique, une série de principes et de procédures particuliers a été généralisée dans toutes les normes internationales ; semble ainsi aux yeux de certains auteurs émerger un modèle d'harmonisation du droit des marchés publics pour tous les pays (Section II).

Section 1. L'évolution symbiotique des normes internationales

Aujourd'hui, il existe diverses normes internationales relatives aux marchés publics, dont les origines sont en fait multiples. Nous nous bornons ici à discuter des normes internationales les plus importantes, à savoir le droit des marchés publics en Communauté Européenne/Union Européenne, la loi type de la CNUDCI et l'AMP de l'OMC. Nous allons montrer que, malgré leurs origines différentes, ces normes internationales partagent mutuellement leurs expériences et s'en inspirent pour rénover leurs contenus respectifs. Une évolution symbiotique peut ainsi être identifiée depuis leur naissance jusqu'à aujourd'hui.

En effet, depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale, la communauté internationale a commencé à chercher à établir un système fiable et durable⁵⁵⁸ destiné à abolir les mesures protectionnistes nationales, sachant que de telles mesures sont considérées comme une des raisons de l'éclatement de la Seconde Guerre Mondiale. Nous devons alors « develop an international economic system that would help the world to avoid the economic mistakes of the inter-war years »⁵⁵⁹. En l'occurrence, « it was intended that this system would provide an institutional framework for dismantling existing trade barriers and preventing the erection of new ones. »⁵⁶⁰ Nous pouvons alors retenir que l'idée initiale est de lutter contre toutes les mesures protectionnistes tant dans le secteur public que dans le secteur privé.

Le premier pas est fait par l'effort de la création de l'Organisation Internationale du Commerce (OIC). Dans le projet déposé par les Etats-Unis, on propose d'appliquer les principes du traitement national et de la nation la plus favorisée simultanément dans les marchés publics et dans les marchés du secteur privé, « except for procurement by, or for the use of, the military. »⁵⁶¹ Mais malheureusement, le texte final n'a pas adopté cette position.

558 Sue Arrowsmith, *Government procurement in the WTO*, Kluwer law international 2003, p.25.

559 *Ibid.*, p.26.

560 *Ibid.*, p.26.

561 *Ibid.*, p.31.

En réalité, les marchés publics sont exclus du champ de l'application de ces principes : « it was considered that some special exceptions would be needed to any national treatment rule on government procurement to deal with some national situations, and that it was therefore appropriate to deal with government procurement in entirely separate provisions. »⁵⁶²

Comme nous le savons, l'Organisation Internationale du Commerce a fini par être abandonnée. Mais se basant sur le texte issu de sa négociation, les pays ont réussi à signer en 1947 l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (l'AGETAC, GATT en anglais). Aux yeux de certains auteurs « this proved to be a first step of enormous importance on the road towards an international free trade system », mais par rapport aux marchés publics, l'AGETAC n'a pas changé la position adoptée dans l'OIC: « no special provisions were ever introduced for dealing with discriminatory procurement », et « il appears that the MFN rule also did not generally apply to government procurement under GATT 1947. »⁵⁶³ En fait, même jusqu'à aujourd'hui, les principes généraux de non-discrimination consacrés par l'OMC ne peuvent pas être directement appliqués aux marchés publics, sauf au travers d'un texte spécial, à savoir l'AMP, que nous allons analyser postérieurement.

§1. Les normes et pratiques européennes avec l'AMP de l'OMC

Il faut attendre les années 1960 pour que le premier effort sérieux destiné à enlever les mesures protectionnistes nationales apparaisse dans le domaine des marchés publics. Il s'agit de la création de l'Association Européenne de libre-échange (l'AELE, European Free Trade Association (EFTA) en anglais). En l'occurrence, sept Etats européens (l'Autriche, le Danemark, la Norvège, la Portugal, la Suède, la Suisse et l'Angleterre) sont parvenus à un accord le 4 janvier 1960 en signant la convention de Stockholm. Après l'entrée en vigueur le

⁵⁶² *Ibid.*, p.32.

⁵⁶³ *Ibid.*, p.32.

3 mai 1960 de cette convention, l'AELE a été ainsi établie. La Finlande est ensuite devenue le huitième Etat membre en 1961.⁵⁶⁴

Par rapport au contenu de cette convention, il y a trois points qui méritent d'être mentionnés.

En premier lieu, la convention de l'AELE a expressément consacré la règle de l'interdiction des mesures protectionnistes dans le domaine des marchés publics:

*« Article 14 (...) requires Member States to ensure the progressive elimination in the practices of public undertakings of 'measures the effect of which is to afford protection to domestic production which would be inconsistent with the Convention if achieved by means of a duty or charge with equivalent effect, quantitative restriction or government aid'. The same applies to trade discrimination on grounds of nationality 'in so far as it frustrates the benefits expected from the removal or absence of duties and quantitative restrictions between Member States'. Member States were also required to ensure that new practices of the kind described are not introduced. »*⁵⁶⁵

Il faut souligner que la conception de « public undertakings » ici doit être comprise au sens large, ça veut dire que l'obligation de l'interdiction des mesures protectionnistes ne s'applique pas seulement pour les « central, regional, or local government authorities or entreprises », mais s'impose également à « any other organisation by means of which a Member State, by law or in practice, controls or appreciably influences imports from, or exports to, the territory of a Member State ».⁵⁶⁶ Evidemment, le champ d'application de cette obligation a dépassé les personnes publiques au sens organique, mais s'attache plutôt à une conception fonctionnelle.

⁵⁶⁴ Arie Reich, *op.cit.*, p.55-56.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p.59.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p.59.

En second lieu, contrairement à l'ambition révélée par le champ d'application élargi, la convention de l'AELE n'a pas établi un régime de passation particulièrement détaillé : « Member States are free to have any procurement system they wish, provided that it has no discriminatory or protective effects »⁵⁶⁷. En l'occurrence, elle a simplement déclaré certaines règles de base relatives aux procédures⁵⁶⁸, dont les contenus sont en réalité très généraux et ne peuvent pas imposer de contrainte effective sur les procédures de passation adoptées dans les Etats membres.

En troisième lieu, la convention de l'AELE a établi un régime de recours pour résoudre les conflits issus de l'application de la convention. Selon ce régime, le recours ne peut être déposé devant « the Council » que par les Etats membres, « the Council shall then promptly, by majority vote, make arrangements for an examination of the case. The Council may for that purpose use either the permanent institutions of the association, or a specially appointed 'examining Committee' (...) the convention does not, however, contain any obligation on the Council to adopt the finding or recommendations of an examining committee », en revanche, « the Council may then, by majority vote, make to any Member State whatever recommendations it considers appropriate. »⁵⁶⁹ Evidemment, il s'agit d'un régime de recours sophistiqué et peu efficace. Pire, la voie de recours est strictement réservée aux gouvernements : la convention de l'AELE n'a pas proposé « any special mechanism for complaints by injured firms. »⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p.62.

⁵⁶⁸ « (a) Public tender shall be adequately publicised and sufficient time for tendering shall be allowed. (b) Selective tender shall allow equal opportunities for domestic and other EFTA suppliers to compete. (c) Single tender shall be used only when competitive tender would be clearly impracticable or unreasonable. Time limits or special requirements which make it more difficult for an EFTA supplier than for a domestic supplier or to compete for a contract shall not be imposed. » Voir *Ibid.*, p.62.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p.57-58.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p.64.

Aux yeux des chercheurs, le premier point a été considéré comme un pas ambitieux pour le régime des marchés publics, et comme nous allons le regarder, ceci constitue un modèle suivi par les normes internationales ultérieures. Toutefois, les deux derniers points ont fait l'objet de sérieuses reproches : « institutionally, (...) the EFTA procurement regime (...) was very weak. (...) It did not strive to harmonise tendering procedures of member governments. (...) Furthermore, EFTA failed to provide any meaningful supervision or control over the practices of public undertakings and the extent to which they actually comply with the obligations. (...) In this context, it should be kept in mind that firms are highly unlikely to make complaints on contracts lost as a result of domestic preference, when such complaint can neither win the lost contract back nor assure that in the future their chance to win other contracts will improve. »⁵⁷¹ En effet, comme nous allons montrer ci-dessous, ces deux déficiences ont également gêné le droit des marchés publics dans la Communauté Européenne/Union Européenne et l'AMP de l'OMC. Mais grâce au retour d'expérience de l'AELE, les concepteurs de ces deux normes internationales ont enfin réussi à les corriger.

Cette opération de retour d'expérience a été spécifiquement réalisée par l'intermédiaire de l'OCDE. Précisément, en 1962 un litige entre l'Angleterre et la Belgique a provoqué pour la première fois des débats au sein de l'OCDE sur les mesures protectionnistes cachées en matière de marchés publics. L'OCDE a ensuite décidé en 1964 d'établir un groupe de travail visant spécifiquement le régime des marchés publics. Selon les études publiées par ce groupe de travail, « the view was taken that any effective international regime should not be limited to rules that simply prohibited discriminatory conduct similar to those governing other non-tariff barriers »⁵⁷², parce que les pratiques dans les Etats membres ont clairement révélé que « simple rules on non-discriminatory might have little effect in ending discrimination »⁵⁷³. « Thus it was concluded that international rules would need to include a requirement for states

⁵⁷¹ *Ibid.*, p.66.

⁵⁷² Sue Arrowsmith, *Government procurement in the WTO, op.cit.*, p.33.

⁵⁷³ *Ibid.*, p.33.

to adhere to certain minimum standards of transparency in their contract award procedures, in order that discriminatory practices could be detected and monitored. »⁵⁷⁴ D'après cette conclusion, une des déficiences identifiées par l'AELE peut donc être résolue au travers de l'établissement d'un régime spécifique de passation des marchés publics. En effet, cette idée a été suivie par les concepteurs de l'AMC, « the work of the OECD played a crucial role in the future development of policy on government procurement in the GATT/WTO system »⁵⁷⁵, et il faut même savoir que « the actual contents of these transparency rules were also to a large extent settled in practice within the OECD forum »⁵⁷⁶

Au-delà, les études de l'OCDE ont également influencé les concepteurs des directives européennes. Ce qui n'est pas difficile à comprendre, sachant que la plupart des Etats membres de la Communauté Européenne sont aussi membres de l'OCDE. Une analyse plus précise du processus de l'évolution des directives européennes peut encore mieux l'illustrer.

La première génération des directives relatives aux marchés publics est publiée en 1969 et 1971 ; son objectif est essentiellement d'interpréter les principes de non-discrimination inscrits dans le traité en les faisant appliquer dans le domaine des marchés publics. Il faut tout d'abord saisir que « none of the EC treaties allude expressly to government procurement. Apparently, this was not a result of a simple mission by the drafters of the Treaty, but of a failure to reach agreement on a set of principles. »⁵⁷⁷ Néanmoins, le législateur de la Communauté Européenne a clairement confirmé que la finalité de l'établissement d'un marché commun ne peut pas être achevée « sans que l'on procède à la suppression des mesures » faisant obstacle à des importations des produits « qui, en vertu des articles 9 et 10

574 *Ibid.*, p.33-34.

575 *Ibid.*, p.33.

576 *Ibid.*, p.33.

577 Arie Reich, *op.cit.*, p.71-72.

du traité, doivent être admis à la libre circulation. »⁵⁷⁸ En bref, « toutes les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives doivent être supprimées par les Etats membres »⁵⁷⁹, même pour les mesures adoptées dans le domaine des marchés publics. Alors, au travers d'une telle interprétation constructive, la directive 70/32/CEE du 17 décembre 1969 a réussi à étendre aux marchés publics l'obligation de l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation. Par un raisonnement analogue, la directive 71/304/CEE du 26 juillet 1971 a interprété de la même façon la liberté d'établissement et de prestation de services consacrée par le traité de CEE : les marchés publics de travaux sont désormais aussi soumis aux obligations de non-discrimination.⁵⁸⁰ Cette directive « requires Member States to abolish all restrictions which prevent nationals of other Member States from providing such activities under the same conditions and with the same rights as its own nationals. Even restrictions which are applicable irrespective of nationality, but which nonetheless hinder exclusively or principally the professional or trade activities of nationals of other Member States are prohibited by the Directive. »⁵⁸¹

Il est évident que cette première génération des directives appartient en effet à des « rules that simply prohibited discriminatory conduct similar to those governing other non-tariff barriers » évoqués ci-dessus par les études de l'OCDE.⁵⁸² En suivant la proposition fournie par ces études, le législateur européen ne s'est pas arrêté à ces normes substantielles, il a ensuite publié une deuxième génération de directives « portant coordination des procédures de passation » des marchés publics de travaux et de fournitures. La motivation de la publication

578 Considérant 2 de la directive n°70/32/CEE du 17 décembre 1969 concernant les fournitures de produits à l'Etat, à ses collectivités territoriales et aux personnes morales de droit public.

579 Considérant 2 de la directive n°70/32/CEE du 17 décembre 1969.

580 Considérant 1 de la directive n°71/304/CEE du 26 juillet 1971 concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales.

581 Arie Reich, *op.cit.*, p.75.

582 Sue Arrowsmith, *Government procurement in the WTO*, *op.cit.*, p.33.

de ces directives a été révélée par le législateur européen. Précisément, pour la directive 71/305/CEE : « la réalisation simultanée de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services en matière de marchés publics de travaux, conclus dans les Etats membres pour le compte de l'Etat, des collectivités territoriales et d'autres personnes morales de droit public, comporte parallèlement à l'élimination des restrictions une coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux. »⁵⁸³ Pareillement pour la directive 77/62/CEE : « il convient de compléter cette interdiction (des restrictions à la libre circulation des marchandises) par une coordination des procédures dans le domaine des marchés publics de fournitures ».⁵⁸⁴ Nous pouvons ainsi observer que le législateur européen a bien suivi la proposition fournie par les études de l'OCDE en intervenant dans le régime de la procédure de passation des marchés.

D'ailleurs, le législateur européen a également perçu la déficience du mécanisme de recours constatée dans la pratique de l'AELE. Mais à la différence de ce dernier, la directive européenne dispose de l'effet direct, donc « aggrieved tenderers in the European Community can also choose to institute legal proceedings in the national courts of the contracting authority. Such proceedings may be based both on the national legislation which implements Community rules on public procurement, or, if this legislation is insufficient, on the Directives themselves ».⁵⁸⁵ De plus, « the Court of Justice has ruled in a number of cases that Member States are under a general obligation to provide effective legal remedies for breach of Community Law. »⁵⁸⁶ Néanmoins, ces efforts ne semblent pas être suffisants, sachant qu'en pratique « not all Member States' legal systems provide adequate remedies in the specific area

583 Considérant 1 de la directive n°71/305/CEE du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

584 Considérant 2 de la directive n°77/62/CEE du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

585 Arie Reich, *op.cit.*, p.96-97.

586 *Ibid.*, p.97.

of public procurement ».⁵⁸⁷ Ceci a généré une conséquence non-négligeable : « neither the letter nor the spirit of the Directives have (...) been generally respected »⁵⁸⁸, « the implementation and compliance with the co-ordination Directives prove to be very much lacking. »⁵⁸⁹ Le pire c'est qu'il risque de vider la substance du régime de passation instauré par ces directives. Malheureusement, il faut attendre les années 1990, avec la troisième génération des directives européennes relatives aux marchés publics, pour que cette déficience soit enfin traitée de façon sérieuse.

Enfin, nous pouvons encore constater un recul curieux dans les directives européennes au regard de la convention de l'AELE : il s'agit du champ d'application des normes relatives aux marchés publics. En effet, comme nous l'avons vu, le champ d'application de l'AELE a été très étendu : en premier lieu, la convention de l'AELE a adopté une conception fonctionnelle sur le champ des pouvoirs adjudicateurs, sachant qu'outre les personnes publiques au sens organique « any other organisation by means of which a Member State, by law or in practice, controls or appreciably influences imports from, or exports to, the territory of a Member State »⁵⁹⁰ est également soumise à la convention. Sur ce point, le juge européen a bien suivi l'expérience de l'AELE: « according to the Court, (...) a body whose composition and functions are laid down by legislation and which depends on the authorities for the appointment of its members and the financing of the public works contracts which it is its task to award, must be regarded as falling within the notion of the State for the purpose of the procurement directives. »⁵⁹¹ Néanmoins, en second lieu, par rapport aux matières recouvertes par les normes internationales, « EFTA's regime applied to all government agencies and public enterprises, with no exceptions whatsoever »⁵⁹², toutefois, « the major deficiency in the

587 *Ibid.*, p.97.

588 *Ibid.*, p.99.

589 *Ibid.*, p.100.

590 *Ibid.*, p.59.

591 *Ibid.*, p.79.

592 *Ibid.*, p.66.

Directives was their limited coverage ; as a result of the many exclusions from the Directives, those areas where public procurement is of importance in industrial terms, i.e. defence, energy, water, transportation and telecommunications, remained outside any Community discipline »⁵⁹³, même pour les matières recouvertes, « many procurement contracts fell under the relatively high value thresholds the Directives, and they escaped their rules. »⁵⁹⁴ Sur ce point, le champ recouvert par la convention de l'AELE est clairement plus étendu que celui des directives européennes. Cette déficience reste importante, sachant qu'elle va considérablement limiter l'effectivité du régime de passation instauré par ces directives.

Malgré la subsistance de certaines déficiences, nous ne pouvons pas dévaloriser les efforts consacrés par le législateur européen dans ces directives. Comme nous l'avons déjà mentionné, ces directives ont bien suivi les expériences de l'AELE en instaurant notamment une procédure de passation des marchés. Ce modèle a ensuite été adopté par l'AMP: « when in the late seventies, negotiations for a multilateral code on government procurement were initiated within GATT, the EC co-ordination Directives were used as a draft text. »⁵⁹⁵

Grâce au guide des deux générations de directives européennes, l'idée suivante a été bien diffusée et acceptée : « an international agreement that only requires non-discriminatory treatment, without prescribing detailed rules on how to conduct open and competitive procurement procedures, would be impossible to supervise and enforce in non-transparent systems. »⁵⁹⁶ Dans ce contexte, la première génération de l'AMP de 1979 a réussi à consolider dans un texte unique les normes substantielles et les normes procédurales.

Il convient de rappeler que la transmission de l'influence entre les normes européennes et l'AMP n'est pas toujours à sens unique : l'entrée en vigueur de l'AMP de 1979 a également

593 *Ibid.*, p.99.

594 *Ibid.*, p.100.

595 *Ibid.*, p.101.

596 *Ibid.*, p.107.

fait avancer l'évolution des directives européennes. En effet, la publication de la directive 80/767/CEE en 1980 est essentiellement destinée à adapter les anciennes directives aux exigences nouvelles issues de l'entrée en vigueur de l'AMP de 1979 : « en ce qui concerne la passation de marchés par les pouvoirs adjudicateurs au sens de l'accord (sur les marchés publics), les possibilités d'accès aux marchés publics à l'intérieur de la Communauté ouvertes aux entreprises et produits des Etats membres en vertu du traité doivent être au moins aussi favorables que les conditions d'accès aux marchés publics à l'intérieur de la Communauté prévues par le régime de l'accord pour les entreprises et produits des pays tiers signataires de cet accord »⁵⁹⁷, « il est dès lors nécessaire d'adapter et de compléter la directive 77/62/CEE en ce qui concerne certains pouvoirs adjudicateurs. »⁵⁹⁸ En bref, un régime plus favorable sur certains points consacré par l'AMP de 1979 a obligé le législateur européen à renouveler la directive déjà publiée. Par exemple, « as a result of the lower value threshold of the Code (approximately ECU 40.000, instead of ECU 200.000 in the EC Supplies Directive), Directive 80/767 had to make provisions to ensure that suppliers and products from other Member States would receive access to EC public supply contracts under conditions no less favourable than those accorded to suppliers and products from the country signatories of the Agreement. »⁵⁹⁹

Bien que l'AMP de 1979 ait beaucoup bénéficié de l'expérience des directives européennes, il conserve deux déficiences majeures, qui sont en fait similaires aux déficiences constatées dans les directives européennes.

La première touche le champ d'application de l'AMP de 1979 : en fait, le champ d'application de l'AMP recule encore davantage par rapport à celui inscrit dans les directives

⁵⁹⁷ Considérant 6 de la directive n°80/767/CEE du 22 juillet 1980 adaptant et complétant, en ce qui concerne certains pouvoirs adjudicateurs, la directive n°77/62/CEE du 21 décembre 1976.

⁵⁹⁸ Considérant 7 de la directive 80/767/CEE du 22 juillet 1980 adaptant et complétant, en ce qui concerne certains pouvoirs adjudicateurs, la directive n°77/62/CEE du 21 décembre 1976.

⁵⁹⁹ Arie Reich, *op.cit.*, p.98.

européennes. En premier lieu, l'AMP de 1979 a exclu de son champ d'application les marchés publics de service; en revanche, les directives de 71/304/CEE et de 71/305/CEE sont effectivement portées à assurer « la libre prestation de services en matière de marchés publics de travaux. »⁶⁰⁰ En second lieu, la modalité de définition du champ d'application pour l'AMP fait obstacle en pratique à son élargissement. En l'occurrence, l'AMP « limits the agreement's coverage to an agreed list of governmental entities, which each party would offer to submit, subject to the approval of the other parties. They in turn could reject the offer, and request those entities in the offering country which they would like to see included in the list. »⁶⁰¹ Ce qui a en réalité laissé la définition du champ d'application aux négociations bilatérales entre les différents Etats membres; comme nous allons le montrer ci-dessous, la règle de la nation la plus favorisée a alors été exclue dans certaines mesures de l'AMP.⁶⁰²

La seconde déficience tient au régime de recours instauré par l'AMP de 1979. Bien que le concepteur de l'AMP ait déjà reconnu « la nécessité d'instituer des procédures internationales (...) de règlement des différends en vue d'assurer la mise en œuvre équitable, prompte et efficace des dispositions internationales concernant les marchés publics »⁶⁰³, malheureusement l'AMP de 1979 n'a toujours pas instauré une voie de recours réservée aux concurrents éliminés. En revanche « what the Code does provide for is procedures for consultations and dispute settlement in the level of governments. »⁶⁰⁴ Une telle sorte de voie de recours intergouvernementale a été jugée moins favorable que des voies de recours

600 Considérant 1 de la directive n°71/305/CEE du 26 juillet 1971.

601 Arie Reich, *op.cit.*, p.107.

602 Harvey Gordon, Shane Rimmer, Sue Arrowsmith, « The economic impact of the european union regime on public procurement : Lessons for the WTO », in Sue Arrowsmith and Arwel Davies, *Public procurement : global revolution*, Kluwer law international 1998, p.32.

603 Le préambule de l'AMP de l'OMC de 1979.

604 Arie Reich, *op.cit.*, p.128.

accessibles pour des parties privées en vue du règlement efficace des litiges dans le domaine des marchés publics.⁶⁰⁵

Ces deux déficiences ont entraîné des problèmes assez graves dans l'application de l'AMP. « At the time of the signing of the Code in 1979 it was estimated to cover some US\$35 billion worth of government purchases annually », mais « this is only a fraction of the worldwide government procurement market, which involves several hundred billions of dollars. »⁶⁰⁶ De plus, « there were some widespread problems of non-compliance with its provisions. (...) A study by the International Chamber of Commerce (ICC) conducted in 1983-1984, reported that the business community in general felt that the Code had not made a significant change in the buying patterns of entities covered by it ». ⁶⁰⁷ Comment pouvons-nous éliminer ces deux déficiences ? En effet, comme nous l'avons déjà vu, les mêmes déficiences sont apparues dans la pratique des première et deuxième générations des directives européennes. Les solutions adoptées par le législateur européen dans les années 1990 peuvent nous guider vers une solution.

Un programme très détaillé sur la réforme du régime des marchés publics européen a été publié en 1987.⁶⁰⁸ Ses objectifs se composent de trois éléments : «to make tendering and award procedures more transparent, to tighten up enforcement, and to extend the procurement regime to hitherto excluded sectors (i.e. utilities) and contracts (such as service contracts). »⁶⁰⁹ Parmi eux, l'amélioration de la transparence de la procédure de passation va être analysée dans la section 2, on se bornera ici à présenter les mesures adoptées pour les deux autres objectifs.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p.127-128.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p.133.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p.135.

⁶⁰⁸ The EC commission, *Public Procurement and Construction –Towards an Integrated Market*, Official publications of the European Communities 1989, p.14.

⁶⁰⁹ Arie Reich, *op.cit.*, p.197.

En premier lieu, par rapport au régime de recours, le législateur européen a publié pour la première fois en 1989 une directive portant coordination des dispositions relatives à l'application des procédures de recours. La motivation sous-jacente provient en fait d'une idée généralement partagée : « the Commission soon realised that in order to achieve a truly open procurement market. (...) It necessitated a substantial increase in the guarantees of transparency and non-discrimination. And effective and rapid remedies in the case of infringements must be available. »⁶¹⁰ Essentiellement, il s'agit d'une directive de nature de « coordination », donc « it does not prescribe one harmonised review regime, but rather defines certain basic rules and standards which national review procedures must meet. It is then for each Member State to provide such effective review within whatever institutional framework it sees fit. »⁶¹¹ En bref, les concurrents disposent désormais d'une voie de recours au niveau national sous une structure exigée par les normes internationales. L'avantage d'une telle sorte de voie de recours réside principalement dans l'efficacité des recours et des contrôles, à la suite de la « vigilance of individuals interested in protecting their rights »⁶¹²

En second lieu, par rapport au champ d'application, le législateur européen a réalisé une mission la plus ambitieuse en incluant dans le champ d'application les secteurs spéciaux, à savoir les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. La portée de cette opération est très considérable, un auteur l'a bien résumé en deux dimensions : « economically, these sectors account for the largest part of public purchasing in the Community, and given their relatively centralised procurement patterns the potential for cross-border trade is great. Since the sectors in question (and in particular telecommunications, power generation and transport) are characterised by the existence of a limited number of producers who are highly dependent on public contracts, liberalisation in these sectors is also most likely to have significant macroeconomic effects which will spread throughout the

⁶¹⁰ *Ibid.*, p.217.

⁶¹¹ *Ibid.*, p.218.

⁶¹² *Ibid.*, p.224.

whole economy.»⁶¹³ C'est également une opération très difficile, qui « was also expected to meet considerable political resistance. » Alors pour bien pacifier les résistances éventuelles, le législateur européen a accepté des compromis en matière des procédures de passation et du régime de recours : « To balance the extensive coverage of the new Directive, (...) the Commission from the outset propose procedural regime that was much more flexible than that of the other procurement Directives »⁶¹⁴, et en plus, « like the Utilities Directive, the review Directive for these sectors also establishes a more lenient and flexible regime than that applying to the regular sectors. »⁶¹⁵

En somme, pour résoudre les deux déficiences constatées dans les pratiques de l'AMP de 1979 et des anciennes directives européennes, le législateur européen a d'un côté élaboré les règles portant coordination des procédures de recours et d'un autre côté élargi le champ d'application aux secteurs spéciaux en contrepartie de compromis dans les procédures de passation et le régime de recours. Après tous ces efforts remarquables, la Communauté Européenne a formé, aux yeux de certains auteurs, « the most comprehensive and far-reaching international procurement regime ever established. » Ils ont même conclu que « the Community set new standards for future international regulation in this field. »⁶¹⁶

Franchement, ce commentaire ne semble pas exagéré, sachant que, comme nous allons le voir ci-après, la deuxième génération de l'AMP, c'est-à-dire l'AMP de 1994, a continuellement suivi, sous réserve des certains points, les mesures adoptées dans la Communauté Européenne.

La négociation pour réformer l'AMP a été lancée depuis 1988 dans le cadre du cycle d'Uruguay, et s'est enfin achevée le 15 décembre 1993. La signature officielle de l'AMP a eu

613 *Ibid.*, p.227.

614 *Ibid.*, p.234.

615 *Ibid.*, p.250.

616 *Ibid.*, p.256.

lieu le 15 avril 1994. En effet, la procédure de passation consacrée dans l'ancien AMP n'a pas été beaucoup changée, « this fact is explained by the general opinion among the parties that the tendering procedures prescribed by the Tokyo Code are basically sound and could be effective in ensuring free competition, if only appropriate surveillance and enforcement measures were provided. »⁶¹⁷ Les enjeux de cette nouvelle réforme consistent alors à élargir le champ d'application de l'AMP et à instaurer un régime de recours portant coordination.

Tout d'abord, en ce qui concerne le champ d'application, « these negotiations aimed primarily at (...) expanding its coverage »⁶¹⁸, sachant que « one of the major flaws of the Tokyo Code was its limited coverage. »⁶¹⁹ Précisément, en premier lieu l'AMP de 1994 a étendu son application aux marchés publics de service, et « the Code's first attempt in this field comes shortly after the European Community's first service Directives »⁶²⁰. De plus comme ce fut le cas dans les directives européennes, le service ici se compose en réalité de deux parties : le service de travaux et les autres services.⁶²¹ En second lieu l'AMP de 1994 s'efforce d'inclure dans son champ d'application les entités intervenant dans les secteurs spéciaux, « in particular in the energy, transport and telecommunication sectors. » ; « in addition, the aim was to include government owned or controlled companies under the Code, such as public utilities. »⁶²² Les entités de cette nature sont toutes inscrites dans l'Annexe 3 intitulée « all other entities ». Néanmoins, cet élément a causé des débats très nourris entre les Etats membres, notamment entre l'UE et les Etats-Unis : en définitive « no agreement was reached in the area of telecommunications, either in the conclusion of the multilateral negotiations in December 1993 or in the bilateral EC-US agreement of April 1994. »⁶²³

617 *Ibid.*, p.298.

618 *Ibid.*, p.280.

619 *Ibid.*, p.284.

620 *Ibid.*, p.286.

621 *Ibid.*, p.286.

622 *Ibid.*, p.292.

623 *Ibid.*, p.296.

Ensuite, en ce qui concerne le régime de recours, l'AMP de 1994 a instauré, au-delà de la voie de recours entre les gouvernements dans le cadre de l'OMC, une nouvelle voie de recours réservée aux concurrents. L'objectif de cette dernière est « to enable suppliers to challenge alleged breaches of the agreement arising in the context of procurements in which they have, or have had, an interest ». Le but final est donc de répondre au « growing criticism of the lax implementation of the Tokyo Code's rules. » ⁶²⁴

Au travers des efforts susmentionnés, nous pouvons aisément constater que les déficiences majeures évoquées autrefois ont été réglées de façon sérieuse. « Most of the major flaws of the previous Code, most notably its limited coverage and lack of appropriate enforcement venues, have been addressed in the new Code, and progress has been made in this regard. » ⁶²⁵ De plus, une relation de parenté entre ces efforts et les mesures adoptées dans les directives européennes des années 1990 se manifeste clairement. Ceci prouve ainsi un partage effectif des expériences de bonne pratique, face aux problématiques similaires, entre ces deux normes internationales.

En fait, cette opération de partage d'expérience entre l'AMP et les directives européennes relatives aux marchés publics reste ininterrompue même après l'entrée en vigueur de l'AMP de 1994.

En 1995, la commission européenne a demandé à « EuroStrategy Consultants » d'examiner l'impact que les normes juridiques européennes ont apporté entre 1987 et 1994.⁶²⁶ Se basant sur les conclusions de cette étude, les chercheurs ont tourné à l'AMP et déclaré que « the findings of the study raise a number of key issues that need to be considered in the context of the future development of the GPA. » ⁶²⁷ Il s'agit concrètement de quatre

⁶²⁴ *Ibid.*, p.307.

⁶²⁵ *Ibid.*, p.316.

⁶²⁶ Harvey Gordon, Shane Rimmer, Sue Arrowsmith, *op.cit.*, p.32-33.

⁶²⁷ *Ibid.*, p.48.

propositions de réforme successive : 1. augmenter la « clarity of the rules », 2. Améliorer continuellement l' « enforcement system », 3. maîtriser les « structurel obstacles », 4. surveiller « the need to address supply-side problems ». ⁶²⁸

La dernière révision de l'AMP a été complétée en 2006, et est entrée en vigueur en 2011. ⁶²⁹ Dans le processus de cette révision, les bonnes pratiques adoptées dans les directives européennes ont continuellement influencé l'AMP. Par exemple, « the EU's directive on utilities procurement has recently introduced a mechanism for exempting from the EU's internal procurement rules certain utilities operating in competitive markets as those markets become truly competitive, and will wish to exclude these entities also from the GPA. » ⁶³⁰ Ce nouvel avancement du régime en UE a été jugé potentiellement important pour l'AMP, puisque « the absence of such mechanisms could also affect those states' willingness to subject such entreprises to the GPA in the first place. » ⁶³¹ Il en résulte que l'AMP révisé a instauré dans l'article XIX un régime correspondant baptisé « modifications et rectifications du champ d'application », dont le paragraphe 8(b) a précisé que « le comité adoptera : b) des critères indicatifs pour démontrer l'élimination effective du contrôle ou de l'influence que le gouvernement exerce sur les marchés couverts d'une entité ». ⁶³²

De plus, dans la pratique de l'AMP, on a davantage reconnu qu'au-delà des entités de secteur privé, « public sector entities may themselves become the suppliers in public procurement for various reasons. » ⁶³³ La solution adoptée dans l'UE sur cette question peut être résumée comme la suivante : « when the public entities in question are legally unified, i.e.

⁶²⁸ *Ibid.*, p.49-54.

⁶²⁹ Robert D. Anderson et Sue Arrowsmith, « The WTO regime on procurement: Past, present and future », in Sue Arrowsmith et Robert D. Anderson, *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge 2011, p.22-23.

⁶³⁰ *Ibid.*, p.28.

⁶³¹ *Ibid.*, p.28.

⁶³² Le paragraphe 8(b) de l'article XIX de l'AMP de l'OMC de 2012.

⁶³³ Robert D. Anderson et Sue Arrowsmith, *op.cit.*, p.252.

form part of the same department, the ECJ has clarified that there will be no public contract involved and therefore no need to apply procurement rules. »⁶³⁴ On a estimé qu'une telle sorte de solution a bien assuré l'équilibre entre les objectifs de « ensuring market access, undistorted competition and transparency on the one hand, and respecting the autonomy of national governments in providing goods and services for public interests on the other. »⁶³⁵ Les chercheurs penchent alors pour que « it is this balance as reflected in the directives and the case law that provides guidance for the GPA which aims at opening up the procurement market of its parties. »⁶³⁶ Ceci constitue ainsi une autre source d'inspiration éventuelle du droit des marchés publics européen pour les normes de l'AMP.

§2. L'AMP de l'OMC avec la loi type de la CNUDCI

A part des directives européennes relatives aux marchés publics et de l'AMP de l'OMC, la loi type de la CNUDCI constitue une autre source de normes internationales non-négligeable dans le domaine des marchés publics. Nous allons montrer qu'une relation symbiotique peut également être identifiée entre cette loi type de la CNUDCI et l'AMP de l'OMC.

La CNUDCI a créé en 1989 un groupe de travail spécialisé sur les normes juridiques concernant les marchés publics. Ceci marque le début des travaux préparatoires de la loi type relative aux marchés publics, dont le texte final a enfin été adopté en 1994. Les études publiées par ce groupe de travail ont exposé le contexte de la naissance de la loi type : « many of these laws did not promote international competition in procurement and were therefore a hindrance to international trade. »⁶³⁷ Dans ce contexte, la commission a décidé de « prepare a

⁶³⁴ *Ibid.*, p.256.

⁶³⁵ *Ibid.*, p.270.

⁶³⁶ *Ibid.*, p.271.

⁶³⁷ Robert R. Hunja, « The UNCITRAL Model law on procurement of goods, construction and services and its impact on procurement reform », in Sue Arrowsmith and Arwel Davies, *Public procurement : global revolution*, Kluwer law international 1998, p.98.

model law setting out what would be considered as transparent, competitive and efficient procurement procedures. »⁶³⁸

Elaborée dans le cadre de l'ONU, la loi type a donc bénéficié d'une acceptabilité beaucoup plus étendue que l'AMP, sachant que « la participation aux travaux de préparation de cette loi type est ouverte aux Etats de tous les niveaux de développement économique et de différents systèmes juridiques et politiques. »⁶³⁹ Naturellement, « this wide acceptance has enabled the Model Law to have a significant impact on reform in the area of procurement. »⁶⁴⁰ En ce qui concerne sa relation avec l'AMP, la loi type a joué en fait un rôle de marchepied pour les pays qui souhaitent devenir membres de l'AMP : « The GPA mandates that each government acceding to the GPA should ensure that its procurement legislation conforms with the rules, procedures and practices contained in the GPA. Enactment of legislation based on the Model Law ensures such conformity because the procedures contained in the Model Law are closely related to the provisions of the GPA. »⁶⁴¹ Par-là, la loi type a en fait agi de concert avec l'AMP pour généraliser les normes internationales communes: une relation symbiotique avec l'AMP existe alors dès la naissance de la loi type.

Depuis 2004, la CNUDCI a débouché sur le programme de révision relatif à la loi type, et un texte révisé a enfin été adopté en 2011. Au début de ce processus de révision, les chercheurs ont proposé de renforcer l'harmonisation entre la loi type et l'AMP : « several reforms have been proposed. These including (...) furthering technical harmonization with the GPA. »⁶⁴² Dans le processus de révision, le groupe de travail a évidemment adopté ce conseil, il a en fait expressément demandé de faire articuler la future loi type avec les autres normes

638 *Ibid.*, p.98.

639 *Ibid.*, p.105.

640 *Ibid.*, p.105.

641 *Ibid.*, p.106.

642 Sue Arrowsmith, « Public procurement an appraisal of the UNCITRAL Model Law as a global standard », *I.C.L.Q.* 2004, 53(1), p.46.

internationales relatives aux marchés publics, notamment avec l'AMP : « In addition to the general objective of harmonization with the GPA, the UNCITRAL Working Group on procurement has made specific amendments to ensure greater consistency between that text and the revised UNCITRAL Model Law at a more detailed level. »⁶⁴³ Par exemple, « il (le Groupe de travail) a aussi estimé que pour rédiger des dispositions de la Loi type régissant les enchères électroniques inversées, il faudrait une approche inspirée de celle adoptée sur le même sujet par les parties procédant actuellement à la révision de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (AMP), en ce qui concerne l'utilisation des enchères électroniques inversées. »⁶⁴⁴ Grâce à ces efforts à la fois étendus et assidus, « potential users of the Model Law can be assured that basing their procurement legislation on the Model Law will not involve any incompatibility with the requirements of the GPA, and the current reforms to both texts will serve to strengthen this position. »⁶⁴⁵

En somme, à la suite des analyses concrètes précédentes, il est clair que l'évolution des normes internationales relatives aux marchés publics se développe de façon symbiotique. La raison essentielle d'une telle relation tient en réalité à l'objectif commun partagé entre ces normes internationales, à savoir d'établir un cadre juridique de non-discrimination réglementant les marchés publics au sens le plus large et le plus complet. Pour y arriver, les organes internationaux ont conjugué leurs efforts : ils ont tout d'abord vu qu'une simple interdiction de principe de la discrimination pour les marchés publics n'est plus suffisante ; il faut donc en premier lieu établir une procédure de passation pour garantir la mise en œuvre de l'interdiction de principe, et en second lieu, instaurer un régime de recours pour assurer l'effectivité de l'application de la procédure précédente.

643 Caroline Nicholas, « Work of UNCITRAL on government procurement : purpose, objectives and complementarity with the work of the WTO », in Sue Arrowsmith et Robert D. Anderson, *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge 2011, p.770.

644 Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa septième session, A/CN.9/575*, New York, 4-8 avril 2005, paragraphe 67.

645 Caroline Nicholas, *op.cit.*, p.772.

En effet, si l'on s'interroge davantage sur l'origine du principe de non-discrimination, on va constater que la théorie de l'avantage comparatif a joué un rôle justificatif essentiel. Selon cette théorie, « International trade (...) entails mutually advantageous exchanges of goods and services, and enables its participants to specialize in those particular economic activities where they enjoy either absolute or comparative advantage. (...) Any barriers to such trade established by governments, such as customs tariffs or quotas, will prevent specialization and interfere in the optimal allocation of economic resources. »⁶⁴⁶ Au travers de ces propos, nous pouvons de plus retenir que la prémisse de la théorie de l'avantage comparatif constitue en fait un axiome du néo-libéralisme, selon lequel la distribution des ressources réalisée par le marché, en l'occurrence par les interactions entre les « gens nombreux » dans le marché, doit être la distribution la plus efficace : « nous ne savons que rarement lequel d'entre nous connaît le mieux (...) (donc) nous comptons sur les efforts indépendants et concurrents de gens nombreux pour provoquer l'émergence de ce que nous ne manquerons pas d'apprécier quand nous le verrons. »⁶⁴⁷ Dès lors, nous pouvons conclure que l'évolution en apparence symbiotique des normes internationales constitue en réalité une circulation des sources du néo-libéralisme au fond. Et dans la section suivante, nous allons continuellement montrer que cette circulation du néo-libéralisme s'est bien cristallisée dans une série de principes et de procédures particuliers partagés par toutes les normes internationales.

Section 2. La généralisation des principes homologues et des procédures approchantes dans les normes internationales

L'évolution symbiotique que nous avons constatée précédemment a bien témoigné « the Global Rise of Norms and Procedures »⁶⁴⁸. Comme un auteur l'a remarqué, « par la heureuse

⁶⁴⁶ Arie Reich, *op.cit.*, p.21.

⁶⁴⁷ Friedrich August Hayek, *La constitution de la liberté*, *op.cit.*, p.30.

⁶⁴⁸ Don Wallace, « The changing world of national procurement systems global reformation », *Public Procurement Law Review*, n°2 1995, p.59.

coïncidence », depuis que l'OMC et l'UE ainsi que l'ONU ont publié successivement leurs propres normes internationales relatives aux marchés publics, « the norms of procurement have become a matter of international interest, and clearly a global reformation of procurement systems is underway »⁶⁴⁹, de plus, « it is clear that slowly but surely an internationally accepted set of norms and ideas of good practice is coming into being. »⁶⁵⁰ Dès-lors, ci-après nous allons suivre cet ordre d'idées en présentant successivement les principes homologues (§1) et les procédures approchantes (§2) acceptés largement dans les différentes normes internationales relatives aux marchés publics.

§1. Les principes homologues

Nous pouvons aisément identifier une série de principes acceptés simultanément par les normes internationales relatives aux marchés publics. De plus, une hiérarchisation de ces principes peut être constatée : en l'occurrence, le principe le plus fondamental est le principe de non-discrimination ; pour garantir ce principe fondamental, les concepteurs ont ensuite développé une série de principes de moyens, il s'agit des principes de transparence et de concurrence.

1. Le principe fondamental : non-discrimination

En ce qui concerne le principe de non-discrimination, il constitue en fait pour toutes les normes internationales relatives aux marchés publics la source de l'obligation de substance, dont l'objectif consiste à assurer la libre circulation des sources économiques dans les marchés publics transfrontières. Pour achever cet objectif, il faudrait donc enlever toutes les mesures discriminatoires tant apparentes que discrètes. Ceci peut se concrétiser en deux hypothèses : en premier lieu, il convient d'enlever la discrimination entre nationaux et étrangers ; en second lieu, il faut éviter la discrimination entre étrangers provenant de pays

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p.59.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p.62.

différents. La première hypothèse concerne la clause du traitement national, la seconde concerne la clause de la nation la plus favorisée. Ces deux forment ensemble le principe de non-discrimination.

L'AMP de l'OMC a clairement consacré la clause du traitement national, mais a accepté avec réserve la clause de la nation la plus favorisée. De plus, ces deux clauses dans le cadre de l'AMP sont encore limitées par le seuil d'application. Pour la première, « the basic concept (...) is that the industry of other states should be treated no less favourably than domestic industry. »⁶⁵¹ Précisément, « this obligation extends, first, to the products and services of other Parties »⁶⁵², mais il exige également « national treatment of the 'suppliers' of other Parties », à la condition que « the supplier of the other Party offers products or services of GPA parties. »⁶⁵³ En ce qui concerne la clause de la nation la plus favorisée, l'idée essentielle consiste à assurer « no discrimination between foreign industry from different states. »⁶⁵⁴ A la suite de cette clause, nous pouvons logiquement déduire que les domaines déjà ouverts par un Etat membre doivent également être ouverts pour les autres Etats membres. C'est la raison pour laquelle la clause de la nation la plus favorisée est souvent présentée comme un moyen efficace d'étendre l'accès à un pays sous l'obligation internationale. Néanmoins, comme nous l'avons mentionné, le champ d'application de l'AMP se base strictement sur le principe de la réciprocité, ce qui a donc empêché l'application complète de cette clause, sauf pour les domaines déjà couverts par l'AMP.⁶⁵⁵ Enfin, il convient d'ajouter que la portée du principe de non-discrimination doit être soumise au seuil d'application de l'AMP : cela signifie que, pour les marchés publics dont la valeur est inférieure au seuil, le principe de non-discrimination est inapplicable.

651 Sue Arrowsmith, *Government procurement in the WTO*, op.cit., p.154.

652 *Ibid.*, p.155.

653 *Ibid.*, p.156.

654 *Ibid.*, p.166.

655 *Ibid.*, p.166.

En comparaison avec l'AMP de l'OMC, le principe de non-discrimination a également été reconnu dans le droit des marchés publics de l'UE, et ce dernier est allé encore plus loin. Sur le fond, le droit l'UE a consacré des libertés fondamentales pour la construction du marché intérieur. Trois de ces libertés concernent directement les marchés publics : la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation des services.⁶⁵⁶ Pour les garantir, le droit des marchés publics de l'UE prohibe alors tous les traitements discriminatoires du pouvoir adjudicateur dans la circulation des marchandises et des services et dans l'établissement des entreprises relatifs aux marchés publics. C'est la raison pour laquelle la directive n°2004/18 a posé expressément que « les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire »⁶⁵⁷. Donc, nous pouvons dire que dans le cadre de l'UE la clause de la nation la plus favorisée a été consacrée de la même manière que la clause du traitement national. De plus, il faut savoir qu'à la différence du cas de l'OMC, le droit primaire de l'UE constitue la source du principe de non-discrimination pour les marchés publics, donc tous les marchés publics de l'UE sont soumis au principe de non-discrimination, même quand leur valeur est inférieure au seuil d'application des directives, à la seule condition que les marchés d'espèce présentent un intérêt transfrontière.⁶⁵⁸

Dans la loi type de la CNUDCI, nous pouvons aussi observer le principe de non-discrimination. Mais au début, il est curieux de constater que la loi type « does not include 'non-discrimination' in its objectives stated in the preamble »⁶⁵⁹, et même par rapport à son contenu, « enacting states can restrict foreign participation, 'with a view in particular to protecting certain vital economic sectors of their national industrial capacity against

656 Jean-François Brisson, *op.cit.*, p.21.

657 Article 2 de la directive n°2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

658 Laurent Richer, *L'Europe des marchés publics*, L.G.D.J 2009, p.18-19.

659 Caroline Nicholas, *op.cit.*, p.766.

deleterious effects of unbridled foreign competition'. »⁶⁶⁰ Néanmoins, cet aspect de “protectionnisme” ne doit pas être exagéré. En effet, ceci peut être expliqué par le caractère particulier de la loi type : « the Model Law is a template for national legislation, and not an international trade agreement *per se*. »⁶⁶¹ La loi type doit donc rester plus réaliste : si elle ne tient aucun compte des intérêts nationaux, notamment des intérêts des pays en cours de développement, les Etats ne vont pas suivre le modèle proposé par la loi type. Au contraire, « the Model Law does not seek to prohibit such action (of protectionism), but to regulate it in an effective way : that is, by granting flexibility to enacting states to apply socio-economic factors in procurement, provided that the application is transparent. »⁶⁶² Au travers d’une telle opération d’équilibrage, la loi type peut d’un côté bien approcher l’objectif de « promouvoir ainsi le commerce international »⁶⁶³ en diffusant un modèle standard à la plupart des pays, mais d’un autre côté sans porter atteinte de façon trop importante à l’objectif de « garantir le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs. »⁶⁶⁴ D’ailleurs, comme un auteur l’a bien conclu, concernant le contenu de la loi type, « the principle is equal treatment to all covered procurement and suppliers, with very limited exemptions, supported by transparency provisions. »⁶⁶⁵

Alors, nous pouvons observer que même si la portée du principe de non-discrimination se présente différemment en fonction de l’origine des normes internationales, il reste un principe universellement accepté, notamment par l’AMP de l’OMC, le droit des marchés publics de l’UE et la loi type de la CNUDCI.

660 *Ibid.*, p.766.

661 *Ibid.*, p.768.

662 *Ibid.*, p.768.

663 Préambule b) de la loi type de la CNUDCI de 2011.

664 Préambule d) de la loi type de la CNUDCI de 2011.

665 Caroline Nicholas, *op.cit.*, p.769.

2. Les principes de moyens : transparence et concurrence

Le principe de non-discrimination, en tant que source de l'obligation substantielle, doit être accompagné par une série de principes de moyen. Il s'agit des principes de transparence et de concurrence. Comme un auteur l'a bien expliqué, « la réglementation des marchés publics a pour objectif de corriger les défaillances institutionnelles et les défaillances du marché »⁶⁶⁶, et effectivement « la transparence permet au 'principal' d'accéder à ces informations (...) de corriger les asymétries d'information », et que « la transparence et la concurrence peuvent aussi corriger les défaillances du marché. »⁶⁶⁷ Nous allons ainsi analyser les principes de la transparence et de la concurrence successivement.

En premier lieu, la transparence constitue généralement le moyen le plus important pour la réalisation de l'objectif de non-discrimination. Dans le préambule de l'AMP de l'OMC, « les parties au présent accord (...) qu'il est souhaitable d'assurer la transparence des lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics. »⁶⁶⁸ La directive 77/62/CEE déclare également qu'« il convient de compléter cette interdiction (des restrictions à la libre circulation des marchandises) par une coordination des procédures (...) afin d'assurer (...) une transparence permettant de mieux veiller au respect de cette interdiction. »⁶⁶⁹ La directive 2004/18 a encore posé que « la passation de marchés (...) doit respecter les principes du traité, (...) ainsi que les principes qui en découlent, comme (...) la transparence. »⁶⁷⁰ A la suite de cette déclaration, l'article 2 de la même directive a clairement imposé que « les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et (en) agissant avec transparence. »⁶⁷¹ Cette

⁶⁶⁶ Laurent Richer, *L'Europe des marchés publics*, op.cit., p.73.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p.74.

⁶⁶⁸ Le troisième *Reconnaissant* du préambule de l'AMP de l'OMC de 1994.

⁶⁶⁹ Considérant 2 de la directive n°77/62/CEE du 21 décembre 1976.

⁶⁷⁰ Considérant 2 de la directive n°2004/18 du 31 mars 2004.

⁶⁷¹ Article 2 de la directive n°2004/18 du 31 mars 2004.

position a été complètement suivie dans la directive 2014/24.⁶⁷² Il est similaire pour la loi type de la CNUDCI, dont le préambule a exposé qu'« il est souhaitable de réglementer la passation des marchés afin de promouvoir les objectifs suivants : (...) f) Assurer la transparence des procédures de passation des marchés. »⁶⁷³ Nous pouvons même constater que la fonction du principe de transparence a été également partagée dans ces différentes normes. Il s'agit généralement de deux fonctions: « First and foremost, as mentioned above transparency supports non-discriminatory procurement decisions by making it more difficult to disguise and maintain discriminatory procurement decisions. »⁶⁷⁴ En d'autres termes, le principe de transparence sert « à corriger les asymétries d'information »⁶⁷⁵ ; par-là, les traitements discriminatoires, même discrets, vont également être révélés. En second lieu, « it is well recognized that absence of transparency in rules and practices affecting trade itself operates as a barrier to trade. »⁶⁷⁶ Dans cet aspect, le principe de transparence a donc facilité directement la libre circulation des ressources économiques, qui est effectivement l'objectif poursuivi par le principe de non-discrimination.

En second lieu, la concurrence se présente également comme un moyen important pour garantir la non-discrimination. Même si « there are few explicit references to the notion of competition in the text of both the Model Law and the GPA – competition is implicit in the procedures they mandate. »⁶⁷⁷ Selon l'AMP, les procédures de passation disponibles pour les pouvoirs adjudicateurs sont limitées à trois : l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres sélectif et l'appel d'offres limité. Les deux premiers sont évidemment des procédures concurrentielles, à travers lesquelles les candidats vont être sélectionnés en fonction de leurs mérites, et la discrimination sera naturellement évitée. En fait, même si l'appel d'offres limité donne

672 Article 18 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

673 Le préambule de la loi type de la CNUDCI de 1995.

674 Sue Arrowsmith, *Government procurement in the WTO*, *op.cit.*, p.169.

675 Laurent Richer, *L'Europe des marchés publics*, *op.cit.*, p.74.

676 Sue Arrowsmith, *Government procurement in the WTO*, *op.cit.*, p.169.

677 Caroline Nicholas, *op.cit.*, p.759.

généralement plus de pouvoir discrétionnaire aux pouvoirs adjudicateurs, son utilisation est toutefois strictement restreinte : d'un côté, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas l'utiliser « dans le but d'éviter la concurrence entre les fournisseurs »⁶⁷⁸, d'un autre côté, les cas éligibles ont été expressément énumérés par le texte de l'AMP.⁶⁷⁹ Il est similaire pour le cas de la loi type de la CUNCI. Un des objectifs poursuivis consiste effectivement à « promouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché. »⁶⁸⁰ En l'occurrence, dans la loi type de 1994 la notion de concurrence n'a pas encore beaucoup été mentionnée, même si, à l'époque, « the choice of procurement method under the Model Law is predicated on the notion of maximizing competition. » Après la révision en 2011, « the proposed revisions to the Model Law express reference to maximizing competition in the choice of method of procurement and type of solicitation. »⁶⁸¹ Par exemple, en vertu de l'article 28 de la loi type de 2011, l'appel d'offres ouvert a été consacré comme la procédure de principe, « l'entité adjudicatrice ne peut recourir à une méthode de passation de marché autre que l'appel d'offres ouvert que dans les conditions prévues aux articles 29 à 31 de la présente Loi. »⁶⁸² De plus, dans le même article, le choix des autres procédures est également soumis à une condition générale de « (s'efforcer) d'assurer la plus grande concurrence possible. »⁶⁸³ Pour le droit des marchés publics de l'UE, le principe de concurrence est également reconnu. Même si ce principe n'a pas été mentionné expressément dans le préambule des directives, il a en fait été profondément intégré au droit des marchés publics de l'UE : « le droit des marchés publics (...) cherche à faire prévaloir la concurrence par les mérites (...) sous la forme de définition de procédures de passation », et

678 Le premier paragraphe de l'article XIII de l'AMP de l'OMC de 2012.

679 Le point a) de premier paragraphe de l'article XIII de l'AMP de l'OMC de 2012.

680 Le point c) du préambule de la loi type de la CNUDCI de 2011.

681 Caroline Nicholas, *op.cit.*, p.762.

682 Article 28 de la loi type de la CNUDCI de 2011.

683 Article 28 de la loi type de la CNUDCI de 2011.

effectivement « organiser ces procédures est le principal objet des directives 2004/18 et 2004/17. »⁶⁸⁴

Après avoir analysé les principes consacrés dans les différentes normes internationales relatives aux marchés publics, nous pouvons constater qu'il existe effectivement dans ces normes une série de principes homologues. Par rapport aux relations entre ces principes, la transparence et la concurrence constituent en fait les moyens destinés à achever la non-discrimination dans les activités des marchés publics. Néanmoins, comme nous l'avons mentionné dans la section précédente, les expériences dans l'évolution des normes internationales ont déjà témoigné qu'une simple déclaration de principe n'est pas suffisante pour enlever toutes les discriminations, il faut l'accompagner d'une procédure spécifique de passation. Sur ce point, nous allons montrer que les normes internationales différentes ont également établi des procédures de passation assez approchantes.

§2. Les procédures approchantes

En analysant le contenu de l'AMP, des directives européennes et de la loi type de la CNUDCI, nous pouvons retenir un modèle de régime des procédures largement accepté. De plus, l'évolution récente de ce régime dans les différentes normes internationales présente également une tendance similaire : ceci fait encore la preuve de l'approche de ces procédures de passation.

Précisément, ce modèle de régime se compose de deux grandes catégories de procédures : la catégorie de l'appel d'offres et la catégorie de la négociation. Nous allons les traiter successivement ci-après.

⁶⁸⁴ Laurent Richer, *L'Europe des marchés publics*, op.cit., p.225.

1. La procédure de l'appel d'offres

Il s'agit d'une catégorie de procédure caractérisée par ses effets concurrentiels, dont l'enjeu consiste à attirer les plus nombreux candidats éligibles et à les mettre en concurrence afin de trouver la meilleure offre sur le marché. Dans cette procédure, il existe deux sous-catégories généralement acceptées, celles de l'appel d'offres ouvert et de l'appel d'offres restreint/sélectif : « la procédure d'appel d'offres ouverte est celle selon laquelle tous les fournisseurs intéressés peuvent soumissionner », « la procédure de l'appel d'offres sélective est celle selon laquelle (...) les fournisseurs admis à soumissionner sont ceux qui sont invités à le faire par l'entité. »⁶⁸⁵ En bref, la différence entre les deux concerne principalement le contrôle de l'accès des candidats à la concurrence : pour l'appel d'offres restreint, l'acheteur public dispose d'un pouvoir plus large sur la sélection des candidats.

Malgré cette nuance, la procédure de l'appel d'offres est généralement composée de trois parties : la publicité, l'accès des candidats et l'évaluation des offres. Les normes internationales relatives aux marchés publics ont effectivement présenté une convergence autour de ces trois éléments.

a. La publicité

Pour satisfaire les demandes de transparence et de concurrence, la règle générale de la publicité dans les normes internationales pose l'obligation pour chaque marché envisagé de diffuser un avis en vue d'attirer les candidats potentiels les plus nombreux possibles. De plus, cette publicité doit s'opérer avec les contenus définis par le texte au travers de voies de publication préalablement fixées. En l'occurrence, d'après la loi type de 2011, « l'invitation à participer à l'appel d'offres ouvert, à l'appel d'offres en deux étapes (...) est publiée dans la publication indiquée par les règlements en matière de passation des marchés »⁶⁸⁶ avec des contenus indispensables énumérés dans les articles 37 et 39. Il est similaire pour l'AMP de

⁶⁸⁵ Article VII de l'AMP de l'OMC de 1994.

⁶⁸⁶ Paragraphe 1 de l'article 33 de la loi type de la CNUDCI de 2011.

2012, selon l'article VII, l'avis de marché envisagé doit être publié « dans le média papier ou électronique approprié qui est indiqué à l'Appendice III » avec les contenus expressément énumérés dans le paragraphe 2 du même article.⁶⁸⁷ Pour le droit des marchés publics de l'UE, la même solution peut être constatée : « les avis de marché sont utilisés comme moyen d'appel à la concurrence pour toutes les procédures »⁶⁸⁸, et ces avis « incluent les informations mentionnées à l'annexe V sous la forme de formulaires types »⁶⁸⁹, ensuite ils doivent être « transmis par voie électronique à l'Office des publications de l'Union européenne et publiés conformément à l'annexe VIII. »⁶⁹⁰

Il convient d'ajouter qu'en vue de garantir une diffusion effective transnationale, une publication d'un résumé de l'avis rédigé dans des langues étrangères est également imposée par l'AMP et les directives européennes. En l'occurrence, l'AMP a posé que « pour chaque marché envisagé, une entité contractante publiera un avis résumé (...) en même temps que l'avis de marché envisagé, dans une des langues de l'OMC. »⁶⁹¹ La directive de 2014 a également prescrit qu'« un résumé des éléments importants de chaque avis est publié dans les autres langues officielles des institutions de l'Union. »⁶⁹²

De plus, les normes internationales ont proposé encore un autre modèle de publicité favorable à l'effectivité de la concurrence. Dans l'AMP, il s'agit de la publication d'un avis de marché programmé, son correspondant en droit de l'UE est l'avis de préinformation : « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire connaître leurs intentions en matière de passation de marchés par le biais de la publication d'un avis de préinformation. »⁶⁹³ En allant encore plus loin, l'AMP a encouragé « les entités contractantes (...) à publier un avis concernant leurs

687 Paragraphe 2 de l'article VII de l'AMP de l'OMC de 2012.

688 Article 49 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

689 Paragraphe 1 de l'article 51 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

690 Paragraphe 2 de l'article 51 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

691 Paragraphe 3 de l'article VII de l'AMP de l'OMC de 2012.

692 Paragraphe 3 de l'article 51 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

693 Article 48 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

projets de marchés futurs le plus tôt possible. »⁶⁹⁴ L'objectif ici est évidemment de donner plus de temps pour permettre aux candidats potentiels de préparer leurs dossiers à l'avance. Ceci a été jugé essentiel pour promouvoir la concurrence internationale, sachant que les candidats étrangers ont généralement besoin de plus de temps pour engager la concurrence ayant lieu dans un autre pays.

b. L'accès des candidats

Afin d'assurer la qualité du service ultérieur et de réduire le coût de la procédure, il existe couramment dans le régime des marchés publics une étape destinée à contrôler l'accès des candidats. Néanmoins, cette étape est aussi susceptible d'être contournée dans un objectif protectionniste. C'est la raison pour laquelle les normes internationales relatives aux marchés publics ont généralement imposé dans cette opération une série de mesures destinée à garantir la transparence et la concurrence. L'objectif de non-discrimination sera ainsi assuré.

En premier lieu, les critères pouvant être employés pour exclure les candidats sont tous restrictivement énumérés par les textes. Par-là, d'un côté la transparence de ces critères peut ainsi être assurée, d'un autre côté la marge discrétionnaire laissée au pouvoir adjudicateur d'exclure les candidats est considérablement limitée. En l'occurrence, dans l'AMP, les critères servant à exclure les fournisseurs sont énumérés dans le paragraphe 4 de l'article VIII, « une Partie, y compris ses entités contractantes, pourra exclure un fournisseur pour des motifs tels que (...). »⁶⁹⁵ Il est similaire dans la directive européenne de 2014, dont l'article 57 baptisé « motifs d'exclusion » a également fixé les « raisons » pour lesquelles les pouvoirs adjudicateurs soit sont obligés d'exclure⁶⁹⁶ soit « peuvent exclure ou être obligés par les Etats

694 Paragraphe 4 de l'article VII de l'AMP de l'OMC de 2012.

695 Paragraphe 4 de l'article VIII de l'AMP de l'OMC de 2012.

696 Paragraphe 1 et 2 de l'article 57 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché. »⁶⁹⁷

En deuxième lieu, les critères de sélection des candidats sont également limités par le texte. Précisément, dans l'AMP les critères de sélection sont tout d'abord enfermés dans « les capacités juridiques et financières et les compétences commerciales et techniques pour se charger du marché en question », de plus, les conditions exigées par le pouvoir adjudicateur doivent être « indispensables pour s'assurer » de l'exécution du marché d'espèce.⁶⁹⁸ La même solution peut aussi être constatée dans la directive européenne de 2014, « 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. » De plus, « toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché. »⁶⁹⁹ Ensuite, l'AMP a encore précisé deux points. Le premier concerne l'évaluation des conditions : l'évaluation par le pouvoir adjudicateur doit se baser sur « des conditions qu'elle a spécifiées à l'avance dans les avis ou la documentation relative à l'appel d'offres » et « sur la base des activités commerciales de ce fournisseur tant sur le territoire de la Partie de l'entité contractante qu'en dehors de celui-ci. »⁷⁰⁰ Le second concerne la portée des expériences antérieures du candidat : l'AMP précise que le pouvoir adjudicateur « pourra exiger une expérience préalable pertinente dans les cas où cela sera essentiel pour qu'il soit satisfait aux prescriptions du marché », mais ne peut pas imposer « la condition que le fournisseur devra avoir préalablement obtenu un ou plusieurs marchés d'une entité contractante d'une Partie donnée. »⁷⁰¹ Nous pouvons trouver dans la directive européenne de 2014 les correspondants de ces deux points : d'abord, l'évaluation ne peut opérer que sur la base des « conditions et

⁶⁹⁷ Paragraphe 4 de l'article 57 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

⁶⁹⁸ Paragraphe 2 de l'article VIII de l'AMP de l'OMC de 2012.

⁶⁹⁹ Paragraphe 1 de l'article 58 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

⁷⁰⁰ Paragraphe 3 de l'article VIII de l'AMP de l'OMC de 2012.

⁷⁰¹ Paragraphe 2 de l'article VIII de l'AMP de l'OMC de 2012.

critères énoncés dans l’avis de marché ou dans l’invitation à confirmer l’intérêt ainsi que dans les documents de marché. »⁷⁰² Ensuite, bien que les pouvoirs adjudicateurs puissent « exiger notamment que les opérateurs économiques disposent d’un niveau d’expérience suffisant » à travers les marchés exécutés antérieurement, mais les références auxquels doivent être « adéquates ». ⁷⁰³ Evidemment, toutes les mesures évoquées ci-dessus ont pour effet d’assurer à la fois la transparence et la concurrence dans l’opération de sélection, et les candidats étrangers en bénéficient particulièrement.

En troisième lieu, dans le cadre de la procédure de l’appel d’offres sélective/restreinte, le pouvoir adjudicateur dispose généralement d’une marge discrétionnaire plus large que le cas de la procédure ouverte pour limiter l’accès des candidats. Pour garantir la valeur de non-discrimination dans cette procédure, les normes internationales ont simultanément imposé des règles spécifiques pour l’encadrer. En l’occurrence, l’AMP a précisé que le pouvoir adjudicateur ne peut limiter le nombre de fournisseurs admis à soumissionner que dans le cas où il a déjà indiqué cette limitation « dans l’avis de marché envisagé » avec « les critères employés pour sélectionner le nombre limité. »⁷⁰⁴ La même solution existe également dans la directive européenne de 2014 : « les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l’avis de marché ou dans l’invitation à confirmer l’intérêt les critères ou règles objectifs de non-discrimination qu’ils prévoient d’appliquer, le nombre minimum de candidats qu’ils prévoient d’inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum. » Mais en comparant avec la règle de l’AMP, la directive européenne de 2014 est évidemment allé encore plus loin, en imposant que « dans la procédure restreinte, le nombre minimal de candidats est de cinq. »⁷⁰⁵ Cette mesure vise clairement à assurer une concurrence effective dans l’étape suivante.

702 Le point a) paragraphe 1 de l’article 56 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

703 Paragraphe 4 de l’article 58 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

704 Paragraphe 5 de l’article IX de l’AMP de l’OMC de 2012.

705 Paragraphe 2 de l’article 65 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

c. L'évaluation des offres

Pour tous les candidats qui ont été autorisés à accéder à la concurrence, leurs offres seront évaluées par le pouvoir adjudicateur en vue d'identifier la meilleure parmi lesquelles. L'évaluation des offres constitue donc une étape essentielle pour la procédure de l'appel d'offres, puisque la concurrence visée par cette procédure se trouve principalement dans cette étape. Pour garantir la transparence et la concurrence dans cette opération, les normes internationales ont également adopté une série de mesures similaires. Nous allons les analyser ci-après.

En premier lieu, le processus de traitement des offres doit être impartial et transparent. Ça signifie que toutes les offres doivent être traitées de façon égale et sous une surveillance effective. En l'occurrence, l'AMP a imposé qu'« une entité contractante recevra, ouvrira et traitera toutes les soumissions selon des procédures qui garantissent l'équité et l'impartialité du processus de passation des marchés. »⁷⁰⁶ Notamment « dans les cas où une entité contractante offrira à un fournisseur la possibilité de corriger des erreurs de forme involontaires entre l'ouverture des soumissions et l'adjudication du marché, elle offrira la même possibilité à tous les fournisseurs participants. »⁷⁰⁷ La loi type de la CNUDCI nous a également fourni une procédure similaire, mais avec les exigences plus détaillées. Précisément, la procédure d'après la loi type doit se dérouler selon la modalité déjà annoncée : « (les offres) sont ouvertes au lieu et selon le mode et les procédures spécifiés dans le dossier de sollicitation. »⁷⁰⁸ Dans ce processus, une surveillance par les candidats a été particulièrement soulignée : « tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des offres, ou leurs représentants, sont autorisés par l'entité adjudicatrice à participer à l'ouverture des offres »⁷⁰⁹, et « le nom et l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est

706 Paragraphe 1 de l'article XV de l'AMP de l'OMC de 2012.

707 Paragraphe 3 de l'article XV de l'AMP de l'OMC de 2012.

708 Paragraphe 1 de l'article 42 de la loi type de la CNUDCI de 2011.

709 Paragraphe 2 de l'article 42 de la loi type de la CNUDCI de 2011.

ouverte, ainsi que le prix soumis, sont annoncés aux personnes présentes à l'ouverture des offres. »⁷¹⁰

En second lieu, afin de bien représenter la complexité des avantages comparatifs entre les offres, les critères de l'évaluation sont de plus en plus multiples, sachant que le cas pertinent pour employer le critère unique de prix est en fait très limité.⁷¹¹ Alors, pour éviter les discriminations éventuelles à cause de la marge discrétionnaire issue des critères multiples, les normes internationales soulignent de plus en plus l'importance de la transparence des critères d'évaluation adoptés dans les marchés. En l'occurrence, l'AMP a exigé que l'évaluation doive s'opérer « uniquement sur la base des critères d'évaluation spécifiés dans les avis et dans la documentation relative à l'appel d'offres. »⁷¹² La même solution a été adoptée dans la loi type : « pour évaluer les soumissions et déterminer la soumission à retenir, l'entité adjudicatrice utilise uniquement les critères et procédures énoncés dans le dossier de sollicitation et les applique de la manière prévue dans ce dossier. Il ne peut être utilisé de critère ou de procédure qui n'ait pas été énoncé conformément à la présente disposition. »⁷¹³ De plus, le droit des marchés publics de l'UE a allé encore plus loin : il a déclaré que « les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. »⁷¹⁴ Pour l'achever, la directive européenne de 2014 exige notamment une transparence des pondérations des critères : « le pouvoir adjudicateur précise, dans les documents de marché, la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse », même pour les cas où « la

710 Paragraphe 3 de l'article 42 de la loi type de la CNUDCI de 2011.

711 Bien que l'hypothèse du critère unique de prix puisse encore être constatée dans la loi type de la CNUDCI de 2011 et l'AMP de l'OMC de 2012, nous pouvons clairement observer que le critère unique de prix a commencé d'être marginalisé dans la directive européenne de 2014/24.

712 Paragraphe 5 de l'article XV de l'AMP de l'OMC de 2012.

713 Paragraphe 6 de l'article 11 de la loi type de la CNUDCI de 2011.

714 Paragraphe 4 de l'article 64 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur indique les critères par ordre décroissant d'importance. »⁷¹⁵

En résumé, les trois parties de la procédure de l'appel d'offres, à savoir la publicité, l'accès des candidats et l'évaluation des offres, présentent des contenus similaires dans les différentes normes internationales relatives aux marchés publics. Nous pouvons ainsi conclure qu'en vue d'assurer la transparence et la concurrence de l'attribution des marchés, ces normes internationales ont effectivement adopté des procédures d'appel d'offres très proches. En fait, pour une autre catégorie de procédure, à savoir la négociation, un tel phénomène de rapprochement peut également être constaté.

2. La procédure de négociation

Initialement, la procédure de négociation dans les normes internationales n'était qu'une conception abstraite et nébuleuse, sachant que l'attitude traditionnelle adoptée par ces normes était de l'interdire en principe. Les règles encadrant cette procédure consistent alors simplement à énumérer les cas éligibles à recourir à cette possibilité. Néanmoins, depuis le XXI^e siècle, nous pouvons constater une tendance à la montée en importance de la procédure de négociation, qui a ainsi évolué à plusieurs modèles procéduraux plus concrets. Nous allons démontrer que d'un côté l'objectif sous-jacent de ce changement consiste à assouplir le formalisme inscrit dans le régime ancien des marchés publics, et d'un autre côté l'essor de la procédure de négociation doit être accompagné par une série de mesures ayant pour effet de garantir la transparence et la concurrence.

a. L'état initial : une procédure marginale

Depuis le début de l'évolution des normes internationales relatives aux marchés publics, la procédure de négociation a presque toujours un statut très marginal.

⁷¹⁵ Paragraphe 5 de l'article 67 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

En l'occurrence, dans les directives européennes portant coordination des procédures de passation dans les années 1970, il existe très peu de règles encadrant cette procédure. Par exemple, à défaut de règles précises sur la négociation, la directive de 1971 a juste marqué les cas dans lesquels le pouvoir adjudicateur est autorisé à recourir à la négociation en dérogeant avec règles formalistes de l'appel d'offres : « les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de travaux sans appliquer les dispositions de la présente directive (...) dans les cas suivants : (...). »⁷¹⁶ Dans l'AMP de 1979, la même situation peut être constatée : le concepteur a marqué que « la procédure d'appel d'offres unique (marchés de gré-à-gré), aux fins du présent accord, est celle selon laquelle l'entité s'adresse à des fournisseurs individuellement, dans les seules circonstances énoncées au paragraphe 15 ci-après. »⁷¹⁷ Par rapport aux règles l'encadrant, l'AMP a tout d'abord clairement posé que « les dispositions des paragraphes 1 à 14 ci-dessus, qui s'appliquent aux procédures d'appel d'offres ouvertes ou sélectives, ne seront pas nécessairement applicables dans les circonstances définies ci-après (dans le paragraphe 15). »⁷¹⁸ Ensuite, la seule règle qui s'impose à la procédure de négociation consiste en fait à interdire la réduction de la concurrence et la discrimination : « l'appel d'offre unique ne soit pas utilisé en vue de ramener la concurrence en deçà du maximum possible, ou d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination entre fournisseurs étrangers ou de protection des producteurs nationaux. »⁷¹⁹ Au-delà de cette déclaration de principe, l'AMP n'a rien imposé au niveau des règles concrètes.

b. L'évolution en cours : l'essor de la négociation

Néanmoins, dans ces dernières années nous pouvons davantage constater un essor de la procédure de la négociation.

716 Article 9 de la directive n°71/305/CEE du 26 juillet 1971.

717 Paragraphe 1 de l'article 5 de l'AMP de l'OMC de 1979.

718 Paragraphe 15 de l'article 5 de l'AMP de l'OMC de 1979.

719 Paragraphe 15 de l'article 5 de l'AMP de l'OMC de 1979.

En vertu de la directive européenne 2004/18, un développement considérable de la procédure de négociation peut déjà être identifié. Précisément, après l'entrée en vigueur de cette directive, la procédure abstraite et nébuleuse de la négociation inscrite dans les directives anciennes a été remplacée par trois procédures concrètes : le dialogue compétitif, la procédure négociée avec publication et la procédure négociée sans publication.

Par rapport au dialogue compétitif, le concepteur de la directive a tout d'abord bien précisé le déroulement de cette procédure. Selon lui, il s'agit d'une procédure par laquelle « les pouvoirs adjudicateur ouvrent, avec les candidats sélectionnés (...), un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux leurs besoins. Au cours de ce dialogue, ils peuvent discuter tous les aspects du marché avec les candidats sélectionnés. »⁷²⁰ Au fil de déroulement du dialogue, le pouvoir adjudicateur peut réduire davantage le nombre de solutions à discuter, et terminer ce dialogue « jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées. »⁷²¹ Enfin, « les pouvoirs adjudicateurs les invitent à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. »⁷²² Avec une telle précision, les candidats sélectionnés peuvent donc effectivement participer à la formation de la solution adoptée ultérieurement par le pouvoir adjudicateur. Le dialogue entre l'acheteur public et les candidats constitue alors un avantage essentiel dans un contexte où les avancements techniques évoluent parfois trop vite pour que l'administration soit en mesure de connaître la meilleure solution disponible sur le marché. Néanmoins, au regard de la procédure de l'appel d'offres, si cette procédure présente un assouplissement considérable, apparaît alors un risque non-négligeable d'abus.

⁷²⁰ Paragraphe 3 de l'article 29 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

⁷²¹ Paragraphe 5 de l'article 29 de la directive de 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

⁷²² Paragraphe 6 de l'article 29 de la directive de 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Pour éviter ce risque, le concepteur a imposé en même temps une série de mesures ayant pour effet de garantir la transparence et la concurrence pendant le dialogue. En ce qui concerne la transparence, « les pouvoirs adjudicateurs publient un avis de marché dans lequel ils font connaître leurs besoins et exigences, qu'ils définissent dans ce même avis et/ou dans un document descriptif. »⁷²³ En ce qui concerne la concurrence, « au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. »⁷²⁴ Dans le même sens, « sur demande du pouvoir adjudicateur, ces offres peuvent être clarifiées, précisées et perfectionnées. Cependant, ces précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou de l'appel d'offres, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire. »⁷²⁵

Cette même modalité peut également être constatée dans la procédure négociée avec publication : d'un côté, « les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter »⁷²⁶, mais d'un autre côté, le concepteur souligne l'importance de l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires, imposant notamment que « (les pouvoirs adjudicateurs) ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. »⁷²⁷

⁷²³ Paragraphe 2 de l'article 29 de la directive de 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

⁷²⁴ Paragraphe 3 de l'article 29 de la directive de 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

⁷²⁵ Paragraphe 6 de l'article 29 de la directive de 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

⁷²⁶ Paragraphe 2 de l'article 30 de la directive de 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

⁷²⁷ Paragraphe 3 de l'article 30 de la directive de 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

La montée en importance de la procédure de négociation se présente également dans la nouvelle loi type de la CNUDCI de 2011.

En effet, en raison du caractère particulier de la loi type⁷²⁸, le barrage entre la loi type et la procédure de négociation est beaucoup moins importante que c'est le cas dans les autres normes internationales relatives aux marchés publics, notamment le droit des marchés publics de l'UE. C'est la raison pour laquelle la procédure de la négociation a déjà été largement adoptée dans la loi type de 1994. Par exemple, dans la procédure d'appel d'offres en deux étapes, « l'entité adjudicatrice peut, durant la première étape, engager, avec tout fournisseur ou entrepreneur dont l'offre n'a pas été rejetée en application des articles 12, 15 ou 34 3) des négociations au sujet de tout aspect de son offre. »⁷²⁹

Néanmoins, en comparant avec la loi type de 2011, un essor de la procédure de négociation se présente authentiquement dans ce dernier. La différence essentielle entre ces deux versions de la loi type tient à la modalité de traitement de la procédure de négociation. En l'occurrence, dans la loi type de 1994, la négociation est traitée principalement comme une option intégrée dans les multiples procédures de passation. Par exemple, comme dans le cas de l'appel d'offres en deux étapes, l'option de la négociation existe également dans la procédure de sollicitation de propositions définie par la loi type de 1994 : « l'entité adjudicatrice peut négocier avec les fournisseurs ou entrepreneurs au sujet de leurs propositions et demander ou autoriser une modification de ces propositions. »⁷³⁰ Mais évidemment ces procédures ne sont pas caractérisées par cette opportunité de négociation, elles se forment en fait une procédure autonome, qui prévoit juste une option de négociation

728 « it is a model capable of inspiring national legislation. (...) It should evaluate the Model Law solely in terms of its potential to secure value for money spent on its own public procurement, not as an instrument of promoting its own exports or the competitiveness of its own industry. » Voir Gosta Westring, « Multilateral and unilateral procurement regimes - to which camp does the UNCITRAL Model Law on procurement belong? », *Public procurement law review* n°4 1994, p.148-149.

729 Paragraphe 3 de l'article 46 de la loi type de la CNUDCI de 1994.

730 Paragraphe 7 de l'article 48 de la loi type de la CNUDCI de 1994.

éventuelle. En revanche, avec la loi type de 2011, une réforme sur le modèle d'organisation des procédures a eu lieu. Elle consiste à dissocier l'option de la négociation de chaque procédure et à les recomposer dans un chapitre séparé. Au travers de cette opération, une série de procédures nouvelles concentrées sur certains modèles du mécanisme de négociation est ainsi créée. Il s'agit précisément de cinq procédures particulières, à savoir l'appel d'offres en deux étapes⁷³¹, la demande de propositions avec dialogue⁷³², la demande de propositions avec négociations consécutives⁷³³, les négociations avec appel à la concurrence⁷³⁴ et la sollicitation d'une source unique⁷³⁵. Les règles spécifiques encadrant ces procédures sont ainsi fixées par la loi type de 2011.

Une telle tendance s'affirme encore une fois dans la directive européenne de 2014.

Tout d'abord, au niveau de la quantité, à la différence de trois procédures de la négociation prescrites par la directive de 2004, la nouvelle directive a consacré quatre procédures de cette nature. Il s'agit de la procédure concurrentielle avec négociation, du dialogue compétitif, du partenariat d'innovation, de la procédure négociée sans publication préalable. Parmi elles, le partenariat d'innovation apparaît pour la première fois, visant particulièrement à promouvoir l'innovation. Evidemment, en vue de réaliser cet objectif, une procédure construite autour du mécanisme de négociation paraît beaucoup plus pertinente que la procédure formaliste de l'appel d'offres.

Ensuite, au niveau de la substance, comme un auteur l'a bien marqué, « une chose est en tout cas certaine (...), (le régime de la mise en concurrence) demeure souple pour les contrats qui se trouvent nouvellement soumis aux directives et il se trouve assoupli pour ceux qui en relevaient déjà. (...) L'un de ses apports marquants est, en effet, l'extension des possibilités de

731 Article 48 de la loi type de la CNUDCI de 2011.

732 Article 49 de la loi type de la CNUDCI de 2011.

733 Article 50 de la loi type de la CNUDCI de 2011.

734 Article 51 de la loi type de la CNUDCI de 2011.

735 Article 52 de la loi type de la CNUDCI de 2011.

recours à la négociation. »⁷³⁶ En effet, « la directive n° 2004/18/CE traitait la négociation non pas comme un élément normal de la procédure d'attribution d'un contrat par un pouvoir adjudicateur mais au contraire comme une exception strictement encadrée. »⁷³⁷ Néanmoins, avec l'entrée en vigueur de la directive 2014, « les conditions de recours à la négociation sont sensiblement modifiées. »⁷³⁸ Par exemple, la procédure négociée avec publication inscrite dans la directive 2004 n'était autorisée que dans 4 situations énumérées, mais désormais son correspondant dans la directive 2014, à savoir la procédure concurrentielle avec négociation, peut être employé dans 5 situations. De plus, « cette nouvelle rédaction des conditions de recours à la négociation est évidemment tributaire des textes de transposition mais elle ouvre clairement la possibilité de recourir à la négociation puisqu'elle n'est plus enfermée dans le caractère exceptionnel de la situation. »⁷³⁹

Enfin, les règles encadrant ces nouvelles procédures de négociation ont également été améliorées. Précisément, aux yeux d'un auteur, la directive de 2004 traduit en fait un « quasi-silence » sur le déroulement de la négociation. Au contraire, « la nouvelle directive donne beaucoup plus d'éléments sur le déroulement de la négociation. »⁷⁴⁰ Un élément très détaillé peut éventuellement bien illustrer cette amélioration : dans la directive de 2004, en ce qui concerne le dialogue compétitif, le concepteur a déclaré que « ces précisions, clarifications perfectionnements ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou de l'appel d'offres, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire. » Toutefois, en vertu de la nouvelle directive, le concepteur a d'un côté repris la même déclaration, et d'un autre côté, opéré une explication pour combler le flou autour la conception des « aspects essentiels de l'offre ou du

736 François Llorens, Pierre Soler-couteaux, « Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions ? », *Contrats et Marchés publics* n° 3, Mars 2014, repère 3, p.2.

737 Marion Ubaud-Bergeron, « La négociation », *Contrats et Marchés publics* n° 6, Juin 2014, dossier 7, p.31.

738 *Ibid.*, p.32.

739 *Ibid.*, p.32.

740 *Ibid.*, p.33.

marché public », en ajoutant « notamment les besoins et exigences indiqués dans l’avis de marché ou dans le document descriptif ». ⁷⁴¹ Certainement, cette petite phrase complémentaire peut encore mieux contribuer à l’objectif d’éviter de « fausser la concurrence ».

En somme, force est de constater que l’importance de la négociation augmente de plus en plus dans les normes internationales relatives aux marchés publics. Ce phénomène peut être aisément expliqué de deux manières. En premier lieu, théoriquement la position traditionnelle du refus de la négociation « repose sur la conviction que la rencontre de l’offre et de la demande peut se faire de façon optimale sans négociation », mais une telle conviction a été jugée comme « irréaliste d’un point de vue économique », sachant qu’elle « suppose une exacte définition des besoins mais aussi une connaissance précise du marché, que n’ont pas toujours les pouvoirs adjudicateurs. » ⁷⁴² En second lieu, ce phénomène s’inscrit en fait dans une vague plus générale consistant à changer la logique essentielle du régime des marchés publics : comme un auteur l’a bien remarqué concernant l’AMP de 2012, « il can be argued that this new provision is a step towards a principles-based, rather than rule-based, system: so long as the transparency and non-discrimination provisions are adhered to and no specific provisions are broken, Parties are at liberty to evolve procedures consistent with their need. » ⁷⁴³

741 Paragraphe 6 de l’article 30 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

742 Marion Ubaud-Bergeron, « La négociation », *op.cit.*, p.33.

743 Sue Arrowsmith, « The revised agreement on government procurement : changes to the procedural rules and other transparency provisions », in Sue Arrowsmith et Robert D. Anderson, *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge 2011, p.294.

Conclusion du premier chapitre

Après avoir analysé l'histoire du développement des normes internationales relatives aux marchés publics, nous pouvons clairement constater une circulation globale des sources du néolibéralisme, qui passe en fait par l'évolution symbiotique des normes internationales autour de cette idée et la généralisation des principes et procédures corrélatifs parmi ces normes internationales.

Précisément, d'un point de vue historique, l'AMP de l'OMC, le droit des marchés publics de l'UE et la loi type se partagent leurs expériences et s'en inspirent constamment, présentant alors une évolution symbiotique. L'objectif commun derrière cela tient en fait à enlever les éléments discriminants existants dans la circulation globale des affaires économiques, sachant que ces éléments sont susceptibles de distordre la distribution de ses sources économiques et ainsi d'abaisser l'efficacité de l'économie au sens global. L'idée sous-jacente ici s'attache logiquement à celle du néolibéralisme.

En tant que le corollaire naturel d'une telle évolution symbiotique, une série de principes et procédures de passation se généralise parmi les normes internationales relatives aux marchés publics. Schématiquement, les principes de non-discrimination, de transparence et de concurrence sont globalement acceptés par l'AMP de l'OMC, le droit des marchés publics de l'UE et la loi type ; la procédure de l'appel d'offres se déroule également d'après un même modèle dans ces trois normes internationales distinctes, au sein desquelles une montée en importance de la procédure de la négociation peut également être identifiée.

Ainsi, aux yeux de certains optimistes, un modèle commun du droit des marchés publics global a été bien formé. Naturellement, le droit des marchés publics de la France comme celui de la Chine ne peuvent pas s'en éloigner, en revanche, ils ont été considérablement influencés par l'angle du libéralisme exogène. Ci-après, nous allons présenter concrètement les impacts apportés par ces normes internationales sur les régimes des marchés publics dans ces deux

pays.

Chapitre 2. Les manifestations au plan institutionnel

Avant d'entrer dans les détails institutionnels des régimes en France et en Chine, il nous faudrait aborder à l'avance une question de compatibilité. En l'occurrence, il s'agit de la compatibilité entre les éléments apportés par les normes internationales et les éléments endogènes existant déjà dans chaque pays.

Comme nous l'avons déjà mentionné, les normes internationales relatives aux marchés publics se caractérisent par un objectif propre, à savoir abolir les éléments discriminatoires qui risquent de fausser la concurrence et de distordre la distribution globale des ressources économiques. Cependant, le droit des marchés publics national se forme en poursuivant des objectifs endogènes, à savoir notamment l'économie du prix, la qualité de la prestation et l'intégrité publique. Alors, comment est-il possible de fusionner dans un régime unique, de façon cohérente, tous ces éléments institutionnels issus d'objectifs de nature essentiellement distincte ?

Concernant cette question préalable, un auteur a bien remarqué où la difficulté réside : « In the international context, there is an appreciable tension between these conflicting objectives and the end result, in terms of procurement regulation, will reflect the compromises reached. These tensions may not always be successfully resolved and this often gives rise. »⁷⁴⁴ Evidemment, aux yeux de cet auteur, il ne s'agit pas d'une mission facile. Cependant, à notre avis, cela ne constitue pas un obstacle irréductible, il reste donc toujours possible de parvenir à un équilibre pertinent. La raison tient au fait que les éléments institutionnels issus de l'objectif international manifestent, comme leurs correspondants résultant des objectifs endogènes, la nature du libéralisme et de la concurrence. En bref, les éléments institutionnels résultant de ces différents objectifs sont essentiellement homogènes. Sur ce point, un auteur a bien expliqué : « the different ambit of international and domestic procurement rules does not

⁷⁴⁴ Peter Trepte, *op.cit.*, p.255.

of itself present any problems, and, as we have seen, where these rules deal with the same aspects of procurement they tend to establish similar requirement, and thus to support and reinforce each other. » Il a ensuite cité pour exemple l'objectif de l'économie du prix et l'objectif international, « So far as the objective of best value is concerned, it has been explained above that transparency is seen in government procurement systems as the most appropriate means of ensuring best value in general, as well as an essential means of ensuring that procurement is not influenced by protectionist considerations in contravention of international rules prohibiting discrimination. »⁷⁴⁵

En somme, l'homogénéité entre les éléments institutionnels issus d'objectifs différents a rendu possible leur coexistence dans un régime unique. Cependant, une telle homogénéité n'empêche pas que les éléments résultant de l'objectif international manifestent quand même certaines caractéristiques identifiables, qui nous permettent redoutant de les détacher des éléments endogènes et de les analyser particulièrement ci-après.

Plus précisément, dans le droit des marchés publics en France comme en Chine, deux aspects des plus importants sont apportés par les normes internationales : en premier lieu, le champ d'application du régime des marchés publics est considérablement amplifié, sachant que l'effet le plus visible en résultant consiste effectivement à l'élargissement de l'accès au marché (Section I) ; en second lieu, le régime de passation des marchés publics est de plus en plus influencé par les considérations du marché, étant donné que l'objectif ultime poursuivi par les normes internationales est justement d'intégrer toutes les activités d'achat public dans un marché unique et libéral (Section II).

⁷⁴⁵ Sue Arrowsmith, « National and international perspectives on the regulation of public procurement: harmony or conflict? », *op.cit.*, p.23.

Section 1. Le champ d'application amplifié

En France comme en Chine, l'amplification du champ d'application du droit des marchés publics se déploie principalement dans deux dimensions. En premier lieu, les matières donnant lieu à son application ont considérablement élargies ; en second lieu, les parties des marchés publics ont été sensiblement étendues. Nous allons analyser tout d'abord les situations en France, et présenter ensuite les situations en Chine.

§1. Un champ d'application amplifié en France

1. Les matières recouvertes

Les matières faisant l'objet d'une application du régime des marchés publics peuvent être analysées sous deux aspects. Premièrement, du point de vue matériel, même si les objets des marchés publics se composent toujours de trois éléments classiques, à savoir les travaux, les fournitures et les services, leurs contenus précis sont en fait considérablement enrichis actuellement ; deuxièmement, du point de vue sectoriel, à part les secteurs classiques, la Communauté Européenne a également imposé une extension du champ d'application du droit des marchés publics en France dans des secteurs traditionnellement exclus.

a. Un enrichissement matériel

Les enrichissements au niveau matériel des marchés publics se présentent notamment dans les catégories de travaux et de services.

En ce qui concerne les travaux faisant l'objet de marchés publics en France, bien que la terminologie adoptée à l'origine dans les textes juridiques soit en réalité plus neutre, comme « les marchés de travaux »⁷⁴⁶, la doctrine les qualifie néanmoins traditionnellement de « travaux publics ». Il faut attendre les années 1990 pour qu'un revirement sur ce point puisse

⁷⁴⁶ Par exemple, l'article premier du décret du 10 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat.

être graduellement identifié, en distinguant davantage les marchés de travaux publics des marchés publics de travaux.

Précisément, même si les textes juridiques anciens en matière de marchés publics n'ont pas expressément qualifié les travaux de marchés publics de travaux publics, il nous semble qu'une telle présomption existe depuis le début du régime. En témoigne le fait que Gaston Jèze a indifféremment employé dans son ouvrage « les marchés de travaux »⁷⁴⁷ et « les marchés de travaux publics »⁷⁴⁸. Dans le même ordre d'idées, André de Laubadère a aussi utilisé « les marchés de travaux publics » pour désigner une des catégories de marchés publics.⁷⁴⁹

Comme nous le savons, les travaux publics sont en fait soumis à une définition particulière du droit public français, posée essentiellement par la jurisprudence du Conseil d'Etat.⁷⁵⁰ Cependant, les directives de la Communauté Européenne n'ont toujours pas adopté une telle conception : le premier article de la directive 71/305/CEE a précisé que « les marchés publics de travaux sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un entrepreneur – personne physique ou morale – d'une part et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini sous b) et qui ont pour objet une des activités visées » à l'annexe I de la directive 71/304/CEE⁷⁵¹. On peut ainsi observer que les travaux dans le cadre du droit de l'UE sont clairement détachés d'une qualification juridique particulière.

Au fil de l'accélération depuis les années 1990 de l'eupéanisation du droit des marchés publics de la France, la conception de « travaux publics » à la française est donc remplacée graduellement par la conception plus neutre adoptée dans le droit de l'UE. A cet égard, Pierre Delvolvé a clairement mis en lumière : « la directive 'travaux' a pris soin de viser les activités

⁷⁴⁷ Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration* (Vol.4), *op.cit.*, p.190.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p.240.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p.255.

⁷⁵⁰ C.E. 10 juin 1921, COMMUNE DE MONSEGUR. Rec. 573. TC. 28 mars 1955, EFFIMIEFF, Rec. 617.

⁷⁵¹ Le premier article de la directive n°71/305/CEE du 26 juillet 1971.

relatives au bâtiment et au génie civil. (...) Il n'est nécessaire au regard ni du code des marchés ni du droit communautaire que les travaux soient des travaux publics. (...) Tout travail, public ou non, peut donner lieu à un marché public. C'est une des données de l'extension de la notion. »⁷⁵²

Aujourd'hui, en France la conception plus neutre a été largement acceptée : après l'entrée en vigueur du Code des marchés publics de 2001, Stéphane Braconnier a bien conclu que « la définition du code ne précise pas la nature, publique ou privée, des travaux objets du contrat. En réalité, la définition du marché public de travaux n'exige pas que les travaux à réaliser soient des travaux publics. (...) Certains travaux immobiliers réalisés pour le compte de collectivités publiques sont, en effet, considérés par la jurisprudence comme des travaux privés ». ⁷⁵³ La même conclusion a également été consacrée par les autres auteurs. Par exemple, un auteur a déclaré que « la mention que les marchés publics de travaux ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil indique que les travaux immobiliers en cause sont très divers et ne constituent pas nécessairement des travaux publics. »⁷⁵⁴

Deux conséquences principales ont été apportées enfin par un tel changement de la conception des travaux. D'abord, la plus visible, les matériaux couverts par les marchés publics en matière des travaux sont sensiblement élargis, sachant que, à part des travaux publics, les travaux privés sont désormais également inclus. Ensuite, d'un point de vue plus essentiel, cela reflète une transition plus profonde, dans la mesure où le droit des marchés publics en France s'éloigne davantage du cadre traditionnel du droit public caractérisé par la priorité attribuée à l'intérêt général, et s'approche graduellement d'un modèle promu par le droit de l'UE conçu autour de l'idée de concurrence.

⁷⁵² Pierre Delvolvé, « Vers l'unification du droit des marchés publics? », in *Mélanges Dragos*, Economica, 1996. p.228-229.

⁷⁵³ Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, op.cit., p.74.

⁷⁵⁴ Christophe Lajoye, *Droit des marchés publics* (4^e édition), Lextenso 2009, p.65.

En réalité, une telle transition profonde peut encore être identifiée dans l'évolution la plus récente du droit positif concernant les maîtres d'ouvrage : celle-ci nous conduit aussi comme le cas précédent à l'élargissement du champ des travaux soumis au droit des marchés publics.

A cet égard, il faudrait rappeler que, même si depuis les années 1990 une conception plus neutre des travaux a été adoptée en France, le Code des marchés publics de 2001 a encore maintenu une condition particulière pour définir les travaux faisant l'objet des marchés publics en France, c'est-à-dire la condition liée à la maîtrise d'ouvrage publique : « la définition donnée du marché de travaux est, en effet, étroitement liée à la notion de maître d'ouvrage publique. »⁷⁵⁵ Cette condition a été ensuite reprise par les Codes des marchés publics de 2004 et de 2006, et a continuellement été maintenue jusqu'au jour le plus récent. Précisément, cette condition signifie que le pouvoir adjudicateur doit assurer directement les fonctions de maître d'ouvrage et que les travaux doivent être réalisés sous son contrôle ou directement pour son compte.⁷⁵⁶ Il s'agit, selon la loi MOP de 1985, d'« une fonction d'intérêt général dont (la personne publique) ne peut se démettre. »⁷⁵⁷ Alors, logiquement « les contrats que les personnes publiques utilisent pour se procurer des ouvrages, sans pour autant exercer la maîtrise d'ouvrage, se trouvent exclus du champ d'application du code en tant que marchés publics de travaux. »⁷⁵⁸

Néanmoins, le droit des marchés publics de l'UE n'a pas imposé l'existence d'un lien entre les travaux et le maître d'ouvrage public. En revanche, « l'exercice, par le pouvoir adjudicateur, de la maîtrise d'ouvrage est un élément indifférent à la qualification de marché

⁷⁵⁵ Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p.72.

⁷⁵⁶ Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), Le Moniteur 2012, p.115.

⁷⁵⁷ Article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

⁷⁵⁸ Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.115.

public. »⁷⁵⁹ Sachant que, aux yeux de l'UE, la définition des travaux est à la fois souple et simple : « la jurisprudence européenne articule aujourd'hui la notion de marché public de travaux autour d'un critère majeur tiré de l'existence d'une prestation, en l'espèce d'un ouvrage, répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. »⁷⁶⁰ Il en résulte qu'« en droit interne, beaucoup de contrats répondant à cette définition ne sont pas des marchés de travaux au sens du code des marchés publics, en raison de la prégnance de la notion de maîtrise d'ouvrage. »⁷⁶¹

Il convient d'ajouter que la loi MOP de 1985 a effectivement prévu une possibilité d'assouplissement pour cette condition, en autorisant à déléguer la fonction de maîtrise d'ouvrage à autrui. Néanmoins, les mandataires éligibles sont étroitement limités à certaines catégories de personnes publiques ou para-publiques: « l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics, les sociétés dont la moitié au moins du capital est détenue par une personne publique, les sociétés d'économie mixte locales et les organismes d'HLM. »⁷⁶² Evidemment, cet assouplissement demeure lié à la protection de l'intérêt général dans le cadre général de la loi MOP de 1985.

Cependant, sous l'influence du droit de l'UE, l'obligation imposée par cette loi a commencé à s'assouplir davantage.

En premier lieu, depuis 2004, le contrat de délégation de maîtrise d'ouvrage, c'est-à-dire une convention de mandat, a enfin « disparu de la liste des contrats exclus du champ d'application du code des marchés publics »⁷⁶³. Cela signifie que cette convention doit être soumise à l'obligation de concurrence issue du droit des marchés publics. La limitation des mandataires éligibles déjà évoquée sera ainsi mise en cause. C'est dans ce contexte que

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p.116.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p.117.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p.118.

⁷⁶² Jean-François Brisson, *op.cit.*, p.113.

⁷⁶³ Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.177.

l'ordonnance du 17 juin 2004 a apporté une modification importante dans le même sens : désormais, « toute personne, publique ou privée, peut être mandataire. »⁷⁶⁴

En second lieu, d'après la réforme lancée récemment, l'ordonnance du 23 juillet 2015 est allée encore plus loin en supprimant définitivement la condition liée à la maîtrise d'ouvrage publique. Précisément, « les marchés publics de travaux sont définis comme étant des marchés ayant pour objet l'exécution de travaux ou la réalisation d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. »⁷⁶⁵ Il s'agit évidemment d'une compréhension plus fidèle à la jurisprudence et la directive de l'UE. Une conception des travaux dans le sens du droit de l'UE a ainsi été totalement acceptée en France.

Par tous ces efforts précités servant à assouplir les conditions liées à la définition des travaux, les matériaux visés par le droit des marchés publics en France ont ainsi été sensiblement enrichis, se rapprochant davantage du modèle promu par le droit de l'UE. En réalité, des efforts de même nature existent également dans l'évolution de la définition des matériaux de services.

Selon le régime traditionnel de la France, les services, en tant qu'objet des marchés publics, ont un statut beaucoup plus marginal que les travaux et les fournitures. Comme André de Laubadère l'a bien remarqué, « les marchés de fournitures ont toujours eu une place dans la nomenclature des marchés publics, mais les services leur étaient plus ou moins confusément assimilés. »⁷⁶⁶ C'est la raison pour laquelle, on ne mentionne que « fournitures ou transports » dans les décrets du 18 novembre 1882⁷⁶⁷ et du 6 avril 1942.⁷⁶⁸ Et

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p.179.

⁷⁶⁵ Marion Ubaid-Bergeron, « Le champ d'application de l'ordonnance relative aux marchés publics », *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2015, dossier 2, numéro 12.

⁷⁶⁶ André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs* (volume I), *op.cit.*, p.269.

⁷⁶⁷ Le premier article du décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat.

l'apparition officielle des marchés de services doit dater du décret de 1956, dans lequel le pouvoir réglementaire de la France a pour la première fois mentionné « les marchés de fournitures ou services » sous forme de textes juridiques.⁷⁶⁹ En bref, « La notion de marchés de services ne s'est dégagée (...) qu'à une époque relativement récente. »⁷⁷⁰

Toutefois, même après cela, le statut marginal des services n'a pas beaucoup changé : « les services continuent (...) de n'être point définis par les textes, notamment par le Code des marchés publics (de 1964). »⁷⁷¹ C'est en fait le droit des marchés publics de l'UE qui a bien poussé la promotion des marchés publics de services en France.

En l'occurrence, en 1992, la première directive destinée spécifiquement aux marchés publics de services a été adoptée, dès lors sa transposition en France ne fut pas sans obstacles : « La France a été particulièrement longue à transposer les règles concernant les marchés de services, (...) il a fallu une condamnation par la Cour de justice, (CJCE 2 mai 1996, aff. C-234/95, Rec. 2415), pour que soient adoptés les textes de transposition de la directive sur les marchés de services. »⁷⁷² Ensuite, l'adoption du Code des marchés publics de 2001 a continuellement amélioré la transposition de cette directive, néanmoins, il faudrait admettre que même « en 2012 la conformité n'était pas encore atteinte à 100% par suite de désaccords entre la France et la Commission. »⁷⁷³

En tout état de cause, au fil des transpositions, les services recouverts par le droit des marchés publics en France se sont graduellement enrichis. Précisément, le Code des marchés publics de 2006 a consacré pour les services objets des marchés une définition très large :

768 Le premier article du décret du décret du 13 mars 1956 relatifs aux marchés passés au nom de l'Etat.

769 Le premier article du décret du décret du 13 mars 1956 relatifs aux marchés passés au nom de l'Etat.

770 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs* (volume I), *op.cit.*, p.272.

771 *Ibid.*, p.272.

772 Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs* (9^e édition), L.G.D.J Lextenso 2014, p.327.

773 *Ibid.*, p.327.

« Les marchés publics de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services. »⁷⁷⁴ Selon Stéphane Braconnier, cette formule apparaît parfaitement compatible avec la définition donnée par la directive de 2004 qui les définit simplement en excluant les marchés de travaux et de fournitures⁷⁷⁵ : « les marchés publics de services sont des marchés publics autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur la prestation de services visés à l'annexe II »⁷⁷⁶. Même si cette directive fait référence à une annexe pour encadrer les services recouverts, il faut rappeler que l'énumération de cette annexe n'est pas exhaustive, sachant que la dernière sorte de service énumérée est justement intitulée « Autres services ».

Une telle attitude ouverte subsiste même dans la directive de 2014, selon laquelle les marchés publics de services sont « des marchés publics ayant pour objet la prestation de services autre que ceux visés au point 6 (qui définit les marchés publics de travaux). »⁷⁷⁷ De plus, cette directive a abandonné la modalité de l'énumération positive des services recouverts ; en revanche, elle n'a énuméré que les services sociaux et autres services spécifiques qui sont soumis à un régime plus souple⁷⁷⁸, mais n'a en rien limité les services susceptibles d'être recouverts.

Tous ces aspects ont été pareillement repris par le pouvoir réglementaire en France. Selon l'ordonnance du 23 juillet 2015, les « marchés publics de services (...) sont toujours définis de façon très large comme des contrats ayant pour objet la réalisation de prestations de services », et « la distinction entre services prioritaires et services non prioritaires (...) a

774 Le premier article, III, du code des marchés publics de 2006.

775 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.121-122.

776 Le premier article 2 d) de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

777 Article 2 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

778 Chapitre 1, Titre III, de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

disparu »⁷⁷⁹, le décret d'application de cette ordonnance n'a mentionné que les services sociaux et autres services spécifiques « dont la liste est publiée au Journal officiel de la République français »⁷⁸⁰.

En somme, avec l'accélération de l'eupéanisation du régime des marchés publics, les services objets des marchés publics en France, comme les travaux évoqués précédemment, ont été sensiblement enrichis.

b. Les secteurs étendus

Sous l'influence du droit de l'UE, les secteurs susceptible d'être réglementés en France par le droit des marchés publics sont également étendus.

En fait, au début, les directives de la Communauté Européenne se bornent à s'appliquer dans des secteurs classiques. Par exemple, la directive 71/305/CEE de 1971 dispose que « les dispositions de la présente directive ne s'appliquent pas aux marchés publics de travaux passés par les services de production, de distribution et de transport d'eau et d'énergie. »⁷⁸¹ La directive de 1976 destinée aux marchés publics de fournitures impose également qu'elle « ne s'applique pas aux marchés publics de fournitures passés par des organismes qui gèrent des services de transports, (...) (ou) passés par les services de production, de transport et de distribution d'eau et d'énergie ainsi que les services qui opèrent dans le domaine des télécommunications. »⁷⁸² Donc, les secteurs de l'eau, de l'énergie, du transport et des télécommunications sont expressément exclus dans les années 1970.⁷⁸³

Cependant, l'exclusion de ces secteurs spéciaux a ensuite été considérée comme l'un des

779 Marion Ubaud-Bergeron, « Le champ d'application de l'ordonnance relative aux marchés publics », *op.cit.*, numéro 13.

780 Article 28 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

781 Article 2 de la directive n°71/305/CEE du 26 juillet 1971.

782 Article 2 de la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

783 Parlement européen, *Les marchés publics dans la Communauté Européenne*, 1991.p.24.

défauts de ces directives anciennes.⁷⁸⁴ A cela s'ajoute que, en raison du poids important occupé par les marchés publics, « dans le programme 1992 de réalisation du grand marché intérieur, les marchés publics figurent au premier plan. »⁷⁸⁵ Avec ce contexte propice, la « réglementation des secteurs des services de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications » a été officiellement inscrite dans les principaux points d'une réforme précisée en 1984 par la commission.⁷⁸⁶ Ensuite, elle fait également l'objet d'un projet de directive prochaine.

Néanmoins, ces secteurs « sont considérés comme stratégiques par les Etats », et constituent « des marchés fermés, très contrôlés par la puissance publique et dans lesquels existent ou ont existé des pratiques de partenariat et de colbertisme »⁷⁸⁷, la libéralisation de ces secteurs en France, comme dans d'autres pays, n'est pas facile. A part ces considérations, d'après les débats lancés en France par les entrepreneurs dans ces secteurs, nous pouvons encore retenir deux motifs allégués par les représentants des secteurs pour s'opposer à la libéralisation : en premier lieu, ils arguent qu'il y a déjà concurrence dans ce secteur, donc il n'est plus nécessaire de le soumettre à une obligation spécifique de mise en concurrence⁷⁸⁸ ; en second lieu, ils préconisent que le régime de passation des marchés publics n'est pas compatible avec les traits caractéristiques de ce secteur, et pire, les contraintes apportées par ce régime risquent de blesser le fonctionnement des services chargés par ces secteurs.⁷⁸⁹

Malgré les oppositions et les réserves, la directive 93/38 portant coordination de passation dans les secteurs spéciaux a enfin été adoptée en 1993. Les contenus de cette directive ont ensuite été refondus par la directive 2004/17 en 2004 et par la directive 2014/25

784 *Ibid.*, p.26-27.

785 *Ibid.*, p.1.

786 *Ibid.*, p.59.

787 Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs* (9^e édition), *op.cit.*, p.364.

788 Christine Bréchon-Moulènes, *Les marchés publics européens: droit communautaire, droit comparé*, Sirey 1989, p.24-25.

789 *Ibid.*, p.25.

en 2014.

Après leur transposition en France, deux grandes catégories d'activités sont considérées aujourd'hui comme des secteurs spéciaux et donc inclus dans le champ d'application du droit des marchés publics. Précisément, la première catégorie concerne les services à réseaux, et se compose de l'amélioration et la gestion de l'électricité, du gaz, de la chaleur et de l'eau potable, ainsi que de la gestion des eaux usées, des transports terrestres et de la poste ; la seconde catégorie concerne l'exploitation d'une aire géographique comme « la prospection ou l'extraction de pétrole, gaz, charbon et autres combustibles solides, l'exploitation de ports, aéroports et autres terminaux de transports. »⁷⁹⁰

En bref, tous les achats de travaux, fournitures ou services dans ces secteurs en France sont désormais soumis au droit des marchés publics, mais, c'est ce que nous allons montrer ci-après, à la condition que l'acheteur en l'espèce appartient également aux acheteurs reconnus par ce dernier.

2. Les parties des marchés publics

Sous l'influence du droit de l'UE, s'amplifient également les parties soumises au droit des marchés publics en France. Précisément, il s'agit d'un côté des acheteurs et d'un autre côté des prestataires.

a. Les acheteurs

Les acheteurs soumis au droit des marchés publics en France se bornent traditionnellement aux personnes publiques, donc il s'agit initialement d'une conception organique du droit interne. Mais depuis les années 1990, à cause notamment du droit de l'UE, la logique sous-jacente a été complètement changée : aux yeux de l'UE, toutes les personnes susceptibles à être influencées ou contrôlées par les pouvoirs publics doivent être soumises à un régime de publicité et de mise en concurrence, afin d'éviter de fausser la compétition

⁷⁹⁰ Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs* (9^e édition), *op.cit.*, p.364.

globale.⁷⁹¹ Il en résulte que le champ des acheteurs éligibles ne se borne plus aux personnes publiques, mais inclut également certaines personnes privées.

En l'occurrence, par rapport à la situation traditionnelle, comme un auteur l'a bien remarqué, le droit des marchés publics en France, « c'était, tout d'abord, un droit construit autour de la personne publique. »⁷⁹² Mais en réalité, même quant à personne publique, une position d'interprétation restrictive a initialement été adoptée par le pouvoir réglementaire en France. Précisément, sous l'empire du Code des marchés publics de 1964, « le livre II s'applique aux marchés de l'Etat et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial. (...) Le livre III couvre les marchés passés au nom des collectivités locales et de leurs établissements publics. »⁷⁹³ Une telle délimitation du champ des acheteurs exclut donc en premier lieu les établissements publics nationaux ayant le caractère industriel et commercial, et en second lieu toutes les autres personnes publiques qui ne sont pas rattachées à l'Etat ni à des collectivités territoriales. L'exclusion des premiers, à savoir les EPIC nationaux, est jugé comme « non-sens » par un auteur, sachant que leurs correspondants locaux sont toujours soumis au droit des marchés publics⁷⁹⁴ ; l'exclusion des seconds, à savoir les autres personnes publiques faute de rattachement, a abouti précisément à l'exclusion des groupements d'intérêt public et des personnes publiques *sui generis*.⁷⁹⁵ Par là on peut constater évidemment une attitude restrictive au sein du pouvoir réglementaire en France sur le champ d'acheteur éligible.

Néanmoins, cette situation a complètement changé avec notamment l'influence des directives de l'UE en matière des marchés publics. « L'idée générale du droit communautaire

791 Laurent Richer, *L'Europe des marchés publics*, *op.cit.*, p.75-76.

792 Christine Brechon-moulène, « Faire face à la complexité du droit des marchés », *Mon. TP*, 25 février 2000, p.68.

793 André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, (volume I), *op.cit.*, p.246.

794 François Lichère, « La définition contemporaine du marché public », *RDJ* 1997, p.1756.

795 Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p.42-43.

est que la passation des marchés de tout organisme susceptible de subir une influence des pouvoirs publics doit être soumise à réglementation. »⁷⁹⁶ Alors, « ce critère ouvre un champ d'application très large à la réglementation, (...). Sont visés non seulement l'Etat et les structures administratives, mais aussi tout un ensemble d'organismes qui peuvent être ou qui sont présumés pouvoir être influencés dans leurs décisions par l'Etat ou par d'autres autorités publiques. »⁷⁹⁷ Précisément, nous pouvons désormais distinguer trois catégories d'acheteurs éligibles.

En premier lieu, il s'agit de l'Etat et des collectivités territoriales, qui sont toujours censés être des représentants naturels des pouvoirs publics. En fait, au tout début ils ont été inclus dans les textes juridiques nationaux de la France, mais le droit de l'UE a imposé un sens plus large. Concrètement, outre les services relevant directement de l'Etat, au sens du droit de l'UE « les organismes ou institutions qui, tout en disposant d'une certaine indépendance, sont dépourvus d'une personnalité juridique distincte de l'Etat, (relèvent quand même) par leurs fonctions, leur composition ou l'origine de leur financement, de l'Etat. »⁷⁹⁸

En deuxième lieu, il s'agit d'organismes de droit public. C'est une conception purement communautaire. Ses critères « ont tous pour finalité d'identifier une situation de dépendance par rapport à un pouvoir adjudicateur par définition ou par rapport à un autre organisme de droit public. »⁷⁹⁹ Précisément, la dépendance institutionnelle résulte de ce que soit l'activité « est financée majoritairement par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes

⁷⁹⁶ Laurent Richer, *L'Europe des marchés publics*, *op.cit.*, p.75.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p.75.

⁷⁹⁸ Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.66.

⁷⁹⁹ Laurent Richer, *L'Europe des marchés publics*, *op.cit.*, p.83.

de droit public. »⁸⁰⁰ De plus, il faut encore que l'organisme ait « été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. »⁸⁰¹ Il en résulte que le champ des acheteurs est sensiblement élargi : d'après cette conception, certaines personnes privées, en raison de leur dépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, peuvent même être qualifiées comme acheteur soumis au droit des marchés publics ; de plus, les EPIC nationaux, les groupements d'intérêt général ainsi que les personnes publiques *sui generis* peuvent aussi être désormais inclus, juste à la condition que leurs activités aient un caractère autre qu'industriel et commercial.⁸⁰²

En troisième lieu, certaines entités intervenant dans des activités industrielles et commerciales peuvent également être considérées comme acheteurs éligibles au sens du droit des marchés publics. Il s'agit d'entités adjudicatrices, une conception créée par le droit de l'UE pour des acheteurs intervenant dans des secteurs spéciaux, et s'imposant aujourd'hui au droit des marchés publics de la France. Concrètement, outre l'Etat et les collectivités territoriales intervenant éventuellement dans des secteurs spéciaux, il désigne notamment « les entreprises publiques et les entreprises publiques ou privées qui disposent de droits exclusifs ou spéciaux délivrés par l'autorité compétente d'un Etat membre. »⁸⁰³ Sur les entreprises publiques, la définition donnée par le droit de l'UE présente comme cas d'organisme de droit public l'existence d'une dépendance vis-à-vis des pouvoirs publics : « les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. »⁸⁰⁴ La différence essentielle entre ces deux tient à la nature des activités, sachant que les secteurs spéciaux où l'entité adjudicatrice intervient concernent naturellement les

800 Article 2 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

801 Article 2 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

802 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.78-81.

803 *Ibid.*, p.81.

804 *Ibid.*, p.83.

activités industrielles et commerciales, mais l'organisme de droit public ne peut intervenir que dans les activités de nature autre qu'industrielle et commerciale. Sur les organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs dans des secteurs spéciaux, ils sont également soumis au droit des marchés publics, notamment parce que « les activités de ces entreprises sont, au moins en partie, soustraites à la concurrence, dans la mesure où elles sont en situations de monopole. »⁸⁰⁵

En bref, l'acheteur aujourd'hui ne se limite plus à une partie restrictive de personnes publiques, mais comprend désormais toutes les personnes publiques et même certaines personnes privées ayant une dépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, et certaines entités intervenant dans les secteurs industriels et commerciaux. Nous pouvons ainsi conclure que notamment sous l'influence du droit de l'UE, le champ des acheteurs soumis au droit des marchés publics de la France s'est considérablement amplifié depuis les années 1990.

Par rapport à la réforme du droit des marchés publics la plus récente, l'ordonnance du 23 juillet 2015 a en fait bien synthétisé tous ces efforts précédents. Antérieurement, les acheteurs éligibles évoqués sont respectivement réglementés par deux textes juridiques différents, à savoir le Code des marchés publics de 2006 et l'ordonnance du 6 juin 2005, mais « l'ordonnance du 23 juillet 2015 procède à l'abrogation de ces derniers et se substitue à eux », et donc désormais « l'ordonnance se propose de régir de façon uniforme les pouvoirs et entités adjudicateurs de droit public et de droit privé ».⁸⁰⁶ En tant que corollaire naturel, au lieu de la conception traditionnelle d'acheteur public, « l'ordonnance consacre la notion d'acheteur public ou privé, qui désigne l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices soumises à l'ordonnance. »⁸⁰⁷ Désormais, l'amplification du champ d'acheteur évoqué précédemment est donc complètement déterminée et consacrée dans un texte unique,

⁸⁰⁵ *Ibid.*, p.83.

⁸⁰⁶ Marion Ubaud-Bergeron, « Le champ d'application de l'ordonnance relative aux marchés publics », *op.cit.*, numéro 1.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, numéro 7.

de façon harmonieuse.

b. Les prestataires

Le champ des prestataires soumis au droit des marchés publics a également été amplifié sous l'influence du droit de l'UE. Il s'agit particulièrement d'admettre la possibilité pour une personne publique de s'engager comme une personne privée dans la concurrence pour un marché public.

Tout d'abord, il convient de rappeler que dans la compréhension traditionnelle de la France concernant les marchés publics, le cocontractant de l'acheteur est généralement limité à une personne privée. Sur cette compréhension traditionnelle, « on s'accordait pour y voir des contrats conclus par des personnes publiques, pour l'exécution d'une prestation répondant à leurs besoins, avec des entreprises dont la rémunération était assurée par le versement d'un prix. »⁸⁰⁸ Plus précisément sur le Code des marchés publics, il « a été conçu en fonction des relations entre les collectivités publiques et les cocontractants du secteur privé. »⁸⁰⁹ En bref, comme un auteur l'a bien remarqué, en France « l'idée que les relations contractuelles entre deux personnes publiques peuvent s'apparenter à des rapports marchands et peuvent aboutir à la conclusion de véritables marchés n'est pas nouvelle, mais elle n'a jamais reflété l'opinion majoritaire. »⁸¹⁰

Néanmoins, une telle compréhension restrictive des prestataires ne s'accorde pas avec celle adoptée par le droit de l'UE. Concrètement, ce dernier a employé l'expression « l'opérateur économique » pour désigner les cocontractants éligibles dans les marchés publics, et il s'agit en réalité d'une conception très flexible : « si un contrat présente les caractéristiques du marché, le cocontractant est un opérateur économique et cela quel que soit

808 Pierre Delvolvé, « Vers l'unification du droit des marchés publics? », *op.cit.*, p.225.

809 Moderne Frank, « La concurrence des services techniques de l'Etat et des techniques privés auprès des collectivités locales », *RD imm* 1982, p.467.

810 Jean-François Brisson, *op.cit.*, p.251-252.

son statut, entreprise privée, entreprise publique, organisme public ou association non-lucrative. »⁸¹¹ Donc logiquement, le champ du prestataire éligible pour le droit de l'UE est certainement plus large que celui reconnu d'après la tradition en France.

Un tel décalage conceptuel a été en fait bien mis en évidence par une jurisprudence du Conseil d'Etat au 20 mai 1998. En l'espèce, il s'agit d'un contrat conclu entre deux personnes publiques ayant pour objet de gérer un service fourni par l'un à l'autre. Selon le jugement du Conseil d'Etat, « ce contrat n'est pas soumis au Code des marchés publics, mais (...) il doit être considéré, en raison de son objet, comme un marché public, au sens du droit communautaire. »⁸¹² Alors comment peut-on surmonter ce décalage ? Le commissaire du gouvernement pour cet arrêt a proposé de considérer que « cette tâche dépassait la mission du juge administratif et que l'entreprise ne pourrait être menée à bien que par le pouvoir réglementaire, dans le cadre d'une réforme globale du Code des marchés publics. »⁸¹³ Le pouvoir réglementaire en France semble avoir bien entendu ce conseil.

Depuis la réforme lancée en 2001, le pouvoir réglementaire a commencé à adopter davantage la conception de prestataire au sens du droit de l'UE. Le premier article du Code des marchés publics de 2001 a consacré que « les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées (...) pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. »⁸¹⁴ Evidemment, il a expressément mentionné la possibilité pour une personne publique de se voir attribuer un marché public. Le législateur a ensuite tiré les conséquences de cette évolution par la loi MURCEF de 2001 : dès lors, les missions d'ingénierie fournies par l'Etat aux collectivités territoriales sont soumises au droit des marchés publics, bien que juste en 1996 une réponse ministérielle ait souligné que les concours des services de l'Etat apportés aux collectivités locales « ne sont ni des marchés

811 Laurent Richer, *L'Europe des marchés publics*, *op.cit.*, p.159.

812 Jean-François Brisson, *op.cit.*, p.254.

813 *Ibid.*, p.255.

814 Le premier article du code des marchés publics de 2001.

au sens du code des marchés publics, ni des conventions de délégation de service public. »⁸¹⁵ Depuis l'adoption du Code des marchés publics de 2006, le pouvoir réglementaire a directement employé la conception communautaire, à savoir d'« opérateurs économiques publics ou privés », au lieu de « personnes publiques ou privées » une conception inscrite dans les Codes de 2001 et de 2004, attachée quand même dans une certaine mesure à la tradition de la France. Par-là, peut être clairement identifié un rapprochement encore plus poussé avec le droit de l'UE.

Derrière tous ces changements en droit positif, une transition plus profonde s'impose selon nous. Et celle-ci provient également de l'influence du droit de l'UE. Schématiquement, il s'agit de l'assouplissement de la liberté du commerce et de l'industrie au lieu de la promotion du principe d'égalité concurrence.

Comme nous le savons, la liberté du commerce et de l'industrie a été consacrée depuis très longtemps en France.⁸¹⁶ En ce qui concerne l'exercice d'activités économiques par des personnes publiques, cette liberté signifie que « l'interdiction est le principe et la possibilité l'exception. »⁸¹⁷ Plus concrètement, « l'exercice d'activités économiques n'est pas ouvert aux personnes publiques, à moins qu'un intérêt public ne le justifie, lequel peut notamment, mais pas exclusivement, consister en une carence de l'initiative privée. »⁸¹⁸ La carence de l'initiative privée, en tant qu'une des exceptions allégeables, provient d'une jurisprudence en 1930⁸¹⁹. Mais jusqu'à aujourd'hui, « les exceptions tendant à se multiplier, la doctrine en est venue à se demander ce qu'il restait du principe de non-concurrence entre opérateurs publics et privés. »⁸²⁰ Même si le Conseil d'Etat a récemment réaffirmé l'existence de ce principe, il

815 Jean-François Brisson, *op.cit.*, p.257.

816 Stéphane Braconnier, *Droit public de l'économie*, P.U.F 2015, p.20-21.

817 *Ibid.*, p.20-21.

818 *Ibid.*, p.23.

819 C.E. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de nevers, Rec., p. 530

820 Stéphane Braconnier, *Droit public de l'économie*, *op.cit.*, p.23.

ne reste pas moins que l'intérêt général indispensable pour justifier l'intervention de personne publique a fait l'objet d'interprétations de plus en plus souples : « dans certains cas, le juge administratif a estimé que l'intérêt public justifiant la prise en charge par une personne publique d'une activité économique pouvait être financier. »⁸²¹

En revanche, l'importance du principe d'égale concurrence a clairement augmenté. C'est effectivement le cas révélé dans l'avis du 8 novembre 2000 du Conseil d'Etat, « Société Jean-Louis Bernard Consultants », dans lequel le Conseil d'Etat a déclaré qu'« aucun texte ni aucun principe ne s'oppose à la candidature d'un établissement public à un marché public »⁸²², à la condition de respecter le « principe d'égale concurrence, qui nécessite, afin d'être respecté, que la candidature de l'établissement public concerné se fasse dans des conditions comparables à celles auxquelles sont assujettis les opérateurs privés. »⁸²³ Il paraît donc que l'enjeu n'est plus la non-concurrence entre personne publique et personne privée, mais plutôt l'égale concurrence entre elles. Le principe d'égale concurrence s'impose donc plus vivement.

Mais pourquoi une telle transition est-elle apparue aujourd'hui ? Une prémisse décisive retenue d'avance doit être que si l'égalité de concurrence peut être garantie en l'espèce, une interdiction systématique de concurrence entre personnes publiques et personnes privées doit être impérativement évitée, en raison de son caractère disproportionnel. Derrière cette prémisse, l'idée plus profonde est en fait la prévalence de la concurrence : comme un auteur l'a remarqué, « le principe de libre concurrence s'applique à un nombre croissant d'actions qui limitent directement, sans les exclure totalement, les initiatives publiques ou du moins conduisent à leur banalisation. »⁸²⁴ Ceci nous permet facilement de rappeler la présomption fondatrice du droit de l'UE : « le droit de l'Union européenne repose sur le mythe de la bienfaisance des forces du marché. Il est admis *a priori* que la concurrence finit toujours par

821 *Ibid.*, p.33.

822 *Ibid.*, p.33

823 *Ibid.*, p.33-34.

824 Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux, *Droit public économique* (8^e édition), L.G.D.J 2016, p.120.

déboucher sur un optimum économique bienfaisant pour le consommateur. »⁸²⁵ Une amplification du champ des prestataires en y intégrant toute la catégorie des personnes publiques peut logiquement augmenter la concurrence potentielle de tous les marchés publics, et bannir « toute action susceptible de la fausser dans les relations sur le marché intérieur »⁸²⁶, se conformant ainsi parfaitement à la logique du droit de l'UE. Une influence décisive d'ordre idéologique apportée par ce dernier à la transition évoquée nous semble donc pouvoir être identifiée.

Au total, nous pouvons constater que le droit de l'UE a effectivement poussé à l'amplification du champ des prestataires des marchés publics, non seulement par l'imposition d'un texte juridique spécial, mais également à travers l'imprégnation de son idée fondatrice.

§2. Le champ d'application en Chine

Par rapport au champ d'application du droit des marchés publics en Chine, leur amplification se traduit également par deux dimensions, à savoir l'extension des matières recouvertes et l'élargissement des parties soumises.

1. Les matières recouvertes

Les matières recouvertes par le droit des marchés publics en Chine se définissent essentiellement à travers deux éléments : les capitaux susceptibles d'être employés par l'acheteur et les matériaux faisant l'objet de l'achat. Nous allons constater que, d'un côté, le champ des capitaux pouvant être employés pour effectuer l'achat a été considérablement étendu, et d'un autre côté, le contenu des matériaux faisant l'objet de l'achat a également été sensiblement enrichi.

a. Une extension du champ des capitaux susceptibles d'être employés

En vertu de la loi relative aux marchés publics de 2003, les capitaux employés dans les

⁸²⁵ Laurent Richer, *L'Europe des marchés publics*, *op.cit.*, p.69.

⁸²⁶ Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux, *op.cit.*, p.121.

marchés publics doivent être « des deniers publics (财政性资金) ». ⁸²⁷

En effet, une telle condition est aisée à saisir, compte tenu notamment du contexte que nous avons déjà introduit dans le premier Titre. Comme nous l'avons déjà vu, en Chine, initialement la réforme en matière des marchés publics faisant partie d'une réforme plus globale visant le régime des dépenses publiques : le vice-directeur du Trésor, ZHANG Tong, a bien indiqué que « la réforme des dépenses publiques est composée de trois parties, à savoir la réforme du régime des marchés publics, la réforme des modalités d'établissement du budget, et la réforme de l'administration du Trésor. » ⁸²⁸ Alors, naturellement le régime des marchés publics n'encadre que la passation des contrats impliquant une obligation de dépenser des deniers publics. Nous pouvons ainsi dire qu'une telle condition attachée à la nature des capitaux employés témoigne effectivement d'une volonté inhérente liée à la logique des finances publiques.

Néanmoins, à part cette motivation à titre endogène, une telle condition a également exercé une grande influence sur la libéralisation exogène du droit des marchés publics de la Chine. Parce que, comme nous allons le démontrer ci-après, la portée de la notion juridique de « deniers publics » s'est amplifiée graduellement depuis l'adoption de la loi de 2003 jusqu'à la réforme la plus récente en 2015, et cette amplification a pour conséquence d'élargir en pratique le champ d'application du droit des marchés publics, sachant qu'un achat effectué par les capitaux ne relevant pas des finances publiques à l'origine pourrait éventuellement devenir aujourd'hui un contrat de marché public, soumis ainsi à un régime de publicité et de mise en concurrence. Alors corrélativement, le risque de distorsion de la concurrence par les pouvoirs publics à travers la conclusion des contrats diminue forcément dans une certaine mesure.

Par rapport à l'implication de la notion juridique de « deniers publics », nous pouvons

⁸²⁷ Article 2 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 2 条).

⁸²⁸ ZHANG Tong, *op.cit.*, p.5.

généralement conclure qu'elle évolue et s'élargit au fil des réformes chinoises sur le régime du budget public.

Précisément, à l'époque de la préparation de la législation de la loi relative aux marchés publics, les deniers publics sont composés de deux parties, à savoir « les capitaux du budget public (预算资金) » et « les capitaux hors du budget public (预算外资金) »⁸²⁹. Sur ces deux notions différentes, l'arrêté ministériel du 28 février 2001 a apporté les définitions officielles : « les capitaux du budget public sont les capitaux attribués par le budget public à un service administratif avec, le cas échéant, les capitaux supplémentaires ajoutés lors de l'exécution du budget public »⁸³⁰, « les capitaux hors du budget public sont les capitaux qui n'ont pas été enregistrés dans le budget public, mais ont été versés sur le compte de Trésor Public par le service administratif, et ont été réservés pour être employés par ce service administratif. »⁸³¹ En bref, concernant les capitaux relevant des finances publiques, il s'agit de capitaux qui sont soit enregistrés dans le budget public, soit à défaut d'enregistrement dans le budget public, versés sur le compte du Trésor Public mais réservés à l'usage du service administratif qui en est initialement attributaire. Il existe une notion voisine mais distincte, la notion de « capitaux propres (自有资金) », qui ne font pas partie des capitaux des finances publiques, mais concernent les capitaux possédés par un service administratif, n'ayant été ni enregistrés dans le budget public ni versés au compte de Trésor Public : il les garde comme ses propres biens

829 Article 3 de l'arrêté ministériel n°30 de 2001 relatif aux marchés publics des organes du gouvernement central (2001 年财库[2001]30 号《中央单位政府采购管理实施办法》，第 3 条。).

830 Paragraphe 2 de l'article 2 de l'arrêté ministériel n°21 de 2001 relatif au régime temporaire du versement direct des financements pour les marchés publics » (2001 年财库[2001]21 号《政府采购资金财政直接拨付管理暂行办法》，第 2 条第 2 款。)

831 Paragraphe 3 de l'article 2 de l'arrêté ministériel n°21 de 2001 relatif au régime temporaire du versement direct des financements pour les marchés publics » (2001 年财库[2001]21 号《政府采购资金财政直接拨付管理暂行办法》，第 2 条第 3 款。).

privés et les dépenses comme il veut.⁸³²

Lors de la préparation de la législation, le projet de la loi de 2003 a au début prévu que « les deniers publics dans le présent texte se composent de capitaux du budget public et capitaux hors du budget public »⁸³³ ; le texte juridique adopté en 2003 a cependant supprimé cette phrase et ne mentionne que la notion de « deniers publics »⁸³⁴. Néanmoins, cela n'empêche pas qu'une telle composition ait été en réalité bien acceptée en pratique. En témoigne la circulaire du 11 juin 2003 concernant la mise en œuvre du régime des marchés publics pour les autorités publiques du gouvernement central, qui a expressément repris cette composition.⁸³⁵

Néanmoins, au fil de la réforme en Chine sur le régime de budget public, cette distinction disparaît en 2011. Pour bien démontrer cette évolution, il convient tout d'abord d'expliquer la naissance de la notion de « capitaux hors du budget public ». En effet, au départ, les « capitaux hors du budget public » consistent majoritairement en des recettes administratives en contrepartie des services publics fournis par l'administration ou l'établissement public (行政事业性收费). En 2001, la Chine a déjà pris des mesures pour réglementer ces sommes d'argent, en imposant aux services administratifs qui ont droit de percevoir ces recettes administratives de verser ces sommes perçues sur le compte du Trésor Public.⁸³⁶ Les capitaux hors du budget public sont ainsi créés. Même si ces recettes versées restent réservées à l'usage de ce service administratif, lorsqu'il programme de les dépenser, il doit désormais déposer une demande de dépense au service des finances publiques. Une telle

832 Paragraphe 4 de l'article 2 de l'arrêté ministériel n°21 de 2001 relatif au régime temporaire du versement direct des financements pour les marchés publics » (2001 年财库[2001]21 号《政府采购资金财政直接拨付管理暂行办法》, 第 2 条第 3 款。).

833 YAO Zhenyan, *op.cit.*, p.44.

834 Article 2 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》, 第 2 条。).

835 Instruction n°56 de 2003 concernant la mise en œuvre du régime des marchés publics dans les achats des organes du gouvernement central (2003 年财办库[2003]56 号《关于中央单位政府采购工作中有关执行问题的通知》。)

836 YU An, « La structure législative de la loi relative aux marchés publics en Chine », *op.cit.*

réforme est baptisée « séparation entre la ligne de percevoir et la ligne de dépenser (收支两条线) »⁸³⁷ : elle a permis au service de finances publiques d'une part de renforcer ses contrôles sur cette somme d'argent et d'une autre part d'éviter d'empiéter à l'excès sur les intérêts propres de chaque service administratif, puisque cette somme d'argent reste en tout cas réservée à son usage malgré l'existence désormais d'une autorisation préalable. Néanmoins, la circulaire n°88 2010 a sensiblement poussé la réforme, en posant que tous les services administratifs doivent faire enregistrer dans le budget public les recettes administratives perçues.⁸³⁸ Cela signifie alors une transmission de tous les capitaux hors budget public aux capitaux de budget public. En conséquence, dès l'entrée en vigueur de cet arrêté, « la notion de 'capitaux hors du budget public' fait partie de l'histoire.»⁸³⁹

Mais, il faut rappeler que, en dehors des recettes administratives en contrepartie des services publics (行政事业性收费), le service administratif pourrait disposer d'autres sources de revenu, par exemple, les donations sociales et les recettes de la gestion des services accessoires etc.⁸⁴⁰ Tout cela peut être inclus dans la catégorie de « capitaux propres » du service administratif. Après la réforme de 2010/2011 précitée, cette catégorie de ressources reste en dehors du contrôle des services des finances publiques, et ne font donc pas partie de la notion de « deniers publics ». En conséquence, à ce moment-là, les achats dépensant cette somme d'argent ne peuvent pas être qualifiés de marchés publics.

Cependant, l'adoption en 2015 de la nouvelle loi relative au budget public a changé cette

837 JIA Kang, « la centralisation et la transparence des marchés publics – Réflexion sur l'esprit de législation relative aux marchés publics », *op.cit.*, p.7-8.

838 Instruction n°88 de 2010 relative au enregistrement des capitaux hors du budget public dans l'administration du budget public (2010 年财预[2010]88 号《将按预算外资金管理的收入纳入预算管理的通知》。).

839 Trésor Public, Bureau des affaires des marchés publics, Direction des affaires juridiques du ministère des finances publiques, Direction des finances et d'économie du bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l'Etat, *Les interprétations sur le décret d'application de la loi relative aux marchés publics en Chine*, CFEPPH 2015, p.10. (财政部国库司、财政部政府采购管理办公室、财政部法条司、国务院法制办公室财经司：《中华人民共和国政府采购法实施条例释义》，中国财政经济出版社 2015 年，第 10 页。)

840 *Ibid.*, p.10.

situation. Désormais, d'après cette loi, « toutes les recettes et les dépenses des gouvernements doivent être enregistrées dans le budget public. »⁸⁴¹ Le ministère des finances publiques a ensuite immédiatement publié deux arrêtés ministériels (n°71 et n°66) destinés à imposer concrètement aux administrations et établissements publics d'enregistrer tous leurs capitaux propres dans le budget public. Alors, après cette réforme, une question se pose en matière des marchés publics : Quelle est désormais la portée de la notion de « deniers publics » inscrite dans la loi relative aux marchés publics de 2003 ?

Le décret d'application n°658 de la loi relative aux marchés publics, entrant en vigueur en 2015, a bien répondu à cette question. D'après l'article 2 du décret, le pouvoir réglementaire a adopté une nouvelle définition pour la notion de « deniers publics », il s'agit désormais de « capitaux encadrés par le régime du budget public (纳入预算管理的资金) ».⁸⁴² Une telle définition s'est donc clairement articulée avec la réforme précitée sur le régime du budget public. D'après cette définition, désormais, tous les achats peuvent être qualifiés de marchés publics, à condition que les capitaux employés en l'espèce soient des sommes déjà enregistrées dans le budget public, donc encadrées effectivement par le régime de budget public. Et comme nous l'avons déjà vu, en dehors du budget public, l'acheteur ne dispose plus de capitaux propres, alors schématiquement tous ses achats ne peuvent plus être effectués en dehors du régime des marchés publics, pourvu que les autres conditions encadrant l'application du régime soient également remplies en l'espèce. Nous pouvons ainsi constater qu'en raison de l'extension des capitaux employables après la réforme du régime de budget public, le champ d'application du droit des marchés publics en Chine s'est effectivement élargi.

De façon complémentaire, le décret de 2015 a encore clarifié deux éléments importants,

841 L'article 4 de la loi relative au budget public de 2015 (2015 年《预算法》, 第 4 条。).

842 Article 2 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 2 条。).

qui ont également pour effet d'étendre le champ d'application du droit des marchés publics.

En premier lieu, pour les achats effectués à travers un prêt financier, par exemple un prêt bancaire, est-ce que ce prêt peut être qualifié de deniers publics ? L'article 2 du décret a clairement prévu que si la somme d'argent programmée pour rembourser ce prêt est issue du budget public, ce prêt sera alors considéré comme des deniers publics. Les achats effectués à travers ce prêt peuvent donc être qualifiés de marchés publics.⁸⁴³ Alors, désormais l'acheteur ne peut plus échapper au régime des marchés publics en prétextant de la nature d'emprunt de la somme d'argent employée.⁸⁴⁴

En second lieu, pour les achats effectués à travers une somme d'argent mixte, donc composée par de deniers publics et de capitaux d'autres natures, par exemple, des capitaux privés issus d'une entreprise, comment devons-nous qualifier la nature de cette somme d'argent ? Le pouvoir réglementaire nous impose tout d'abord de faire une distinction au sein de l'achat effectué grâce à cette somme mixte : si la partie de l'achat effectuée par les capitaux d'autres natures peut être détachée de l'achat global, le droit des marchés publics n'applique pas sur cette partie. Mais, si cette opération de détachement est jugée impossible, tout l'achat doit alors être complètement soumis au droit des marchés publics.⁸⁴⁵ Ici, nous pouvons identifier une forme de « contagion » de la qualification de deniers publics. Cette contagion apporte certainement un effet d'extension du champ d'application du droit des marchés publics.

En fin de compte, au fil des réformes de budget public en Chine, l'implication de la notion de « deniers publics » s'est sensiblement amplifiée, peut-être de façon excessive, parce

843 Article 2 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号 《政府采购法实施条例》第 2 条。).

844 Trésor Public, Bureau des affaires des marchés publics, Direction des affaires juridiques du ministère des finances publiques, Direction des finances et d'économie du bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l'Etat, *op.cit.*, p.13.

845 *Ibid.*, p.12-13.

que d'après la nouvelle définition issue du décret de 2015, presque tous les achats effectués par l'acheteur peuvent remplir cette condition attachée à la nature de capitaux employés. Cette condition est ainsi devenue une condition presque virtuelle. Néanmoins, il ne faut pas sous-estimer sa signification profonde, parce que cette condition a en réalité mis en place la pierre de soubassement du champ d'application du droit des marchés publics en Chine. L'extension excessive d'une telle condition témoigne effectivement du courant actuel de l'extension du champ d'application du régime des marchés publics. Cependant, pour complètement comprendre son champ d'application en Chine, il convient ensuite d'analyser les autres conditions, comme les matériaux faisant l'objet de l'achat.

b. Les matériaux enrichis

Comme c'est le cas en France, les matériaux faisant l'objet des marchés publics en Chine sont les travaux, les fournitures et les services. En effet, au départ, comme nous allons voir ci-après, il n'était pas facile de soumettre les marchés de travaux au régime des marchés publics. Toutefois, grâce aux statistiques, nous pouvons clairement constater un essor graduel des marchés de travaux au niveau à la fois du montant et de leur proportion à l'égard des autres marchés⁸⁴⁶. Néanmoins, il faut garder à l'esprit que, avec un montant généralement beaucoup plus lourd que celui des marchés de fournitures et de services, la proportion des marchés de travaux est certainement encore plus lourde, si l'on peut enlever les obstacles de droit interne dont nous allons discuter ci-après. Heureusement, la réforme la plus récente sur les règles juridiques définissant les travaux fait un pas important vers cet objectif.

⁸⁴⁶ Tableaux 2 et 3 fabriqués par l'auteur en vertu des statistiques issues de « Annuaire des marchés publics en Chine(《中国政府采购年鉴》) » (2002-2006, 2008-2013).

Tableau 2 Les Montants des marchés en fonction des matériaux

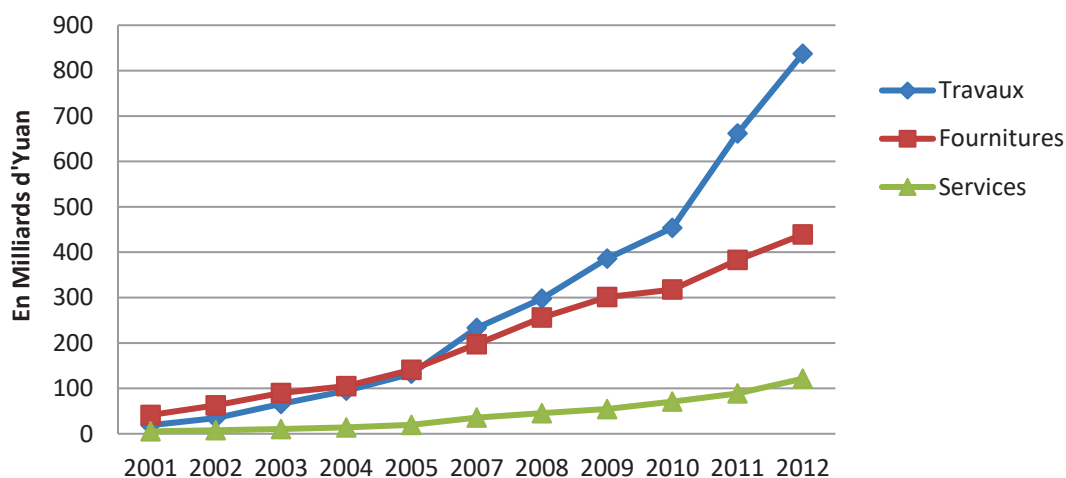
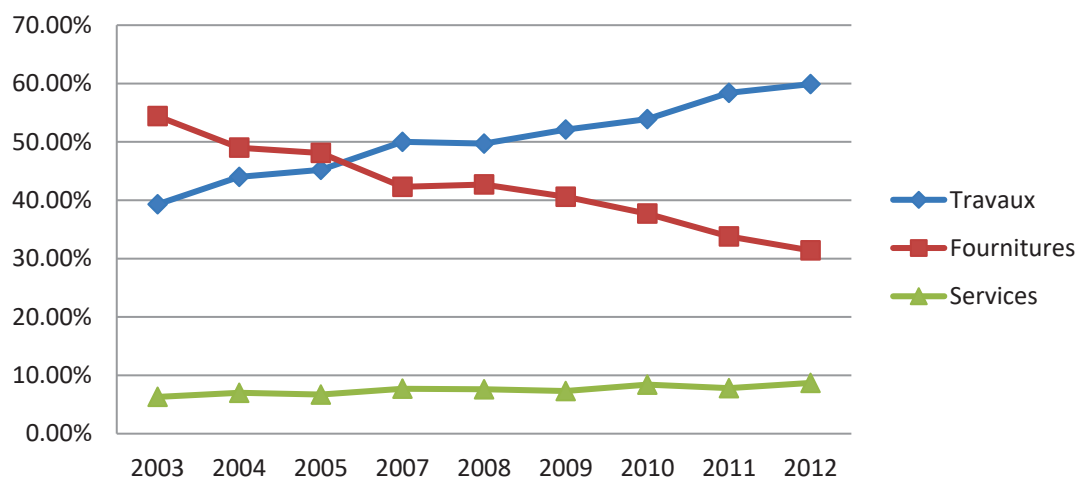


Tableau 3 Les proportions des marchés en fonction des matériaux



Précisément, en ce qui concerne les travaux faisant l'objet des marchés publics, antérieurement à l'adoption de la loi relative aux marchés publics en 2003, la passation des marchés dans cette matière a en réalité déjà été encadrée par la loi relative à l'appel d'offres de 2000.⁸⁴⁷ Alors, naturellement, durant la préparation de la loi relative aux marchés publics, une question se pose au législateur : est-ce qu'une telle sorte de marchés doit être encore

⁸⁴⁷ Article 3 de la loi relative à l'appel d'offres de 2000 (2000 年《招标投标法》第 3 条。).

encadrée par une nouvelle loi ? Après des débats dynamiques, une réponse positive a été finalement donnée par la législation de 2003.

Pour justifier ce choix, une des considérations essentielles aux yeux de législateur est justement « les bonnes pratiques internationales (国际通行做法) » en matière de marchés publics. En témoignant, dans le rapport explicatif sur le projet de loi relatif aux marchés publics, le rapporteur a expressément mentionné les éléments pris en compte pour justifier l'inclusion des travaux dans le champ d'application : « Après maintes discussions prudentes, le présent projet a inclus les marchés de travaux dans le champ d'application. Les justifications de cette décision consistent en les points ci-après : (...) 2° les textes juridiques encadrant les marchés publics des Etats étrangers et des organismes internationaux ont effectivement inclus les marchés de travaux dans leurs champs d'application. »⁸⁴⁸ Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, depuis les années 1990, les textes juridiques produits par les organisations internationales, comme l'AMP, les directives de l'UE et la loi-type, ont tous consacré les travaux, les fournitures et les services comme l'objet des marchés publics. C'est également le cas en France.

C'est donc justement dans ce contexte, en suivant le modèle commun du droit des marchés publics global, que le législateur chinois a inclus les marchés de travaux dans le champ d'application de la nouvelle loi.

Une telle opération a été considérée à cette époque-là comme un progrès législatif très important, parce que le champ d'application du régime des marchés publics pourra désormais s'élargir sensiblement. Ainsi, à la fin de 2002, le vice-ministre des finances publiques, XIAO Jie, a prôné que « Dans l'exécution de la nouvelle loi relative aux marchés publics, nous devons veiller à élargir le champ des marchés publics, notamment veiller à augmenter les

848 YAO Zhenyan, *op.cit.*, p.44.

marchés de travaux et de services. »⁸⁴⁹ Néanmoins, en pratique, maints marchés de travaux ont quand même échappé à l'application de la loi relative aux marchés publics, mais fait l'objet de l'application de la loi relative à l'appel d'offres de 2000.⁸⁵⁰ Derrière ce phénomène étrange, nous pouvons au moins retenir deux raisons principales.

La première raison tient à l'existence du décalage de la rigueur sur les réglementations issues de ces deux lois. Comme un texte officiel l'a bien expliqué, « les points sur lesquels ces deux lois mettent l'accent sont en fait différents : la loi relative aux marchés publics a l'avantage dans les réglementations sur le budget public, sur les modalités de l'achat et sur l'adaptation de l'objet de l'achat avec le besoin de l'acheteur, et les réglementations issues de cette loi sont plus rigoureuses que celles de la loi relative à l'appel d'offres concernant notamment les procédures de passation, la définition des besoins et des responsabilités. (...) Toutes ces différences ont alors entraîné les acheteurs à contourner la réglementation de la loi relative aux marchés publics, et à choisir d'appliquer la réglementation de la loi relative à l'appel d'offres. »⁸⁵¹ Donc, en bref, l'existence d'un décalage de rigueur entre les réglementations issues de ces deux lois a conduit les acheteurs à se tourner vers la loi moins rigoureuse, c'est-à-dire la loi relative à l'appel d'offres.

La deuxième raison tient à l'obscurité laissée par le législateur sur le problème d'articulation entre ces deux lois. En effet, le recours à une réglementation moins rigoureuse ne peut être légal que dans le cas où les marchés tombent simultanément dans le champ

849 Le commentaire spécial du revue, « Elargir le champ d'application du régime des marchés publics dans le cadre juridique », *Marchés publics en Chine* n°3 2003, p.1 (本报特约评论员, “依法扩大政府采购规模和范围”, 《中国政府采购》2003 年第 3 期, 第 1 页。).

850 WANG Jialin, « L'articulation entre la loi relative aux marchés publics et la loi relative à l'appel d'offres », *Marchés publics en Chine* n°8 2005, p.74-75 (王家林, “政府采购法与招标投标法的衔接问题”, 《中国政府采购》2005 年第 8 期, 第 74-75 页。).

851 Trésor Public, Bureau des affaires des marchés publics, Direction des affaires juridiques du ministère des finances publiques, Direction des finances et d'économie du bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l'Etat, *op.cit.*, p.27.

d'application de la réglementation de cette loi. Alors, afin d'éliminer un tel détournement de procédure para-légalisé, le législateur doit avant tout clairement trancher le problème d'articulation entre ces deux lois. Précisément, il doit soit enlever le champ d'application superposé, soit, au moins, le bien encadrer. Le législateur chinois a choisi la deuxième approche, en prévoyant que « lorsque la passation d'un marché public de travaux est soumise à la procédure de l'appel d'offres, la loi relative à l'appel d'offres s'applique. »⁸⁵² La première conséquence de cette disposition est que la passation des marchés publics de fournitures ou de services n'est pas soumise à l'application de la loi relative à l'appel d'offres. C'est la raison pour laquelle le ministère des finances publiques a immédiatement publié l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services, destiné à réparer ce vide juridique. La seconde conséquence est que la passation des marchés publics de travaux à travers la procédure de l'appel d'offres est soumise à l'application de la loi relative à l'appel d'offres de 2000.

Néanmoins, sur ce dernier point, il existe en fait deux interprétations différentes : la première est celle plus favorable au régime des marchés publics, en vertu de laquelle la loi relative à l'appel d'offres n'impose qu'une procédure de passation de l'appel d'offres, donc à part l'étape du déroulement de la procédure, toutes les autres étapes doivent être quand même soumises au régime plus rigoureux fixé par la loi relative aux marchés publics. La seconde interprétation est cependant plus favorable à la loi relative à l'appel d'offres, consistant à transférer toutes les étapes concernant la passation d'un marché de travaux dans le champ d'application réservé de la loi relative à l'appel d'offres.⁸⁵³

En effet, entre ces deux interprétations, le législateur chinois n'a pas indiqué sa préférence. Néanmoins, les pouvoirs publics se sont en pratique davantage tournés vers la

852 Article 4 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 4 条。).

853 WANG Jialin, « L'articulation entre la loi relative aux marchés publics et la loi relative à l'appel d'offres », *op.cit.*, p.75.

deuxième interprétation. En témoignent, dans les catalogues d'achat centralisé gouvernemental de 2004 et de 2005⁸⁵⁴, le caractère très limité des travaux expressément énumérés. De plus, en 2005, un litige entre une entreprise écartée et le ministère des finances publiques a bien éclairé ce problème, dans lequel l'attitude du ministère des finances publiques a clairement penché vers la deuxième interprétation, en considérant que les travaux en l'espèce doivent être jugés soumis à la loi relative à l'appel d'offres. Dans la remarque sur cette affaire donnée par l'ancien directeur du service des affaires juridiques du ministère des finances publiques, WANG Jialin, il a admis en le regrettant que, en vertu des lois relative aux marchés publics et relative à l'appel d'offres, le ministère des finances publiques n'a pas de compétence à intervenir dans l'affaire d'espèce. Et enfin pour résoudre ce problème, il a proposé que le législateur intervienne pour bien clarifier la signification de l'article 4 de la loi relative aux marchés publics.⁸⁵⁵

Jusqu'à aujourd'hui, le législateur n'a toujours pas donné de réponse tranchée à cette question. Ce vide juridique a donc laissé une marge de manœuvre au pouvoir réglementaire. Dans le décret d'application n°658 de la loi relative aux marchés publics publié en 2015, le Conseil des affaires de l'Etat a fait des efforts destinés à bien encadrer ce problème. Evidemment, ces efforts ne peuvent pas être révolutionnaires, puisqu'ils doivent quand même respecter le cadre juridique défini par les lois en vigueur. Mais, avec ces efforts, nous pouvons quand même constater un élargissement des travaux soumis à la loi relative aux marchés publics. Précisément, cet élargissement se traduit par deux dimensions.

854 Les catalogues d'achat centralisé gouvernemental pour les organes qui disposent d'un budget propre au sein du gouvernement central de 2004 et de 2005 (《中央预算单位 2004 年政府集中采购目录及标准》、《中央预算单位 2005 年政府集中采购目录及标准》).

855 Voir WANG Jialin, « L'articulation entre la loi relative aux marchés publics et la loi relative à l'appel d'offres », *op.cit.*, p.75 ; WANG Jialin, « Les analyses sur le procès perdu du ministère des finances publiques : L'inaction administrative ou la déficience du régime juridique ? », *Marchés publics en Chine* n°4 2007, p.70-71 (王家林, “政府采购法与招标投标法的衔接问题”, 《中国政府采购》2005 年第 8 期, 第 75 页。王家林, “对财政部败诉案的剖析: 是行政不作为还是法律有缺失? ”, 《中国政府采购》2007 年第 4 期, 第 70-71 页。).

En premier lieu, comme le cas antérieur, le pouvoir réglementaire a posé que la construction, la rénovation et l'agrandissement d'un bâtiment font partie des travaux qui doivent être soumis à l'application de la loi relative à l'appel d'offres, toutefois, à la différence de l'ancienne interprétation, seules la décoration, la démolition et la réparation attachées à des travaux précités peuvent être soumises à l'application de la loi relative à l'appel d'offres.⁸⁵⁶ Cela veut dire que les travaux isolés de décoration, de démolition et de réparation sont désormais considérés comme des travaux qui doivent être soumis à l'application de la loi relative aux marchés publics, même lorsque la passation de ces travaux doit appliquer la procédure de l'appel d'offres.⁸⁵⁷

En second lieu, le pouvoir réglementaire a commencé à strictement limiter l'effet de contagion des travaux soumis à la loi relative à l'appel d'offres, parce que, autrefois, tous les fournitures et services relatifs aux travaux précités étaient en pratique également soumis par l'acheteur à la loi relative à l'appel d'offres.⁸⁵⁸ Ceci a sans conteste sensiblement restreint le champ d'application de la loi relative aux marchés publics. Pour limiter cet effet de contagion, le décret de 2015 a imposé plusieurs conditions strictes. En ce qui concerne les fournitures qui peuvent être soumises à la loi relative à l'appel d'offres, il faut premièrement qu'elles constituent une partie objectivement indissociable des travaux, et deuxièmement que la fonction de ces fournitures soit également indispensable pour la réalisation de la fonction principale des travaux, si-non, les marchés de ces fournitures doivent être soumis à la loi relative aux marchés publics. En ce qui concerne les marchés de services, le pouvoir réglementaire a expressément énuméré trois services concrets pouvant être soumis à l'application de la loi relative à l'appel d'offres, il s'agit du service de prospection, du service

⁸⁵⁶ Paragraphes 1 et 2 de l'article 7 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 7 条第 1、2 款。).

⁸⁵⁷ Trésor Public, Bureau des affaires des marchés publics, Direction des affaires juridiques du ministère des finances publiques, Direction des finances et d'économie du bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l'Etat, *op.cit.*, p.28.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, p.27-28.

de conception et du service de surveillance.⁸⁵⁹ Pour tous les autres services, en principe la loi relative aux marchés publics doit s'appliquer.

En fin de compte, même si la bonne pratique internationale issue des normes juridiques des Etats étrangers et des organisations internationales a bien conduit au début le législateur chinois à inclure tous les travaux dans le champ d'application du régime des marchés publics, les difficultés d'articulation entre les normes juridiques internes ont sérieusement freiné ses effets en pratique. Bien que l'effort fait par le pouvoir réglementaire ait démontré une attitude favorable à l'élargissement du champ d'application en matière des travaux, il ne peut pas dépasser par trop le cadre juridique existant défini par le législateur. Une intervention de ce dernier, pour essentiellement trancher le problème d'articulation entre les lois superposées, semble être indispensable dans l'avenir, si l'on insiste pour continuellement enrichir les travaux faisant l'objet des marchés publics.

2. Les parties des marchés publics

Les parties soumises au droit des marchés publics en Chine se sont également élargies. Derrière cela, des influences issues des normes internationales relatives aux marchés publics peuvent aussi être identifiées. Ci-après, nous allons tout d'abord analyser l'élargissement des acheteurs et ensuite présenter l'extension des prestataires.

a. Les acheteurs

En effet, la loi relative aux marchés publics de 2003 a adopté une compréhension très large de la notion d'« acheteur ». Précisément, selon son article 2, « les organes étatiques de différents niveaux, les établissements publics et les associations » sont désignés comme l'acheteur de la présente loi.⁸⁶⁰ Evidemment, cette définition ne s'est pas attachée systématiquement à la nature juridique d'acheteur. Sur ce point, le rapporteur du projet

⁸⁵⁹ Paragraphe 2 de l'article 7 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 7 条第 2 款。).

⁸⁶⁰ Article 2 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 2 条。).

législatif a en fait bien précisé que le législateur a pris en compte à la fois « des traits caractéristiques de notre pays » et « les bonnes pratiques internationales. »⁸⁶¹ C'est la raison pour laquelle, il existe d'un côté certaines catégories d'acheteurs spéciaux, qui reflètent effectivement la particularité chinoise, comme les partis politiques ; et d'un autre côté, le régime actuel défini par le législateur reste ouvert aux influences internationales : dans ce contexte, on envisage d'ajouter certaines nouvelles catégories d'acheteurs, comme les entreprises publiques.

Nous allons ainsi analyser concrètement ces deux sortes d'acheteurs ci-après.

En ce qui concerne les partis politiques, ils appartiennent à l'« association » mentionnée à l'article de la loi de 2003. Selon le législateur, l'association ici mentionnée implique le parti communiste, les huit partis démocratiques, la fédération de syndicats, la ligue de la jeunesse communiste et la fédération des femmes.⁸⁶² Au sein de cet ensemble, les partis politiques désignent évidemment le parti communiste et les huit partis démocratiques. La raison pour laquelle ces partis politiques ont été inclus dans le champ d'application du régime des marchés publics tient justement à leur statut spécifique dans le cadre constitutionnel de la Chine.

Même si la Constitution de la Chine n'a pas attribué officiellement à ces partis politiques un statut d'organe étatique, ils constituent sans aucune conteste les composantes inhérentes et indissociables de l'institution de la Chine. Le préambule de la Constitution de 1982 peut bien l'illustrer.

En premier lieu, le parti communiste chinois est consacré par le préambule de la Constitution comme le groupe dirigeant de la nation chinoise. En témoigne le préambule de la Constitution, qui déclare que « La victoire de la révolution de démocratie nouvelle en Chine

⁸⁶¹ YAO Zhenyan, *op.cit.*, p.45.

⁸⁶² *Ibid.*, p.45.

et les réalisations obtenues dans la mise en œuvre du socialisme sont toutes dues au fait que les différentes nationalités de Chine, dirigées par le Parti communiste chinois (...). »⁸⁶³ Même après la fondation de la République Populaire de Chine en 1949, la nation chinoise reste dirigée par le parti communiste chinois, « afin de transformer la Chine en un État socialiste puissant et prospère, démocratique et civilisé. »⁸⁶⁴

En second lieu, les huit partis démocratiques sont aussi considérés comme les participants importants dans à la fois la fondation de l'Etat et sa construction. Le préambule de la Constitution a expressément indiqué que « durant les longues années de notre révolution comme de cette construction, il a été formé un large front uni patriotique, dirigé par le Parti communiste chinois et auquel ont participé tous les partis et groupements démocratiques (...). »⁸⁶⁵ La coopération entre le parti communiste et les huit partis démocratiques a même été institutionnalisée en créant « la Conférence consultative politique du peuple chinois. »⁸⁶⁶ Sur cette institution, le préambule a même affirmé que « La coopération multipartite et le système de consultation politique sous la conduite du Parti communiste chinois continueront et se développeront à l'avenir. »⁸⁶⁷

En bref, dans ce contexte caractéristique à la chinoise, les partis politiques constituent en réalité les composantes essentielles et indissociables de l'institution de l'Etat chinois. Officiellement, ils ne sont pas un organe étatique, mais ce n'est qu'apparent. Pour l'essentiel, ils ont déjà été profondément intégrés dans l'institution de l'Etat. Par-là, il est donc aisé de saisir le choix d'inclusion des partis politiques dans le champ d'application des marchés publics en Chine.

En ce qui concerne les entreprises publiques, évidemment c'est une catégorie d'entités

863 Paragraphe 7 du préambule de la Constitution de 1982 (1982 年《中华人民共和国宪法》序言第 7 段。).

864 Paragraphe 7 du préambule de la Constitution de 1982 (1982 年《中华人民共和国宪法》序言第 7 段。).

865 Paragraphe 10 du préambule de la Constitution de 1982 (1982 年《中华人民共和国宪法》序言第 10 段。).

866 Paragraphe 10 du préambule de la Constitution de 1982 (1982 年《中华人民共和国宪法》序言第 10 段。).

867 Paragraphe 10 du préambule de la Constitution de 1982 (1982 年《中华人民共和国宪法》序言第 10 段。).

susceptible d'être influencée par les pouvoirs publics. Alors, dans la logique de la libéralisation exogène, les entreprises publiques, ou au moins une partie d'entre elles, doivent ainsi être soumises à la réglementation du régime des marchés publics, afin d'éviter tous les risques de distorsion de la concurrence sur le marché. Néanmoins, il est intéressant de noter que même si la loi de 2003 n'a pas inclus les entreprises publiques dans son champ d'application, les raisons derrière cette décision tiennent justement à une logique de néolibéralisme et de libéralisation exogène.

La première raison adoptée par le législateur consiste à la promesse déjà formulée par la Chine devant l'OMC. Dans le « Report of the working party on the accession of China », le représentant de la Chine a expressément promis que « China would ensure that all state-owned and state-invested enterprises would make purchases and sales based solely on commercial considerations, e.g., price, quality, marketability and availability (...) In addition, the Government of China would not influence, directly or indirectly, commercial decisions on the part of state-owned or state-invested enterprises, including on the quantity, value or country of origin of any goods purchased or sold, except in a manner consistent with the WTO Agreement. »⁸⁶⁸ Néanmoins, comme le vice-président de l'Assemblée Nationale Populaire, CHENG Siwei, l'a bien remarqué : la loi relative aux marchés publics a déjà consacré un principe d'achat national, et si l'on inclut les entreprises publiques dans le champ d'application de cette loi, « les entreprises publiques sont alors obligées d'acheter les produits nationaux, ce qui est évidemment contraire au droit de l'OMC. »⁸⁶⁹

Dans le prolongement de la raison précitée, la seconde raison adoptée par le législateur tient au respect de liberté de gestion pour l'entreprise. C'est une liberté consacrée déjà par le droit commercial en Chine, et précisément par la loi relative aux capitaux publics de

868 Working Party on the Accession of China, *Report of the working party on the accession of China*, 1 octobre 2001, numéro 46.

869 CHENG Siwei, « Vice-président de l'ANP, CHENG Siwei, les propos concernant les marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°1 2002, p.5 (成思危, “成思危副委员长谈政府采购”, 《中国政府采购》2002 年第 1 期, 第 5 页。).

l'entreprise (企业国有资产法). CHENG Siwei prône que « même si les entreprises publiques sont investies par l'Etat, ces investissements constituent les biens de cette entreprise, (...) et toutes les entreprises doivent se gérer de façon autonome. »⁸⁷⁰ Le souci sous-jacent ici tient alors au fait que, en dépit de l'existence des investissements publics dans l'entreprise publique, l'application du régime des marchés publics risque de blesser la liberté de gestion qui bénéficie à toutes les entreprises, y compris les entreprises publiques.

Evidemment, ces deux raisons découlent de l'idéologie néolibérale. Et c'est justement se basant sur ces considérations néolibérales le législateur chinois a rejeté la proposition d'inclure les entreprises publiques dans le champ d'application de la loi relative aux marchés publics. Néanmoins, les négociations successives avec l'OMC relatives à l'accession à l'AMP ont graduellement conduit la Chine à réfléchir à la possibilité d'appliquer le régime des marchés publics à certaines entreprises publiques.

Précisément, la négociation a été entamée depuis la fin de 2007. En 2010, la Chine a déposé pour la deuxième fois son offre de négociation, dans laquelle les entreprises publiques n'ont pas été enregistrées dans la liste des entités dont les marchés d'achat doivent être ouverts aux autres Parties de l'AMP. Sur ce point, ces Parties ne sont pas satisfaites. Elles demandent fortement d'ajouter les entreprises publiques dans l'annexe 3 intitulé « autres entités ».⁸⁷¹ Par exemple, dans la proposition de l'UE, elle a conseillé à la Chine d'inclure toutes les entités qui sont susceptibles d'être influencées ou d'être contrôlées par le gouvernement. Pour ce faire, l'UE a même énuméré 106 entités chinoises de cette nature dans une liste,⁸⁷² dont la plupart sont effectivement des entreprises publiques.

La situation n'a pas beaucoup changé avec les offres subséquentes déposées par la Chine,

⁸⁷⁰ *Ibid.*, p.5.

⁸⁷¹ LI Chenggang, « Il faut encore beaucoup de temps pour l'accession de la Chine à l'AMP », *Marchés publics en Chine* n°7 2010, p.6 (李成钢, “中国加入政府采购协定仍需时日”, 《中国政府采购》2010年第7期, 第6页。).

⁸⁷² « Les dernières demandes déposées par les membres de l'AMP sur la négociation », *Marchés publics en Chine* n°7 2011, p.25-27 (“GPA 参加方最新要价”, 《中国政府采购》2011年第7期, 第25-27页。).

dans lesquelles les entreprises publiques sont toujours absentes. Cependant, les Parties de l'AMP pressent continuellement la Chine de repenser la possibilité de les inclure. Comme un auteur a bien conclu, le problème de l'inclusion des entreprises publiques chinoises est effectivement devenu un point-clé pendant la négociation avec la Chine.⁸⁷³ Les autres Parties revendiquent notamment l'inclusion des entreprises publiques travaillant dans les secteurs de l'eau, de l'électricité, du chauffage, du transport, de la poste, des télécommunications etc.⁸⁷⁴

Enfin, cette impasse semble surmontée avec l'offre déposée pour la sixième fois à la fin de 2014, dans laquelle la Chine a ajouté trois entreprises publiques à l'annexe 3. Il s'agit concrètement de la banque de développement agricole de la Chine(中国农业发展银行), China Government Securities Depository Trust & Clearing Corporation (中央国债登记结算有限公司), la poste de la Chine (中国邮政集团).⁸⁷⁵ Sans conteste, c'est une concession décisive dans la négociation de l'accession de la Chine à l'AMP, cela signifie que, désormais, les entreprises publiques ne sont plus exclues de façon systématique par le gouvernement chinois de l'application du régime des marchés publics.

Néanmoins, il nous faut encore rester prudent. En réalité, nous sommes encore loin de pouvoir dire que les entreprises publiques chinoises constituent déjà une catégorie principale d'acheteur éligible du droit des marchés publics en Chine, parce que, tout simplement, les obstacles juridiques au niveau du droit interne restent toujours là.

Outre les obstacles que nous avons déjà vus résultant de la liberté de gestion pour l'entreprise et du principe d'achat national, la loi relative aux marchés publics de 2003 constitue elle-même un obstacle sérieux. Comme nous l'avons mentionné, l'acheteur éligible

873 LU Yanrong, « Les problèmes majeurs et les stratégies de les traiter dans la négociation de l'accès de la Chine à l'AMP », *Marchés publics en Chine* n°6 2013, p.75 (芦艳荣, “中国 GPA 谈判面临的主要问题与应对策略”, 《中国政府采购》2013 年第 6 期, 第 75 页。).

874 *Ibid.*, p.75.

875 « La sixième offre déposée par la Chine pour l'accès à l'AMP de l'OMC », *Marchés publics en Chine* n°12 2014, p.13 (“我国向世界贸易组织提交加入_政府采购协定_第 6 份出价清单”, 《中国政府采购》2014 年第 12 期, 第 13 页。).

reconnu par cette loi est limité dans trois catégories, il s'agit d'organes étatiques, d'établissements publics, et d'associations. Evidemment, les entreprises publiques ne peuvent être rattachées à aucune de ses catégories. Pour nous, la seule solution faisable semble être l'intervention directe du législateur pour réviser la loi de 2003, en ajoutant une catégorie admissible pour les entreprises publiques.

En fait, la conjoncture juridique globale en Chine est de plus en plus favorable à une telle intervention du législateur. Ceci résulte notamment de deux réformes récentes en Chine concernant respectivement le régime des budgets publics et les entreprises publiques.

Premièrement, concernant la réforme sur le régime des budgets publics, comme nous l'avons vu, la Chine a adopté en 2015 une nouvelle loi relative aux budgets publics, et dans la même année, le décret d'application n°658 de la loi relative aux marchés publics a redéfini les capitaux susceptibles d'être employés pour les marchés publics en s'articulant parfaitement avec la loi relative aux budgets publics. D'après cette nouvelle définition, désormais, tous les capitaux enregistrés dans le budget public peuvent être employés dans l'achat public.⁸⁷⁶ Il faudrait ajouter que la nouvelle loi relative aux budgets publics a même pour la première fois qualifié les capitaux de gestion des actions publiques(国有资本经营预算) comme composante du budget public.⁸⁷⁷ Dans ce contexte, un auteur a bien réalisé que, avec cette série de mutations juridiques, l'achat réalisé en dépensant les capitaux des actions publiques investies par l'Etat dans une entreprise publique peut désormais être qualifié de marché public.⁸⁷⁸ Au moins, nous pouvons en déduire que, après cette série de mutations juridiques depuis 2015, la condition liée à la nature des capitaux employés ne fait plus obstacle à la qualification de

876 Article 2 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 2 条。).

877 Articles 5 et 10 de la loi relative au budget public (2015 年《预算法》第 5 条、第 10 条。).

878 MA Haitao, « La nouvelle loi relative au budget public a fixé l'orientation de la réforme en matière de marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°10 2014, p.19 (马海涛, “新预算法为政府采购改革指引了方向”, 《中国政府采购》2014 年第 10 期, 第 19 页。).

marché public pour l'achat réalisé par les entreprises publiques.

Deuxièmement, en ce qui concerne la réforme du régime des entreprises publiques, le comité central du parti communiste et le Conseil des affaires de l'Etat ont publié en 2015 un document intitulé « Directive pour approfondir les réformes sur les entreprises publiques », destiné à révéler l'orientation des réformes en cette matière pour l'avenir.

D'après ce document, une des innovations que nous allons mentionner ici concerne la réforme visant à catégoriser désormais les entreprises publiques en fonction de leur objectif principal. Précisément, dans la 2^{ème} partie, ce document a proposé de « classer les entreprises publiques dans des catégories différentes, soit à caractère commercial, soit à caractère d'intérêt général. »⁸⁷⁹ En ce qui concerne les entreprises publiques à caractère commercial (商业类国有企业), « elles doivent se gérer de façon commerciale d'après les demandes du marché (...), ces entreprises publiques exploitent leurs activités de production et de gestion de façon indépendante et autonome. »⁸⁸⁰ Même pour les entreprises publiques à caractère commercial travaillant principalement dans des domaines de monopole naturel, ce document a également prôné « la dissociation de la gestion de l'activité elle-même et la gestion de son infrastructure (网运分开), et l'ouverture à la compétition pour les activités relevant par nature au domaine concurrentiel (开放竞争性业务) »⁸⁸¹. En revanche, en ce qui concerne les entreprises publiques à caractère d'intérêt général (公益类国企), leurs objectifs consistent essentiellement à fournir

879 Paragraphe 4 de la partie 2 de la directive du comité central du P.C.C. et du Conseil des affaires de l'Etat du 24 août 2015 pour approfondir les réformes sur les entreprises publiques du P.C.C. et le Conseil des affaires de l'Etat (2015 年 8 月 24 日《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》，第二（四）部分。).

880 Paragraphe 5 de la partie 2 de la directive du comité central du P.C.C. et du Conseil des affaires de l'Etat du 24 août 2015 pour approfondir les réformes sur les entreprises publiques du P.C.C. et le Conseil des affaires de l'Etat (2015 年 8 月 24 日《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》，第二（五）部分。).

881 Alinéa 3 de la paragraphe 4 de la partie 2 de la directive du comité central du P.C.C. et du Conseil des affaires de l'Etat du 24 août 2015 pour approfondir les réformes sur les entreprises publiques du P.C.C. et le Conseil des affaires de l'Etat (2015 年 8 月 24 日《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》，第二（五）部分第三段。).

les services publics et à assurer les services universels (保障民生).⁸⁸²

Evidemment, cette réforme de catégorisation des entreprises publiques peut être jugée favorable à l'application éventuelle du régime des marchés publics sur ces derniers. Parce que, à la suite de cette réforme, nous pouvons parfaitement envisager que le droit des marchés publics pourrait bel et bien être appliqué aux entreprises publiques à caractère d'intérêt général, le cas échéant, sur celles à caractère commercial travaillant dans des domaines de monopole naturel, sans apporter atteinte à la liberté de gestion bénéficiant aux entreprises publiques à caractère purement commercial.

En conclusion, nous pouvons, en premier lieu, retenir que, outre l'acheteur classique attaché directement aux pouvoirs publics, comme les organes étatiques et les établissements publics, l'acheteur éligible en Chine comprend une sorte d'entité un peu spécifique, à savoir les partis politiques. En raison des traits caractéristiques du cadre constitutionnel de la Chine, les partis politiques disposent en réalité d'une influence considérable dans le fonctionnement des pouvoirs publics, et par-là, ils sont donc déjà bien intégrés à l'institution étatique de la Chine. En effet, nous pouvons même qualifier ces partis politiques d'entités parapubliques. En second lieu, en dehors de ces entités publiques et parapubliques, les entreprises publiques sont aussi en cours d'inclusion dans le champ d'application du régime des marchés publics, en raison notamment des pressions exercées lors des négociations relatives à l'accession de la Chine à l'AMP. D'ailleurs, les réformes récentes en droit interne donnent également une occasion favorable à cette opération d'inclusion. Néanmoins, en vue de les inclure définitivement, une intervention directe du législateur sur la loi de 2003 sera indispensable.

b. Les prestataires

Sur le champ des prestataires éligibles en Chine, la loi relative aux marchés publics a en

⁸⁸² Paragraphe 6 de la partie 2 de la directive du comité central du P.C.C. et du Conseil des affaires de l'Etat du 24 août 2015 pour approfondir les réformes sur les entreprises publiques du P.C.C. et le Conseil des affaires de l'Etat (2015 年 8 月 24 日《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》，第二（六）部分。).

fait donné une définition assez souple. Selon son article 21, « les prestataires sont les personnes juridiques, les autres associations ou les personnes physiques qui offrent à l'acheteur les fournitures, les travaux ou les services. »⁸⁸³ Evidemment, pour qualifier de prestataires des marchés publics le législateur chinois n'a pas insisté en droit positif sur l'attachement à une nature juridique spécifique. Le cas est pareil en pratique : d'après la jurisprudence rendue par les juges chinois et les documents officiels publiés par l'autorité publique, nous pouvons clairement constater que, au moins pour les établissements publics, ils sont libres de participer, en tant que prestataires, à la concurrence des marchés publics.

Précisément, dans un litige résultant de la concurrence pour l'attribution d'un contrat de marché public, un concurrent écarté a prétendu l'existence d'un acte de concurrence déloyale dans le processus de passation. Ce recours est déposé devant le juge de la concurrence, qui doit alors trancher une question préalable, à savoir si ce concurrent écarté peut être qualifié d'opérateur économique (经营者), c'est-à-dire le sujet soumis à l'application de la loi concernant la lutte contre la concurrence déloyale en Chine. Ce concurrent, à savoir un institut de recherche subordonné à l'état-major général de la Chine, est en fait un établissement public attaché aux forces armées. Alors, est-ce qu'une entité à cette nature peut être qualifiée d'un opérateur économique sur le marché ? Sur cette question, une réponse positive a été donnée par le juge de la concurrence. En réalité, le juge a seulement examiné la validité du « permis de prestation à titre onéreux » possédé par cet institut de recherche délivré par l'autorité des forces armées. En d'autres termes, son statut d'établissement public n'a soulevé, aux yeux du juge, aucune question. Pour lui, la seule chose pouvant être problématique tient à son statut lié aux forces armées.⁸⁸⁴

L'indifférence sur le statut d'établissement public peut encore être affirmée dans un autre

883 Article 21 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 21 条。) .

884 L'arrêt l'institut de recherche n°60 de l'état-major général de la Chine et la société technique des équipements spéciaux de YIWAN à Shanghai, n°199 de 2009, rendu par la cour supérieure de JIANGSU. (江苏省高级人民法院 (2009) 苏民三终字第 0199 号, “中国人民解放军总参谋部第六十研究所与上海亿湾特训练设备科技有限公司案”。)

litige. Concrètement, l'institut de recherche précité a fusionné en 2011 avec une autre usine attachée aux forces armées. Après cette fusion, la même année, il s'est aussi transformé en un établissement public détaché de l'état-major général, donc est devenu un établissement public purement civil. En 2013, un recours a été déposé par cet institut devant le juge des marchés publics en lui demandant d'annuler la décision rendue par le service des finances publiques relative à la procédure de passation d'un marché public dans laquelle cet institut était impliqué. Dans cette affaire, le juge de marché public a justement examiné les enregistrements de cet institut concernant ses obligations relatives au paiement d'impôt et taxes et de cotisations de sécurité sociale, donc sans soumettre en cause son statut d'établissement public.⁸⁸⁵ Par-là, nous pouvons donc clairement identifier un fait : aux yeux du juge, le statut d'établissement public ne constitue pas pour une entité un obstacle à l'accès à la concurrence en matière de marchés publics.

Cependant, une affirmation de même nature ne peut pas être identifiée en droit positif. En fait, il est très regrettable que, dans le décret d'application n°658 de la loi relative aux marchés publics de 2015, le champ des prestataires éligibles n'ait pas fait l'objet d'une attention particulière. Néanmoins, nous pouvons quand même constater au niveau des collectivités territoriales une tentative pour affirmer l'éligibilité des établissements publics à participer la concurrence des marchés publics.

Précisément, il s'agit d'une circulaire publiée par le gouvernement de SHENZHEN, une ville qualifiée de Zone économique spécifique depuis 1980. Cette circulaire est intitulée « Avis d'application relatifs aux marchés publics de services ». En vertu de son article (3) 5, le gouvernement de SHENZHEN a expressément confirmé que « les établissements publics peuvent devenir les prestataires dans les marchés publics de services, à condition qu'ils

885 L'arrêt La société technique des équipements spéciaux de YIWAN à Shanghai et le service des finances publiques du district de Shaoxing, n°74 de 2012, rendu par la cour intermédiaire de Shaoxing de ZHEJIANG (浙江省绍兴市中级人民法院 (2012) 浙绍行终字第 74 号, “上海亿湾特训设备科技有限公司与绍兴市财政局二审案”).

remplissent les exigences concernant la dissociation entre les activités à caractère administratif et les activités à caractère non-administratif (政事分开), et qu'ils entrent en concurrence avec les concurrents sur un pied d'égalité et de manière transparente. »⁸⁸⁶ Pour ce faire, cette circulaire a même encouragé une réforme de la catégorisation des établissements publics, afin d'identifier les établissements publics qui sont les plus aptes à participer à la concurrence égale et libérale.⁸⁸⁷

En fin de compte, nous pouvons résumer que, tout d'abord, le droit positif chinois n'a pas délimité le champ des prestataires à certaines entités relevant d'une qualification juridique spécifique, même si, en même temps, le législateur reste muet sur la possibilité pour les personnes publiques de s'impliquer, en tant que concurrent, dans la compétition en matière de marchés publics. Néanmoins, force est de constater que, au moins pour les établissements publics, ils sont, *de facto*, libres de participer, en tant que prestataires, à la concurrence en matière de marchés publics. En témoigne le fait que le juge de la concurrence, comme le juge administratif, ne s'oppose pas au fait de traiter les établissements publics comme prestataires du droit des marchés publics. Même dans les pratiques de certaines collectivités territoriales, l'autorité administrative a expressément affirmé une telle possibilité, en définissant certaines conditions préalables visant à assurer l'égalité et la transparence de la concurrence avec les autres concurrents éventuels.

De là, est donc bien révélé un décalage entre le droit positif et les pratiques juridiques, qui est évidemment défavorable à la sécurité juridique. Pour y remédier, la seule solution peut être l'intervention directe du législateur, en vue à la fois de confirmer définitivement la légalité de cette pratique et d'encadrer minutieusement sa mise en œuvre, par exemple, en définissant les conditions préalables nécessaires pour y recourir.

⁸⁸⁶ Paragraphe 3 de la 5^{ème} partie de la circulaire n°15 de 2014 des avis d'application relatifs aux marchés publics de services (2014 年深府办[2014]15 号《深圳市关于政府购买服务的实施意见》第五(三)部分。).

⁸⁸⁷ Paragraphe 3 de la 5^{ème} partie de la circulaire n°15 de 2014 des avis d'application relatifs aux marchés publics de services (2014 年深府办[2014]15 号《深圳市关于政府购买服务的实施意见》第五(三)部分。).

Conclusion de la section 1

Après avoir analysé respectivement le champ d'application du droit des marchés publics en France et en Chine, les influences résultant des normes internationales pour ces deux pays peuvent être clairement identifiées. Précisément, d'un côté, tant en France qu'en Chine, le champ d'application du droit des marchés publics s'élargit graduellement, ce qui constitue l'un des aspects principaux impliqués dans la libéralisation exogène. Néanmoins, d'un autre côté, il faut aussi admettre que les effets des normes internationales se traduisent de façon sensiblement différente dans le droit des marchés publics de ces deux pays, ce qui peut nous aider à révéler éventuellement les divergences subtiles cachées derrière les convergences apparentes précitées.

En premier lieu, le champ d'application du droit des marchés publics s'élargit en France comme en Chine. Comme nous l'avons déjà vu, depuis les années 1990, en France les travaux et les services faisant l'objet du droit des marchés publics se sont sensiblement enrichis ; la qualité d'acheteur éligible a également été étendue à des personnes privées sous certaines conditions exigées par le droit de l'UE ; dans le même ordre d'idées, les prestataires éligibles ont aussi été élargis, de personne privée à personne publique, à la condition de respecter l'égalité de la concurrence. En Chine, la situation est largement similaire : sous l'influence des « bonnes pratiques internationales », le législateur chinois en 2003 a donné directement une définition assez large pour les matériaux faisant l'objet des marchés publics, en y incluant les travaux, les fournitures et les services, et chacun de ces trois composants n'a pas été délimité spécifiquement par le législateur. Même pour l'acheteur et le prestataire de marché public en Chine, les définitions données par le législateur chinois sont larges et souples, sans se borner à certaines personnes de nature juridique spécifique.

Néanmoins, en second lieu, force est de constater que les effets apportés par les normes internationales se traduisent de façon sensiblement différente dans ces deux pays. Précisément, le droit des marchés publics en France s'oblige juridiquement à se conformer au droit de l'UE

relatif aux marchés publics, alors que pour le droit des marchés publics en Chine, les normes internationales relatives aux marchés publics ne constituent qu'un modèle important, comme une source d'inspiration, dont le législateur et le pouvoir réglementaire peuvent éventuellement s'inspirer, tout en restant libres de changer la direction ou de reporter le processus de rapprochement.

Une telle différence de situations entre les deux pays a pour conséquence de susciter un écart important entre les niveaux de libéralisation exogène du droit des marchés publics de ces deux pays. Comme nous l'avons déjà vu, depuis la réforme lancée en 2001, après les réformes successives en 2004 et 2006, et jusqu'à la réforme la plus récente en 2015 et 2016, l'évolution du droit des marchés publics en France peut être qualifiée de processus de « communautarisation » du droit des marchés publics national. Notamment, après l'adoption de l'ordonnance de 2015 et du décret de 2016, le champ d'application du droit des marchés publics en France est désormais presque identique à celui défini par le droit de l'UE. Néanmoins, l'évolution du droit des marchés publics en Chine a rencontré plus d'obstacles lors de l'élargissement de son champ d'application, et il s'agit notamment des obstacles résultant des législations internes en Chine. En témoigne le fait que les capitaux susceptibles d'être employés dans les marchés publics étaient depuis longtemps limités en raison du retard de la réforme sur le régime des budgets publics, et grâce à l'adoption de la loi relative au budget public et du décret d'application de 2015, les contraintes sur ce point ont enfin été levées. En ce qui concerne les matériaux faisant l'objet de marchés publics, les obstacles proviennent aussi de la contrariété entre la loi relative aux marchés publics et la loi relative à l'appel d'offres, le relâchement du législateur sur le problème de l'articulation entre ces deux lois a sensiblement limité le champ des travaux faisant l'objet des marchés publics ; par rapport au champ de l'acheteur éligible en Chine, même si les négociations avec l'OMC sur l'accession à l'AMP ont davantage pressé la Chine à accepter l'application du régime des marchés publics à certaines entreprises publiques, ceci attend toujours la confirmation du législateur chinois ; il en va de même du champ des prestataires en Chine, même si les

établissements publics sont en pratique libres de participer à la concurrence des marchés publics, une intervention du législateur est évidemment indispensable, pour à la fois le confirmer et bien l'encadrer.

En fin de compte, nous pouvons retenir deux points de conclusion : d'une part, le champ d'application du droit des marchés publics en France comme en Chine s'est élargi sous l'influence des normes internationales relatives aux marchés publics. Cependant, à défaut d'une entité supranationale, comme l'UE, encadrant effectivement le droit chinois, les législations internes en Chine ont sensiblement freiné les effets issus des normes internationales sur l'élargissement du champ d'application en Chine. Pour y remédier, et dans un contexte où la Chine n'est pas, pour le moment, le membre de l'AMP, le législateur chinois doit donc intervenir de manière plus active et ponctuelle pour aménager régulièrement le cadre juridique global, sur la base des normes internationales correspondantes.

Section 2. Le régime de passation libéralisé

Le régime de passation des marchés publics en France a aussi fait l'objet d'une transition fondamentale, notamment depuis les années 1990. Pour l'essentiel, il est de plus en plus influencé par les considérations du marché. Comme un auteur l'a bien synthétisé, « c'est la logique du droit des marchés publics qui est affectée : traditionnellement, un droit de la demande ; de plus en plus, un droit de l'offre. »⁸⁸⁸ En bref, l'enjeu principal du régime s'est déplacé de la demande des pouvoirs publics à l'offre des prestataires sur le marché : désormais le souci le plus important du régime est de faciliter la participation à la compétition de tous les concurrents éligibles. De ce fait, « l'avenir (du droit des marchés publics) est à des procédures plus flexibles. »⁸⁸⁹ En d'autres termes, au lieu du caractère réglementé auparavant issu de la libéralisation endogène précitée, le régime de passation sera davantage libéralisé

⁸⁸⁸ Christine Brechon-Moulene, *op.cit.*, p.69.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, p.70.

dans le sens d'une déréglementation, autrement dit, dans le sens de laisser de plus en plus d'espace et de marge de manœuvre à tous les participants du jeu de la concurrence. Pareillement, une telle transition peut également être constatée dans le droit des marchés publics en Chine. Ci-après, nous allons donc analyser tout d'abord le cas de la France (§1), et ensuite la situation en Chine (§2).

§1. Le régime de passation libéralisé en France

La libéralisation du régime de passation présente deux dimensions : en premier lieu, l'organisation d'acheteur pour effectuer l'achat se simplifie sensiblement, ils peuvent ainsi optimiser, de façon libérale, leur fonctionnement interne, et aussi améliorer, de leur propre initiative, leur coordination mutuelle ; en second lieu, les réglementations sur le régime d'attribution des marchés sont aussi considérablement allégées, ce qui permet aux participants de participer au jeu de la concurrence de façon plus active.

1. Le régime simplifié d'organisation d'acheteur

En ce qui concerne le régime d'organisation d'acheteur, nous pouvons identifier la simplification des modèles d'organisation à la fois pour son fonctionnement interne et pour sa coordination avec d'autres acheteurs.

a. L'organisation interne d'acheteur

Ceci concerne notamment la façon de s'organiser au sein d'un acheteur pour exprimer sa volonté de s'engager sur un marché public.

Précisément, le Code des marchés publics de 2001 a adopté la conception de « personne responsable du marché » pour désigner « la personne habilitée à signer le marché au nom de la personne publique. »⁸⁹⁰ Selon le code de 2001, pour l'Etat, le ministre est chargé concrètement de choisir la personne responsable du marché par voie d'arrêté ministériel, mais

890 Article 20 du Code des marchés publics de 2001.

la limite est que la personne choisie ne peut plus subdéléguer son pouvoir à une autre personne. C'est pourquoi depuis l'adoption du Code de 2004, une évolution en faveur d'une libéralisation est apparue.

Tout d'abord, le Code de 2004 a ouvert « la possibilité à la PRM⁸⁹¹ de désigner des PRM secondaires, habilités à la représenter dans l'exercice de ses fonctions. » La subdélégation de ce pouvoir devient ainsi possible. De plus, également depuis la réforme de 2004, « la qualité du niveau d'appréciation des seuils est nettement séparée et distinguée de celle de la compétence pour mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés. » Précisément, il appartient désormais à l'autorité publique de déterminer le niveau auquel les besoins sont évalués, mais « antérieurement, la désignation des PRM déterminait (automatiquement) le niveau d'appréciation des seuils. »⁸⁹² Avec ces mesures, l'organisation interne de l'acheteur pour effectuer l'achat se simplifie clairement.

Ensuite, le Code de 2006 est allé encore plus loin dans le même ordre d'idées. Dans ce code, le pouvoir réglementaire a supprimé la notion de « personne responsable du marché. »⁸⁹³ Même si cette suppression a provoqué beaucoup de souci dans les praticiens des marchés publics, « la disparition de la notion de PRM ne laisse toutefois pas les administrations centrales ou déconcentrées de l'Etat dans une situation de vide absolu »⁸⁹⁴, parce que la désignation d'organe compétent chargé des affaires du marché peut fonctionner quand même « à partir de la répartition basique des compétences »⁸⁹⁵. Il en va de même de la possibilité de subdélégation, « la disparition de la notion de PRM secondaire n'empêche pas les agents bénéficiant d'une délégation de signature de subdéléguer leurs compétence en

891 « Personne responsable du marché ».

892 Jean-David Dreyfus, « Le nouveau code des marchés publics : une réforme axée sur la responsabilité de l'acheteur », *AJDA* 2004, p.3.

893 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.165.

894 Stéphane Braconnier, « Le nouveau code des marchés publics – achèvement d'un cycle ou amorce de futures évolutions ? », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n°4, 25 janvier 2007, numéro 21.

895 *Ibid.*, numéro 25.

matière de marchés publics. »⁸⁹⁶ Donc, en bref, une réglementation spécifique sous l'empire du Code de 2004 a enfin, après cette réforme, laissé la place à une réglementation du droit commun. Le régime de fonctionnement interne se simplifie encore plus. Derrière cela, l'idée profonde « ne pourra pas se départir d'une logique économique tournée vers l'optimisation du processus d'achat public. »⁸⁹⁷

Il convient d'ajouter qu'au niveau local, auprès de l'autorité exécutive, il existe une commission de délibération qui joue un rôle très important dans les affaires des marchés publics. « Si l'autorité exécutive est seule compétente pour lancer et conduire la procédure et, *in fine*, signer le marché, l'organe délibérant doit, en principe, intervenir pour autoriser cette signature. »⁸⁹⁸ L'examen pour l'autoriser était très strict, sachant que « cette autorisation doit, de surcroît, être donnée sur la base d'information suffisantes. »⁸⁹⁹ Mais aujourd'hui, la portée de cette obligation a été sensiblement réduite.

Tout cela commence en fait en 2001. Au début, la loi MURCEF de 2001 a autorisé « le maire, par délégation du conseil municipal à prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés de travaux, de fournitures et de services qui peuvent être passés sans formalités préalables en raison de leur montant, lorsque les crédits sont inscrits au budget. »⁹⁰⁰ Cette possibilité de délégation a aussi été « étendue (...) au président du conseil général sur délégation du conseil général et au président du conseil régional sur délégation du conseil régional. »⁹⁰¹ Et en 2008, un décret a fixé le seuil à 206 000 € HT, posant que seuls les marchés dont le montant est inférieur à ce seuil « pouvaient faire l'objet de cette délégation. »⁹⁰² Néanmoins, depuis 2009, un tel seuil est

896 *Ibid.*, numéro 21.

897 *Ibid.*, numéro 25.

898 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.167.

899 *Ibid.*, p.167.

900 Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p.101.

901 *Ibid.*, p.101.

902 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.168.

résolument supprimé, sachant que la loi de 2009 d'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés a ouvert « la possibilité aux conseils municipaux, aux conseils généraux et aux conseils régionaux de déléguer aux maires et présidents de conseils généraux et régionaux la compétence pour signer tous les marchés publics et accords-cadres passés par la collectivité, et ce, sans aucune limitation de montant. »⁹⁰³ Evidemment, après cette loi de 2009, l'exception d'autre-fois est devenue aujourd'hui un élément de droit commun.

En réalité, l'idée essentielle derrière cette évolution est toujours de laisser un espace plus large aux collectivités territoriales pour gérer la passation de leurs marchés publics locaux. Comme un auteur l'a bien remarqué, une telle délégation générale « est possible, mais pas obligatoire, (...) les collectivités territoriales conservant évidemment la possibilité de réserver cette facilité aux seuls marchés inférieurs à un seuil librement défini. »⁹⁰⁴ Les collectivités territoriales disposent ainsi d'une marge de manœuvre considérable en fonction de situation d'espèce.

Une telle libéralisation peut également être constatée sur les règles encadrant la commission d'appel d'offres. En premier lieu, en 2008, est supprimée par le décret du 19 décembre 2008 la commission permanente d'appel d'offres pour les marchés de l'Etat et des établissements hospitaliers publics. Donc, les ministères peuvent désormais organiser leurs commissions d'appel d'offres comme ils le veulent. Même si la commission au niveau local est conservée après cette réforme, sa composition a en réalité déjà fait l'objet d'une libéralisation en 2004 : D'après le Code des marchés publics de 2004, « l'article 22-V (...) fait (...) de la présence du représentant de la DGCCRF et du comptable public dans les CAO

903 Stéphane Braconnier, « Droit des marchés publics : l'âge de la maturité », *Contrats et Marchés publics* n° 2, Février 2009, étude 2, numéro 38.

904 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.168.

locales, une simple faculté » au lieu d'une obligation juridique.⁹⁰⁵ Encore une fois, l'idée profonde est d'attribuer une marge d'œuvre aux collectivités territoriales, sachant que « cette présence restant toutefois une faculté, elle permettra, le cas échéant, aux élus soucieux de sécuriser une procédure un peu périlleuse au plan juridique, de la faire valider implicitement par les représentants de la DGCCRF qui auront été invités à siéger dans la CAO. »⁹⁰⁶

En fin de compte, après des réformes successives depuis 2001, la libéralisation sur l'organisation interne de l'acheteur est très présente pour nous. Un tel mouvement se manifeste également dans l'évolution du régime d'organisation permettant aux acheteurs de bien coordonner leurs commandes.

b. L'organisation entre les acheteurs

Schématiquement, la coordination des commandes de différents acheteurs peut être réalisée sous trois formes : la coordination des marchés entre services au sein d'une personne publique ; le groupement de commandes ; le recours au centrale d'achat.

Pour le premier, il s'agit de coordonner la passation des achats des services qui disposent d'un budget propre au sein d'une personne publique. Ce modèle de coordination a été encouragé par le premier ministre avec une circulaire du 2 janvier 2006. Corrélativement, une intention de le libéraliser a aussi été manifestement exprimée dans le Code de 2006. D'après la nouvelle disposition consacrée par ce Code, un tel modèle de coordination peut être utilisé « quel que soit leur montant, selon des modalités qu'ils déterminent librement. »⁹⁰⁷ L'accent mis sur ce point était en fait absent dans la disposition correspondante dans les Codes de 2004 et de 2001. En bref, « les modalités de coordination des marchés ou accords-cadres passés par les services (...) sont désormais déterminées librement, alors qu'elles étaient encadrées par le

905 Stéphane Braconnier, « Le nouveau code des marchés publics – entre responsabilisation et libéralisation », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n°18, 29 avril 2004, numéro 15.

906 *Ibid.*, numéro 15.

907 Paragraphe 1 de l'article 7 du Code des marchés publics de 2006.

précédent Code des marchés publics. »⁹⁰⁸

En ce qui concerne le deuxième modèle de coordination, à savoir le groupement de commandes, en vertu de l'ordonnance de 2015, il peut être constitué « entre des acheteurs afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés publics. »⁹⁰⁹ Initialement, le groupement de commandes ne peut être composé que par les acheteurs publics classiques reconnus par la tradition de la France. Les personnes privées, les EPIC nationaux et les groupements d'intérêt général sont ainsi interdits d'y participer. Mais l'adoption du Code des marchés publics de 2004 a bien libéralisé sa composition, désormais la participation de ces entités est officiellement autorisée.⁹¹⁰ Ceci est repris par le Code de 2006. Cependant, nous pouvons quand même constater qu'à ce moment-là toutes les personnes susceptibles de participer sont en fait des acheteurs soumis au droit des marchés publics, qui est posé à l'époque-là par le Code de 2006 et l'ordonnance de 2005. Alors, la réforme lancée en 2015 a encore poussé la libéralisation de la composition de groupement par l'adoption de l'ordonnance de 2015. Précisément, d'après l'article 28 de l'ordonnance de 2015, « un groupement de commandes peut également être constitué, aux mêmes fins, entre un ou plusieurs acheteurs et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des acheteurs soumis à la présente ordonnance, à la condition que chacun des membres du groupement applique (...) la présente ordonnance. »⁹¹¹ Autrement dit, même les personnes hors du champ d'application du droit des marchés publics sont également autorisées à participer au groupement, et coordonnent donc leurs achats avec les acheteurs soumis à ce droit.

Enfin, par rapport aux centrales d'achat, dans le Code des marchés publics de 2001, leur

908 Stéphane Braconnier, « Le nouveau code des marchés publics – achèvement d'un cycle ou amorce de futures évolutions ? », *op.cit.*, numéro 28.

909 Article 28 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

910 Stéphane Braconnier, « Le nouveau code des marchés publics – entre responsabilisation et libéralisation », *op.cit.*, numéro 28.

911 Article 28 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

régime était très restreint. Même la notion de « centrale d'achat » n'a pas été expressément consacrée, en revanche, le texte n'a mentionné que l'UGAP, « à laquelle l'Etat et les collectivités territoriales peuvent demander d'effectuer leurs achats de fournitures et de services. »⁹¹² Mais depuis l'adoption du Code de 2004, les centrales d'achat ont commencé à être généralisées, « le champ d'application de l'article 9 du Code qui jusqu'alors, ne concernait que l'UGAP » est désormais élargi à « tous les centrales d'achat remplissant les conditions de l'organisme de droit public. »⁹¹³ Ça veut dire que, ne se bornant plus à l'UGAP, « les collectivités publiques (...) peuvent avoir recours librement à ces centrales d'achat. » Une telle position libérale a ensuite été conservée par le Code de 2006 : dès lors, « est ainsi définitivement ancrée dans le droit français des marchés publics la technique de la centrale d'achat. »⁹¹⁴ Une telle liberté a encore été élargie par la réforme la plus récente lancée par l'ordonnance de 2015. Concrètement, cette dernière a ouvert « la possibilité pour les acheteurs publics de recourir aux services de centrales d'achat situées dans un Etat membre de l'Union européenne. »⁹¹⁵ Dès lors, non seulement la mutualisation sur le territoire national est possible, la mutualisation à une échelle *supra* nationale est aussi devenue réalisable.

2. Le régime assoupli d'attribution des marchés publics

En ce qui concerne le régime d'attribution des marchés publics, une tendance de libéralisation similaire peut aussi être constatée depuis l'adoption du Code de 2001. Plus concrètement, elle se manifeste à travers l'assouplissement du régime encadrant l'attribution des marchés publics, qui peut encore être divisé en deux parties, à savoir l'obligation de publicité et l'obligation de mise en concurrence.

912 Article 9 du Code des marchés publics de 2001.

913 Stéphane Braconnier, « Le nouveau code des marchés publics – achèvement d'un cycle ou amorce de futures évolutions ? », *op.cit.*, numéro 28.

914 *Ibid.*, numéro 29.

915 Yann Simonnet, « Centrales d'achat, en quête de précision », *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2015, dossier 7, numéro 33.

a. L'obligation de publicité

L'assouplissement de l'obligation de publicité se révèle notamment sous deux aspects. Premièrement, l'acheteur dispose en fait de plus en plus de liberté de choisir les moyens de publicité en fonction de la situation en l'espèce ; deuxièmement, en ce qui concerne les seuils de publicité, les réformes successives sur ce point ont également abouti à une déréglementation remarquable pour l'acheteur. De ce fait, l'obligation pesant sur ce dernier relative à la publicité s'est ainsi considérablement assouplie.

En premier lieu, les moyens de publicité ont commencé à être libéralisés notamment depuis le Code de 2004.

Précisément, d'une part, en vertu du Code précédent, donc le Code de 2001, l'obligation de publier un avis de préinformation s'impose à l'acheteur lorsque le montant du marché est supérieur à 750 000 euros HT pour les fournitures ou les services et supérieur à 5 000 000 euros HT pour les travaux.⁹¹⁶ Néanmoins, après l'adoption du Code de 2004, une telle obligation a été supprimée. Désormais « cet avis de préinformation n'est impératif que si la personne responsable du marché souhaite bénéficier d'une réduction du délai minimum de réception des offres. »⁹¹⁷ En d'autres termes, l'acheteur dispose ainsi d'une liberté pour choisir s'il adopte un tel moyen de publicité, en fonction de ses propres besoins en matière de réduction du délai de réception.

D'autre part, les catégories de médias éligibles pour la publicité sont également multipliées depuis notamment le Code de 2004. Dans ce Code, à part le BOAMP et le journal habilité à recevoir des annonces légales, le pouvoir réglementaire a proposé à l'acheteur un nouveau choix : il s'agit de la publication « dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné. » En effet, sur ce moyen de publicité complémentaire, il appartient à l'acheteur d'apprécier si cette publication est « utile pour assurer une publicité

⁹¹⁶ Article 39 du Code des marchés publics de 2001.

⁹¹⁷ Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.288.

conforme aux objectifs » définis par le Code des marchés publics.⁹¹⁸ Cette possibilité a ensuite été reprise par le Code de 2006 et par le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

En fin de compte, depuis 2001 jusqu'à aujourd'hui peut être clairement identifiée une tendance à la libéralisation concentrée sur les moyens pour l'acheteur d'organiser la publicité.

En second lieu, le montant du marché constitue aussi un élément très important pour mesurer l'obligation de publicité, sachant que « pour l'essentiel, cette publicité varie en fonction du montant du marché. »⁹¹⁹ Dans ce contexte, les réformes successives sur les seuils ont donc eu une influence considérable sur l'obligation de publicité. Plus précisément, ces réformes ont beaucoup soulagé cette obligation pesant sur l'acheteur.

Premièrement, en ce qui concerne le seuil en deçà duquel le marché est dispensé de toute l'obligation de publicité, le Code de 2004 l'a fixé à 4000 euros HT, sachant qu'à partir de 4000 jusqu'à 90 000 euros HT « la personne publique choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant et à la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause. » Cependant, au fil des réformes ultérieures, nous pouvons constater une augmentation graduelle de ce seuil. D'abord, d'après le décret n°2008-1356 du 19 décembre 2008, « le seuil minimal en deçà duquel les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'ensemble des obligations de publicité et de mise en concurrence passe (...) de 4000 à 20 000 euros HT. »⁹²⁰ Par la suite, un autre décret de 2011 est intervenu sur ce point, en changeant ce seuil à 15 000 euros HT⁹²¹, de plus, récemment, le décret du 9 décembre 2015 l'a encore relevé à 25 000 euros HT,⁹²² seuil qui a ultérieurement été repris par le décret du 25 mars 2016. Nous pouvons ainsi retenir que, avec la surrection de ce seuil, la marge de manœuvre laissée à

918 Article 40 du Code des marchés publics de 2004.

919 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.283.

920 Stéphane Braconnier, « Droit des marchés publics : l'âge de la maturité », *op.cit.*, p.35.

921 Décret n° 2011-1853 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du Code des marchés publics.

922 Décret. n° 2015-1163 du 17 septembre 2015 modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics.

l'acheteur est devenue de plus en plus large, sous une seule limite ambiguë, qui impose à l'acheteur de « choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, de faire une bonne utilisation des deniers publics et de ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin. »⁹²³

Deuxièmement, en ce qui concerne le seuil pour les marchés de travaux, les réformes ont également apporté un effet de libéralisation en faveur de l'acheteur. Concrètement, en vertu du Code des marchés publics de 2001, pour les marchés de travaux, « au-delà de 130 000 euros HT pour l'Etat et de 200 000 euros HT pour les collectivités territoriales, les avis sont obligatoirement publiés dans le BOAMP », et s'ils dépassent 5 000 000 euros HT, ils doivent alors faire l'objet d'une publicité au JOCE.⁹²⁴ Toutefois, la réforme lancée en 2004 a complètement changé ces conditions. D'après le Code de 2004, lorsque le montant d'un marché de travaux est entre 90 000 euros HT et 5 270 000 euros HT, « la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. » L'acheteur en l'espèce peut ainsi choisir entre deux lieux de publicité : « ce qui signifie que la quasi-totalité des marchés de travaux (98% environ) est aujourd'hui dispensée d'une publication systématique au BOAMP. »⁹²⁵ Cette position a ultérieurement reprise par le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.⁹²⁶

Au total, après une série de réformes de 2001 jusqu'à aujourd'hui, le régime encadrant l'obligation de publicité a été bien assoupli. D'un côté, les contraintes pour l'acheteur en matière de publicité sont sensiblement réduites : l'avis de préinformation n'est plus impératif

923 Article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

924 Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p 184-185.

925 Stéphane Braconnier, « Le nouveau code des marchés publics – entre responsabilisation et libéralisation », *op.cit.*, numéro 38.

926 Article 34 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

pour les marchés supérieurs à certains montants, le champ de marchés dispensés de toute l'obligation de publicité a également élargi. D'un autre côté, les choix laissés à l'acheteur ont aussi été considérablement enrichis : le recours à une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est possible depuis 2004, et dans le cadre des marchés de travaux dont le montant est en-deçà du seuil européen mais supérieur à 90 000 euros HT, la publication de l'avis peut être effectuée dans un journal habilité à recevoir des annonces légales, au lieu du seul choix du BOAMP auparavant.

En réalité, une telle tendance à l'assouplissement existe également dans le régime encadrant l'obligation de mise en concurrence en France. Nous allons alors le développer ci-après.

b. L'obligation de mise en concurrence

L'assouplissement du régime encadrant l'obligation de mise en concurrence se manifeste principalement par deux éléments : le premier, c'est que l'accès des entreprises à la concurrence est davantage facilité depuis 2004 ; et le second élément tient à la libéralisation de la procédure de mise en concurrence, à la suite notamment de la réforme de 2015.

En premier lieu, en ce qui concerne l'accès des entreprises à la concurrence, la facilité d'accès se concrétise principalement en deux dimensions, à savoir la dimension matérielle et la dimension procédurale.

Matériellement, l'entreprise qui souhaite accéder à la concurrence des marchés publics doit tout d'abord « apporter la preuve qu'elle a la capacité professionnelle, technique et financière d'exécuter le marché. »⁹²⁷ Sur ce point, le Code des marchés publics de 2004 a entraîné certaines modifications très significatives : Synthétiquement, une entreprise peut faire référence à des capacités d'autres personnes pour témoigner de sa propre aptitude ou de l'aptitude de l'ensemble. Ceci correspond à deux possibilités concrètes. Premièrement,

927 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.198.

l'entreprise peut justifier de ses propres capacités « en se prévalant des capacités du ou des sous-traitants(s) au(x)quel(s) (elle) envisage de faire appel. »⁹²⁸ Cette possibilité a été encore élargie dans le décret de 2016 qui la reformule ainsi : « un opérateur économique peut avoir recours aux capacités d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces opérateurs. »⁹²⁹ Deuxièmement, dans le cadre de groupements d'entreprises, « désormais, tous les membres du groupement n'ont plus à avoir la totalité des compétences requises pour exécuter le marché. » Autrement dit, les membres du groupe peuvent se prévaloir mutuellement des capacités d'autres membres pour justifier de l'aptitude de l'ensemble : ceci a été repris par le décret de 2016⁹³⁰. Evidemment, après ces deux réformes, les entreprises qui ne disposent que partiellement des capacités requises peuvent effectivement accéder à la concurrence.

Dans les mêmes ordres d'idées, le pouvoir réglementaire a encore facilité l'accès des entreprises en limitant ou assouplissant les exigences sur les capacités requises et les documents destinés à les justifier.

Tout d'abord, sous l'empire du Code de 2006, « l'acheteur public ne peut exiger des entreprises qu'elles produisent des pièces justificatives en trop grand nombre. Une liste trop importante de pièces aurait, en effet, pour conséquence d'exclure beaucoup d'offres comme non conformes et limiterait donc à l'excès la concurrence. »⁹³¹ Nous pouvons ainsi constater une règle de proportionnalité pesant désormais sur l'acheteur lorsqu'il demande des pièces justificatives. Cette règle a été encore reprise par l'ordonnance de 2015, qui a expressément disposé que « les acheteurs ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude (...) »

928 Stéphane Braconnier, « Le nouveau code des marchés publics – entre responsabilisation et libéralisation », *op.cit.*, numéro 42.

929 Article 48 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

930 Article 44 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

931 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.201-202.

ou des capacités (...) nécessaires à l'exécution (...). Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. »⁹³² De plus, même parmi les pièces que l'acheteur a le droit de demander, le pouvoir réglementaire a également reconnu certaines exceptions : ainsi, le Code de 2006 a imposé que, pour les renseignements ou documents exigés par le Code et demandés par l'acheteur, « si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de (les) produire, pour justifier de sa capacité financière », « il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par le pouvoir adjudicateur »⁹³³

Deuxièmement, la demande des niveaux minimaux de capacité n'est plus une obligation depuis 2008. Le pouvoir réglementaire l'a bien précisé dans un décret de 2008 : « le pouvoir adjudicateur n'est expressément plus obligé de fixer ni, *a fortiori*, de mentionner dans l'avis d'appel public à la concurrence » les niveaux minimaux de capacité, en revanche, « il s'agit désormais pour lui (...) d'une simple faculté. »⁹³⁴ C'est-à-dire qu'il appartient désormais à l'acheteur d'apprécier par lui-même la nécessité d'exiger certaines capacités minimales. Le décret de 2016 a d'ailleurs imposé la règle de proportionnalité à la définition de ces capacités minimales, en disposant que « (l'acheteur) ne peut exiger que des niveaux minimaux liés et proportionnés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. »⁹³⁵

Outre ces éléments matériels évoqués précédemment, dans le cadre procédural, le régime d'accès à la concurrence est également devenu de moins en moins rigoureux, notamment depuis l'adoption du Code des marchés publics de 2004. Cet assouplissement se traduit principalement dans deux situations.

Tout d'abord, dans la situation où les entreprises n'ont pas fourni les documents exigés

932 Article 51 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

933 Article 45 du Code des marchés publics de 2006.

934 Stéphane Braconnier, « Droit des marchés publics : l'âge de la maturité », *op.cit.*, numéro 28.

935 Article 44 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

ou dans le cas où les pièces justificatives fournies sont incomplètes, en vertu du Code de 2004, « le personne publique n'a (...) plus l'obligation de rejeter automatiquement les candidatures incomplètes »⁹³⁶. Au contraire, l'acheteur peut désormais demander aux candidats de compléter les pièces justificatives dans un délai maximal de 10 jours. Sur ce point, un auteur a bien remarqué que « loin d'être anecdotique, cette disposition traduit une volonté d'éviter tout formalisme excessif qui pourrait conduire au rejet d'une candidature et d'une offre avantageuse. »⁹³⁷ Le décret de 2016 a repris cette procédure en principe, en ajoutant que « l'acheteur (...) peut demander (...) de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous. »⁹³⁸ En bref, le régime s'assouplit encore plus : il appartient désormais à l'acheteur de fixer un délai pertinent selon les situations en l'espèce.

Ensuite, dans le cadre de groupements d'entreprises, un assouplissement procédural peut aussi être identifié sous l'empire du Code de 2006. Précisément, avant ce Code, une fois que la liste des candidatures retenues a été décidée par l'acheteur, en principe la composition d'un candidat ne peut plus être modifiée. Le Code de 2006 a « introduit toutefois un assouplissement limité ». Désormais, « si le groupement apporté la preuve qu'un de ses membres est mis en liquidation judiciaire ou qu'il se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait, il peut demander au pouvoir adjudicateur l'autorisation de continuer à participer à la procédure de passation sans cet opérateur défaillant, en proposant le cas échéant à l'acceptation du pouvoir adjudicateur un ou plusieurs sous-traitants. »⁹³⁹ En bref, le Code de 2006 a fourni une voie procédurale au candidat pour lui permettre de justifier son capacité de continuer l'exécution, et le rejet automatique est alors interdit dans ce cas. Une telle exception a aussi été intégrée dans le décret de 2016, mais avec

936 Stéphane Braconnier, « Le nouveau code des marchés publics – entre responsabilisation et libéralisation », *op.cit.*, numéro 42.

937 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.203.

938 Article 55 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

939 Article 51 du Code des marchés publics de 2006.

un élargissement considérable. Précisément, d’abord, le pouvoir réglementaire a enrichi les cas de recours à une telle exception, en ajoutant à la liste admissible des « cas d’opération de reconstruction de société, notamment de rachat, de fusion ou d’acquisition » ; ensuite, si d’après le Code de 2006, « la substitution du membre défaillant par un nouveau membre (n’était) pas acceptable », le décret de 2016 a clairement enlevé cette limitation, en prévoyant que le groupement « peut demander à l’acheteur l’autorisation de continuer (...) en proposant, le cas échéant, à l’acceptation de l’acheteur, un ou plusieurs nouveaux membres du groupement, sous-traitants ou entreprises liées. »⁹⁴⁰

A part la libéralisation de l’accès des entreprises à la concurrence, en deuxième lieu, la procédure de mise en concurrence se libéralise également notamment pour deux matières plus concrètes : tout d’abord, avec l’évolution des montants du seuil, la marge laissée à l’acheteur pour choisir parmi les procédures de la concurrence disponibles s’élargit considérablement ; et ensuite, au fil de la multiplication des procédures disponibles, les modalités de mise en œuvre de ces nouvelles procédures de la concurrence se libéralisent également.

Tout d’abord, par rapport aux seuils adoptés par le pouvoir réglementaire en France, leur évolution depuis 2001 jusqu’à aujourd’hui a eu pour conséquence de libéraliser de plus en plus les possibilités de choix de l’acheteur parmi les procédures disponibles.

Concrètement, sous l’empire du Code de 2001, « en principe, (les marchés publics) sont passés sous la forme d’appels d’offres. Toutes les autres procédures ne sont que des procédures d’exception, dont l’utilisation dépend soit du montant du marché, soit de son objet. »⁹⁴¹ Le choix laissé à l’acheteur est alors étroitement limité. Ainsi, « à partir du seuil de 200 000 euros HT (ou 130 000 euros), la personne publique ne peut utiliser que la procédure de l’appel d’offres, à moins de se trouver dans les conditions d’utilisation d’une des onze

940 Article 45 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

941 Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, *op.cit.*, p 189.

possibilités de marché négocié prévues par le nouveau code »⁹⁴², c'est-à-dire par le Code de 2001. Néanmoins, le Code de 2004 a brisé ce plan stéréotypé, en prévoyant une dérogation importante : « les marchés de travaux dont le montant est compris entre 230 000 euros HT et 5.9 M euros HT donnent lieu, au choix de la personne responsable du marché, soit à un appel d'offres dispensé de publicité communautaire, soit à un marché négocié avec publicité et mise en concurrence, soit à une procédure de dialogue compétitif, à laquelle l'acheteur public peut, dans ce cas, recourir librement. »⁹⁴³ En même temps, dans le cadre d'allotissements, l'acheteur bénéficie désormais d'une autre libéralisation sur le choix de procédure, puisqu'il est « possible de conclure des marchés en appliquant la procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000 euros HT dans le cas de marchés de fournitures et de services et dans le cas de marchés de travaux, dont le montant est inférieur à 5.9 M euros HT. » Une telle dérogation se bornait autrefois aux marchés de travaux, le Code de 2004 l'a donc généralisée aux marchés de fournitures et de services. De plus, dans le cadre des marchés de travaux, une nouvelle dérogation de même nature apparaît : si le montant d'un marché de travaux atteint 5.9 M euros HT, « il est possible de conclure des marchés passés selon une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 1 M euros HT. »⁹⁴⁴

Néanmoins, sous l'empire du Code de 2004, en dépit de ces dérogations, la procédure de l'appel d'offres reste la procédure de droit commun. Si l'adoption du Code de 2006 n'a pas fait évoluer ce statut, une série de décrets de décembre 2008 a entraîné en fait « une refonte importante » : désormais, avec notamment le relèvement des seuils, « la procédure adaptée est (...) clairement placée au centre de l'achat public. »⁹⁴⁵ Le point le plus considérable consiste à fortement libéraliser le choix de la procédure en matière des marchés de travaux.

942 Michel Guibal, « Décret n°2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p.2.

943 Stéphane Braconnier, « Le nouveau code des marchés publics – entre responsabilisation et libéralisation », *op.cit.*, numéro 22.

944 *Ibid.*, numéro 8.

945 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (3^e édition), Le Moniteur 2009, p.239.

Précisément, avec la disparition du seuil de 206 000 euro HT, tous les marchés de travaux inférieurs à 5 150 000 euros HT sont désormais soumis à la procédure adaptée⁹⁴⁶ : la passation de « la très grande majorité » des marchés de travaux est ainsi dispensée d'une procédure formalisée.⁹⁴⁷ La limite imposée à l'acheteur sur le choix de procédure est alors presque totalement disparu.

La libéralisation du choix de l'acheteur parmi les procédures s'articule naturellement avec la multiplication des procédures disponibles prévues par le droit des marchés publics. Et effectivement, depuis l'adoption du Code des marchés publics de 2004, les procédures de passation se multiplient considérablement, mais l'évolution la plus profonde est que toutes ces nouvelles procédures se caractérisent essentiellement par leur nature négociée, inscrite dans leurs modalités de mise en œuvre.

Précisément, en transposant la directive de 2004, le Code de 2004 a reconstruit l'ancienne procédure de l'appel d'offres sur performance, en l'assouplissant particulièrement, à une nouvelle procédure de dialogue compétitif.⁹⁴⁸ Cette procédure est censée, selon un auteur, être « mi-chemin entre l'appel d'offres et la procédure négociée ». Alors, une logique de négociation s'inscrit naturellement en son sein. Effectivement, selon les modalités de mise en œuvre de cette procédure, son apport essentiel tient en fait à la possibilité de dialogue entre l'acheteur et les candidats : avant de déposer les offres définitives, les candidats formulent des propositions pour dialoguer avec l'acheteur, visant à satisfaire ses besoins. Par un tel processus de dialogue, l'acheteur peut ainsi affiner ses besoins théoriques par rapport à la réalité du marché.⁹⁴⁹ Le Code de 2006 a repris cette logique de négociation en insistant particulièrement sur le fait que « tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les

946 Stéphane Braconnier, « Droit des marchés publics : l'âge de la maturité », *op.cit.*, numéro 37.

947 *Ibid.*, numéro 37.

948 Stéphane Braconnier, « Le nouveau code des marchés publics – entre responsabilisation et libéralisation », *op.cit.*, numéro 50.

949 *Ibid.*, numéro 50.

candidats sélectionnés. »⁹⁵⁰ Cette même disposition a été récemment intégrée au décret de 2016.⁹⁵¹

Par ailleurs, la procédure adaptée constitue une autre procédure innovante issue du Code de 2004. En effet, le Code est resté muet sur ses modalités de mise en œuvre, il se borne à « préciser que celles-ci doivent être adaptées à l'objet et aux caractéristiques des marchés. » Mais c'est justement cette nature adaptée qui caractérise parfaitement l'essentiel de cette procédure. Précisément, « il appartient à la personne en charge du marché de définir elle-même les modalités de publicité et de mise en concurrence, en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché à passer. »⁹⁵² Il s'agit donc d'un cadre juridique très libéral au niveau formel et procédural : il est ainsi aisé comprendre que « la négociation est (...) un élément central de la procédure adaptée. » Plus concrètement, la négociation « peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix »⁹⁵³, à la seule condition de « respecter les principes fondamentaux qui s'appliquent à tout achat public quel que soit son montant » « ces principes sont la transparence et le libre accès à la commande publique. »⁹⁵⁴ Même si le Code de 2006 a ajouté ou éclairé quelques contraintes pesant sur la mise en œuvre de cette procédure : par exemple, si l'acheteur s'est référé expressément à une procédure formalisée, il est tenu d'en appliquer l'ensemble des modalités prévues par le texte : un auteur a bien indiqué que « le Code de 2006 dispense clairement, à l'inverse du Code de 2004, les acheteurs de toutes (les autres) obligations, préservant à ces derniers un espace de plus grande liberté et, partant, de plus grande réactivité. »⁹⁵⁵ Une telle attitude très libérale a reprise par le décret de 2016, qui prévoit que l'acheteur « détermine librement les modalités (de cette procédure) en

950 Article 67 du Code des marchés publics de 2006.

951 Article 76 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

952 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), *op.cit.*, p.331.

953 *Ibid.*, p.334.

954 Jérôme Grand D'Esnon, « La réforme du code des marchés publics », *D.* 2003, Chron., p.2019.

955 Stéphane Braconnier, « Le nouveau code des marchés publics – achèvement d'un cycle ou amorce de futures évolutions ? », *op.cit.*, numéro 68.

fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérations économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. »⁹⁵⁶ Le recours à la négociation dans sa mise en œuvre reste donc toujours possible, sauf si, comme nous l'avons déjà vu, l'acheteur se réfère expressément à une des procédures formalisées.

Enfin, une autre procédure nouvelle, issue de la directive de 2014, a également été consacrée par l'ordonnance de 2015 et le décret de 2016 : il s'agit de la procédure concurrentielle avec négociation, qui remplace en fait l'ancienne procédure négociée après publicité préalable et mise en concurrence. En comparant ces deux procédures, on voit que, loin d'être un simple changement de terminologie, l'adoption de la procédure concurrentielle avec négociation prouve effectivement l'importance croissante de la procédure négociée.

D'un côté, il ne s'agit plus d'une procédure de passation exceptionnelle, mais plutôt de l'une des procédures de droit commun, sachant que les cas où l'acheteur peut recourir à cette procédure ont été substantiellement élargis, notamment parce qu'ils ne sont plus réservés à des cas restreints et exceptionnels.⁹⁵⁷

En témoigne, tout d'abord, le fait que l'acheteur peut désormais avoir recours à cette procédure dans trois nouveaux cas qui n'ont pas été mentionnés dans le Code de 2006. Il s'agit premièrement du cas où « le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles »⁹⁵⁸ et deuxièmement de la situation où « le besoin consiste en une solution innovante »⁹⁵⁹, et enfin du cas où « le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent. »⁹⁶⁰ Et ensuite,

956 Article 27 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

957 Marion Ubaud-Bergeron, « La négociation », *op.cit.*, numéro 11.

958 Article 25, II, 1° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

959 Article 25, II, 2° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

960 Article 25, II, 4° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

pour la prestation du service, comme sa conception, le Code de 2006 exigeait cumulativement que « les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres. »⁹⁶¹ Mais d'après le décret de 2016, l'acheteur peut désormais avoir recours à cette procédure soit « lorsque le marché public comporte des prestations de conception »⁹⁶² soit « lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante ».⁹⁶³

D'un autre côté, cette procédure est désormais mise sous la catégorie de « procédures formalisées », donc ses modalités de mise en œuvre, restant évidemment très souple pour que la négociation puisse être effectuée, sont toutefois beaucoup moins anarchiques à l'égard du régime ancien de la négociation après publicité préalable et mise en concurrence.

Pour l'essentiel, par rapport à la modalité de sa mise en œuvre, la nouvelle procédure a singulièrement renforcé les règles autour les offres finales sur les concurrences après la négociation. Concrètement, le pouvoir réglementaire a tout d'abord souligné que les offres initiales et toutes les offres ultérieures peuvent faire l'objet de négociation, mais « à l'exception des offres finales »⁹⁶⁴. Il a ensuite imposé que « dans la phrase finale de négociation, le nombre d'offres restant à négocier doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle »⁹⁶⁵. Au contraire, sous l'empire du Code de 2006, on ne règle que les candidats admis à négocier, « leur nombre ne peut être inférieur à trois. »⁹⁶⁶ Enfin, l'acheteur doit informer par écrit « de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de la consultation », afin de permettre aux candidats restants de déposer

961 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), op.cit., p.337-338.

962 Article 25, II, 3^o du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

963 Article 25, II, 5^o du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

964 Article 73, I, du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

965 Article 73, II, du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

966 Stéphane Braconnier, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), op.cit., p.342.

leurs offres finales dans un délai suffisant et identique.⁹⁶⁷

En fin de compte, nous pouvons clairement retenir que, aux yeux du pouvoir réglementaire, la procédure concurrentielle avec négociation n'est plus une procédure marginale, mais qu'elle se trouve désormais sur la scène principale.

§2. Le régime de passation libéralisé en Chine

En comparant avec le régime de passation en France, le régime de passation en Chine a aussi fait l'objet d'un mouvement de libéralisation exogène, même si, comme nous allons le démontrer ci-après, le niveau de la libéralisation exogène en Chine reste moins développé qu'en France. Concrètement, il convient tout d'abord d'analyser la simplification en Chine du régime d'organisation de l'acheteur pour effectuer l'achat, et ensuite de présenter l'assouplissement en Chine des procédures d'attribution des marchés publics.

1. Le régime simplifié d'organisation de l'acheteur

En ce qui concerne le régime d'organisation de l'acheteur pour effectuer l'achat, nous pouvons identifier la simplification à la fois dans l'organisation interne de l'acheteur et dans l'organisation entre l'acheteur et l'organisme de commissionnaire. Il faut rappeler ici que l'organisme de commissionnaire joue un rôle essentiel dans la mise en œuvre des achats publics. La relation de l'acheteur avec lui mérite donc d'être analysée de façon spécifique.

a. L'organisation interne de l'acheteur

Dans le premier Titre, nous avons déjà expliqué que, concernant l'organisation interne de l'acheteur en Chine, il existe une dissociation entre les organes qui signent les contrats de marché public et ceux qui décident des objets des marchés publics. Les premiers concernent naturellement les acheteurs, et les seconds désignent généralement les services des finances publiques. Une telle structure de dissociation, témoignant évidemment d'une méfiance envers

⁹⁶⁷ Article 73, III, du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

les acheteurs, a pour l'objectif, comme nous l'avons déjà vu, d'assurer l'économie du prix et l'intégrité publique. Néanmoins, ceci a aussi abouti à un régime très réglementé concernant l'organisation permettant d'effectuer l'achat.

En vue de simplifier une telle organisation, et donc de laisser plus de liberté à l'acheteur lui-même pour définir les objets d'achat, le décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics a introduit une réforme importante. Précisément, il a posé que les programmes d'achat préparés par les acheteurs ne sont plus nécessairement ratifiés par les services des finances publiques. Désormais, les seules obligations pesant sur les acheteurs sont d'un côté de bien préparer les programmes d'achat d'après les catalogues d'achat centralisé et les seuils, dans le respect du budget final décidé par les services des finances publiques, et d'un autre côté de transmettre ces programmes d'achat aux services des finances publiques en leur permettant de les archiver.⁹⁶⁸ En bref, il appartient désormais à l'acheteur lui-même de définir les objets d'achat, compétence réservée autrefois aux services des finances publiques : la dissociation précitée a donc désormais disparu.

L'objectif profond de cette réforme est, en citant la remarque du vice-ministre des finances publiques, d'« exiger la responsabilisation de l'acheteur sur la définition de ses besoins »⁹⁶⁹ En bref, l'idée sous-jacente ici est qu'une libéralisation des compétences exercées par l'acheteur doit se doubler de sa responsabilisation. L'objet ultime est donc pour l'essentiel de former un caractère d'autonomie pour tous les acheteurs : ils disposent désormais d'une liberté d'agir, en contrepartie ils doivent alors assumer la responsabilité corrélative. Evidemment, ce n'est pas une tâche facile que l'on peut complètement achever d'un seul coup. Afin d'élever pas à pas le caractère d'autonomie de chaque acheteur, le pouvoir réglementaire a donc pris encore deux séries de mesures, que nous allons présenter

968 Article 29 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 29 条。).

969 LIU Kun, « Approfondir les réformes et Réaliser l'innovation institutionnelle, créer la nouvelle situation pour la réglementation des marchés publics », *op.cit.*, p.55.

ci-après.

En premier lieu, malgré la destitution de la compétence de ratifier les programmes d'achat réservée d'autrefois aux services des finances publiques, ces services se voient cependant attribuer de nouvelles missions d'assistance. Précisément, désormais « les services des finances publiques sont tenus d'assister les services fonctionnels dans la préparation de leur programme d'achat ». Il s'agit au minimum d'une assistance sur les méthodes de préparation des programmes d'achat et aussi, le cas échéant, sur les questions juridiques corrélatives.⁹⁷⁰ En bref, on laisse librement les acheteurs eux-mêmes préparer leurs programmes d'achat, mais les services des finances publiques vont les accompagner en assistant leur préparation, ou en d'autres termes, en enseignant les techniques de préparation.

En second lieu, le ministère des finances publiques exige depuis 2013 de tous les acheteurs la construction en leur sein d'une structure de contrôle intérieur. Un arrêté ministériel n°21 de 2012 spécifique pour la mise en œuvre est entré en vigueur depuis le 1 janvier 2014. Selon lequel, une telle structure de contrôle intérieur a pour objectif de « prémunir et maîtriser tous les risques résultant éventuellement des activités économiques »⁹⁷¹ menées par les pouvoirs publics, et une telle structure doit être construite au sein de tous les organes étatiques, les associations comme les organes de partis politiques et les établissements publics.⁹⁷² Dans ce document, le ministère des finances publiques a même proposé plusieurs mesures ou méthodes ayant pour effet de concrétiser cette structure : 1° construire au sein de chaque acheteur un système de « checks and balances » entre les postes ou les services importants ; 2° établir les systèmes de délibération collective et de

970 Trésor Public, Bureau des affaires des marchés publics, Direction des affaires juridiques du ministère des finances publiques, Direction des finances et d'économie du bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l'Etat, *op.cit.*, p.101.

971 Article 3 de l'arrêté ministériel n°21 de 2012 relative aux régime temporaire de la structure de contrôle intérieur pour l'établissement public (2012 年 11 月 29 日财会[2012]21 号《行政事业单位内部控制规范（试行）》第 3 条。)

972 Article 2 de l'arrêté ministériel n°21 de 2012 relative aux régime temporaire de la structure de contrôle intérieur pour l'établissement public (2012 年 11 月 29 日财会[2012]21 号《行政事业单位内部控制规范（试行）》第 2 条。)

contresignature pour trancher toutes les questions importantes ; 3° créer des groupes de travail interservices en fonction de sujets différents pour diriger toutes les affaires économiques concrètes dans lesquelles l'acheteur est impliqué; 4° établir un système de recensement régulier et quotidien sur les biens possédés par l'acheteur ; 5° durcir les contraintes du budget public sur toutes les activités de l'acheteur etc.⁹⁷³ Après cela, nous sommes en fait incités à penser que l'idée essentielle ici est de pousser l'acheteur à apprendre une autodiscipline, qui doit donc généralement être assurée par une structure de contrôle intérieur.

Jusqu'ici, une question devrait se poser : est-ce que ces deux séries de mesures précitées ont un caractère réglementaire, donc témoignent d'un recul de la libéralisation exogène ? Pour nous, la réponse doit être négative, pour les deux raisons suivantes.

Premièrement, le contenu des mesures concrètes que nous avons mentionnées précédemment est par nature purement de conseil, il ne s'agit donc pas d'une réglementation au sens contraignant du terme. Par exemple, le ministère des finances publiques n'a pas imposé une structure standard pour tous les acheteurs, en revanche, l'arrêté ministériel a expressément prévu que « tous les acheteurs et les services fonctionnels doivent, en vertu du présent texte, établir des structures de contrôle intérieur correspondant aux traits caractéristiques de chacun. »⁹⁷⁴ Même lorsqu'il énumère les mesures concrètes, le texte n'a pas donné à ces mesures une nature d'obligation juridique, au contraire, il a juste posé qu'« il y a des mesures généralement utilisées pour réaliser le contrôle intérieur : (...). »⁹⁷⁵ Les propos cachés à la suite devraient être : « les acheteurs sont libres de choisir en leur sein les mesures pertinentes en fonction de leurs propres particularités. »

973 Article 12 de l'arrêté ministériel n°21 de 2012 relative aux régime temporaire de la structure de contrôle intérieur pour l'établissement public (2012 年 11 月 29 日财会[2012]21 号《行政事业单位内部控制规范（试行）》第 12 条。)

974 Article 7 de l'arrêté ministériel n°21 de 2012 relative aux régime temporaire de la structure de contrôle intérieur pour l'établissement public (2012 年 11 月 29 日财会[2012]21 号《行政事业单位内部控制规范（试行）》第 7 条。)

975 Article 12 de l'arrêté ministériel n°21 de 2012 relative aux régime temporaire de la structure de contrôle intérieur pour l'établissement public (2012 年 11 月 29 日财会[2012]21 号《行政事业单位内部控制规范（试行）》第 12 条。)

Deuxièmement, le but de ces séries de mesure n'est pas de réglementer l'acheteur dans ses relations avec l'extérieur. En revanche, comme nous l'avons déjà indiqué, elles sont destinées soit à assister l'acheteur en l'accompagnant et en le formant, soit à l'aider à établir une autodiscipline. Avec une telle initiative beaucoup plus souple, évidemment on ne peut pas parler de mesures à caractère réglementaire. En effet, toutes ces mesures se présentent plutôt comme les procédés de tutelle, dont le but ultime est pour l'essentiel d'aider les acheteurs à parvenir à la maturité.

En fin de compte, par rapport au mouvement chinois de simplification de l'organisation interne des acheteurs, nous pouvons constater deux aspects différents mais étroitement interdépendants : en premier lieu, le pouvoir réglementaire a directement libéralisé la situation de l'acheteur en lui confiant la compétence de définir librement les objets d'achat, par conséquent, l'autonomie de l'acheteur se renforce considérablement ; néanmoins, on demande généralement au titulaire d'une telle autonomie d'être assez mature, donc, en second lieu, dans le contexte où l'on suppose que l'acheteur manque encore de maturité, deux séries de mesures complémentaires ont été prises, pour les aider à parvenir à cette maturité. Evidemment, le pouvoir réglementaire en Chine tient à bien coordonner ces deux aspects, en vue d'assurer que l'acheteur soit désormais capable de bien profiter de la liberté attribuée.

b. L'organisation entre l'acheteur et l'organisme de commissionnaire

Comme nous l'avons déjà vu dans le premier Titre, la relation juridique des marchés publics en Chine ne se borne pas à une relation bilatérale entre l'acheteur et le prestataire. Une autre partie, l'organisme de commissionnaire, joue également un rôle essentiel.⁹⁷⁶ C'est la raison pour laquelle l'organisation entre l'acheteur et l'organisme de commissionnaire constitue aussi un élément essentiel qui mérite d'être analysé spécialement. Nous allons constater ci-dessous que, comme l'organisation interne de l'acheteur, l'organisation entre ce dernier et l'organisme de commissionnaire a été également affectée par le mouvement de

976 Article 15 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 14 条。).

simplification et de libéralisation.

Avant tout, il convient de distinguer, parmi les organismes de commissionnaire, les centrales d'achat centralisé et les organismes de commissionnaire sociaux. Nous allons voir que la catégorie des organismes de commissionnaire se compose en fait de ces deux entités, qui se distinguent cependant sur quelques points : les centrales d'achat centralisé sont établies par le pouvoir public, et revêtent un statut d'établissement public, elles sont en fait destinées spécifiquement à mettre en œuvre les achats enregistrés dans les catalogues d'achat centralisé⁹⁷⁷ ; à la différence, les organismes de commissionnaire sociaux sont des organes situés en dehors des pouvoirs publics, ils se chargent de mettre en œuvre les achats qui n'ont pas été enregistrés dans les catalogues d'achat centralisé, ou rendent service à l'acheteur qui n'a pas établi son propre centrale d'achat centralisé.⁹⁷⁸

Ci-après, nous allons analyser tout d'abord la relation entre l'acheteur et les centrales d'achat centralisé, et ensuite la relation entre l'acheteur et les organismes de commissionnaire sociaux.

En premier lieu, en ce qui concerne le centrale d'achat centralisé, sa relation avec l'acheteur évolue davantage et se traduit par des caractéristiques différentes à des stades différents.

Précisément, dans la préparation de la législation antérieure à 2003, le principe était d'assurer au centrale d'achat centralisé un statut indépendant.⁹⁷⁹ Un tel principe est intitulé « la dissociation de l'organe de réglementation et l'organe de mise en œuvre (管办分离) »⁹⁸⁰. Cela signifie que le centrale d'achat centralisé, en tant qu'organe de mise en œuvre de l'achat,

977 Articles 16 et 18 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 16、18 条。).

978 Articles 18 et 19 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 18、19 条。).

979 ZHU Shaohua, *op.cit.*, p.11.

980 XIAO Jie, « Insister le style pratique de travail et rester dynamique pour créer une nouvelle situation de la réforme en matière de marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°1 2005, p.5 (肖捷, “求真务实奋力进取开创政府采购制度改革新局面”, 《中国政府采购》2005 年第 1 期, 第 5 页。).

doit rester indépendant à l'égard des services des finances publiques, qui sont consacrés comme l'organe chargé de réglementer toutes les affaires relatives aux marchés publics. L'objectif est évidemment d'assurer l'impartialité de ces deux organes. Dans le prolongement de cette idée, on peut même estimer qu'une indépendance pareille sera aussi consacrée dans la relation entre le centrale d'achat centralisé et l'acheteur.

Sur ce point, le texte de la loi de 2003 est cependant ambigu : si l'on analyse l'article 19 en connexion avec l'article 20 de la loi de 2003, il semble tout de suite que le législateur souhaite distinguer le centrale d'achat centralisé de l'organisme de commissionnaire, et exiger seulement de ce dernier la conclusion un contrat de commission avec l'acheteur. Par conséquent, ceci nous conduit à penser que la relation entre l'acheteur et le centrale d'achat centralisé ne se présente pas forcément comme une relation contractuelle. En fait, cette approche d'interprétation peut s'appuyer sur l'article 18 de la loi de 2003 : « l'acheteur est obligé de confier au centrale d'achat centralisé les affaires de commission des achats enregistrés dans la catalogue d'achat centralisé. »⁹⁸¹ Une telle commission obligatoire semble être incompatible avec une relation contractuelle.

Cette interprétation domine effectivement l'exécution de la loi de 2003. De plus, au fur et à mesure, certains auteurs proposent de confirmer expressément l'existence d'une relation administrative entre l'acheteur et le centrale d'achat centralisé, en attribuant à ce dernier une série de compétences administratives.⁹⁸² Néanmoins, cette proposition a été clairement rejetée dans la préparation du décret d'application de 2015. A travers ce dernier, le pouvoir réglementaire a adopté un point de vue différent, selon lequel la relation entre l'acheteur et le centrale d'achat centralisé doit être une relation contractuelle. En témoigne l'article 12 de ce décret, qui déclare expressément que « l'organisme de commissionnaire défini dans la loi

981 Article 18 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 18 条。).

982 Trésor Public, Bureau des affaires des marchés publics, Direction des affaires juridiques du ministère des finances publiques, Direction des finances et d'économie du bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l'Etat, *op.cit.*, p.44.

relative aux marchés publics désigne les centrales d'achat centralisé et les autres organismes de commissionnaires. »⁹⁸³ Cette disposition a en fait éliminé l'ambiguïté liée antérieurement à l'article 20 de la loi de 2003, qui impose que tous les organismes de commissionnaire doivent conclure un contrat de commission avec l'acheteur. Alors, d'après l'article 12 du décret, le centrale d'achat centralisé, en tant que type d'organisme de commission, est désormais obligée de conclure un contrat de commission avec l'acheteur. Une relation contractuelle entre les deux est donc clairement confirmée.

Il ne s'agit pas en réalité d'un revirement totalement imprévu. Depuis 2009, une circulaire publiée par le Conseil des affaires de l'Etat avait déjà diffusé l'idée de libéraliser la relation entre l'acheteur et le centrale d'achat centralisé. Précisément, elle a déclaré qu'« il convient d'introduire la concurrence dans les affaires de commission confiées aux centrales d'achat centralisé, et de changer la situation actuelle dans laquelle les centrales d'achat centralisé sont strictement attachées au système de subordination administrative, et de laisser l'acheteur à choisir librement les centrales d'achat centralisé situées dans la région où l'acheteur se trouve. L'objectif est de former une concurrence effective dans les affaires de commission confiées aux centrales d'achat centralisé. »⁹⁸⁴

En bref, aux yeux du pouvoir réglementaire, le modèle idéal concernant la relation entre ces deux entités doit être une relation essentiellement contractuelle, s'inscrivant particulièrement dans une circonstance concurrentielle entre tous les centrales d'achat centralisé. Dans ces conditions, le changement introduit par le décret d'application de 2015 est alors aisé à saisir.

En second lieu, en ce qui concerne les organismes de commission sociaux, le législateur

983 Article 12 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令第 658 号《政府采购法实施条例》第 12 条。).

984 Point 2 de la circulaire n°35 de 2009 des avis relatives à l'amélioration de la réglementation des affaires des marchés publics (2009 年 4 月 10 日国办发[2009]35 号《关于进一步加强政府采购管理工作的意见》第 2 点。).

de 2003 a déjà clairement consacré, comme nous l'avons déjà vu dans l'article 20 de la loi de 2003, une relation contractuelle avec l'acheteur. D'ailleurs, nous allons encore constater que, à partir de l'adoption de la loi de 2003, le législateur et le pouvoir réglementaire ont continuellement pris trois séries de mesure destinées à approfondir la libéralisation de la relation entre les acheteurs et les organismes de commission sociaux.

Tout d'abord, la première série de mesures concerne la déréglementation de la qualification des organismes de commissionnaire sociaux. Comme nous l'avons déjà expliqué dans le premier Titre, sous l'empire de la loi de 2003, les organismes de commissionnaire sociaux sont soumis à un cadre juridique très réglementé. Schématiquement, pour qui souhaite accéder à des affaires des marchés publics, il faut déposer une demande devant le service des finances publiques, qui va vérifier l'aptitude du demandeur en fonction de conditions expressément énumérées, liées notamment au montant de son capital social, aux effectifs employés etc. Cependant, depuis 2014, un tel régime d'autorisation préalable et de qualification a été entièrement supprimé par le législateur.⁹⁸⁵ Très vite, une circulaire d'application est publiée par le ministère des finances publiques, en prévoyant que depuis le 1 janvier 2015 tous les organismes de commissionnaire qui souhaitent travailler dans le domaine des marchés publics peuvent directement s'enregistrer par internet auprès de tous les services des finances publiques.⁹⁸⁶ Cette circulaire a particulièrement souligné que, ces démarches d'enregistrement seront effectuées gratuitement et avec aucun contrôle préalable.⁹⁸⁷ En bref, dès lors, la réglementation encadrant l'accès et la qualification des

985 La résolution du 31 août 2014 du comité permanent de l'ANP relative à la révision des cinq lois (2014 年 8 月 31 日 «全国人民代表大会常务委员会关于修改中华人民共和国保险法等五部法律的决定»。).

986 La circulaire n°122 de 2014 relative à l'articulation des enregistrements des commissionnaires après l'annulation de l'obligation d'obtenir la qualification administrative (2014 年 9 月 26 日财库[2014]122 号《财政部关于做好政府采购代理机构资格认定行政许可取消后相关政策衔接工作的通知》。).

987 Point 2 de la circulaire n°122 de 2014 relative à l'articulation des enregistrements des commissionnaires après l'annulation de l'obligation d'obtenir la qualification administrative (2014 年 9 月 26 日财库[2014]122 号《财政部关于做好政府采购代理机构资格认定行政许可取消后相关政策衔接工作的通知》第二点。).

organismes de commissionnaire est définitivement enlevée. Désormais, l'accès des organismes de commissionnaire est devenu évidemment plus libéral. Ceci va entraîner par nature une concurrence plus effective entre tous ces organismes de commissionnaire dans les affaires de commission d'achat. Dans ces conditions, la relation entre l'acheteur et les organismes est susceptible de se libéraliser encore plus.

Ensuite, dans le même ordre d'idées, le ministère des finances publiques encourage les organismes de commissionnaires sociaux à explorer leurs propres spécialités, afin d'effectuer la compétition s'appuyant sur leurs avantages comparatifs.⁹⁸⁸ Une telle proposition est évidemment favorable au renforcement de l'effectivité de la concurrence entre les organismes. De plus, ceci est aussi bénéficiaire pour l'acheteur, puisqu'il est désormais en mesure d'obtenir plus facilement les meilleurs services de commission d'achat. Tout cela illustre bien une logique liée étroitement à l'idéologie néolibérale. Et par-là, de toute évidence, les pouvoirs publics en Chine comprennent profondément les avantages pouvant être apportés par la compétition libérale.

Enfin, de même, les pouvoirs publics en Chine comprennent également le caractère indispensable de l'autodiscipline pour un joueur sur le marché. Comme dans le cas précédent concernant l'acheteur, le pouvoir réglementaire a également imposé aux organismes de commissionnaire d'établir en leur sein une structure de contrôle intérieur, en vue de favoriser une autodiscipline pour chaque organisme de commissionnaire.⁹⁸⁹ En effet, une telle obligation juridique est issue de l'article 13 du décret d'application de 2015, et en vertu de cet article, elle s'applique à la fois aux centrales d'achat centralisé et aux organismes de commissionnaire sociaux. Néanmoins, il convient de rappeler ici que l'étendue de la portée juridique résultant de cette obligation est sensiblement différente pour ces deux sortes

988 LIU Kun, « Approfondir les réformes et Réaliser l'innovation institutionnelle, créer la nouvelle situation pour la réglementation des marchés publics », *op.cit.*, p.56.

989 Article 13 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号 《政府采购法实施条例》第 13 条。).

d'entités, en raison notamment de leurs statuts distincts comme nous l'avons déjà mentionné, le centrale d'achat centralisé est un établissement public, il doit donc se soumettre à l'application de l'arrêté ministériel n°21 2012 visant la construction d'une structure de contrôle intérieur.⁹⁹⁰ Toutefois, l'organisme de commissionnaire social n'est qu'une société normale, ayant un statut de personne privée : il se trouve alors en dehors du champ d'application de cet arrêté. Une telle différence conduit ainsi à une conséquence singulière : même si l'organisme de commissionnaire social est obligé par le décret d'application de 2015 d'établir une structure de contrôle intérieur, il est presque totalement libre de déterminer les modalités concrètes de sa constitution. Au contraire, le centrale d'achat centralisé est quand même dans certaine mesure encadré.

En somme, nous pouvons constater que, la relation entre l'acheteur et l'organisme de commissionnaire se libéralise davantage. Notamment, depuis l'adoption du décret d'application de 2015, ces deux entités coopèrent intégralement à travers un contrat de commission, se basant donc complètement sur une relation contractuelle. De plus, l'organisation d'un marché concurrentiel entre tous les organismes de commissionnaire a encore stimulé la libéralisation d'une telle relation entre l'acheteur et l'organisme de commissionnaire.

2. Le régime assoupli d'attribution des marchés publics

Comme c'est le cas en France, le régime d'attribution des marchés publics en Chine s'assouplit davantage, notamment après 2013. Néanmoins, il faut admettre que, sur le régime d'attribution des marchés publics, l'étendue de l'influence de la libéralisation exogène reste quand même relativement limitée. Par exemple, comme nous l'avons déjà indiqué dans le premier Titre, le régime de publicité demeure très réglementé même après 2013, voire, sur quelques points, la nature réglementée a encore été renforcée, comme pour le régime de

⁹⁹⁰ Arrêté ministériel n°21 de 2012 relative aux régime temporaire de la structure de contrôle intérieur pour l'établissement public (2012 年 11 月 29 日财会[2012]21 号《行政事业单位内部控制规范（试行）》。).

l'accès des entreprises à la concurrence. Au contraire, les procédures de concurrence dans la passation des marchés publics ont été considérablement assouplies, illustrant ainsi parfaitement le mouvement de libéralisation exogène dans cette matière. Ci-dessous, nous allons les analyser concrètement.

Jusqu'à aujourd'hui, la procédure d'appel d'offres demeure en Chine la procédure de droit commun pour l'attribution des marchés publics. Néanmoins, il faut noter que, d'un côté, ce statut de droit commun est en train d'être ébranlé, en laissant graduellement place à d'autres procédures à caractère négocié, et d'un autre côté, même pour la procédure d'appel d'offres, nous pouvons aussi identifier un indice d'assouplissement. Ci-après, on va regarder tout d'abord la libéralisation de la procédure de l'appel d'offres, et ensuite la libéralisation des autres procédures de passation.

a. La libéralisation de la procédure de l'appel d'offres

La libéralisation de la procédure de l'appel d'offres en Chine a eu lieu principalement à l'étape du choix de l'offre. Comme nous l'avons déjà vu, la loi de 2003 n'a pas défini la méthode concrète d'évaluation des offres, c'est l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services qui a établi les méthodes d'évaluation dans le cadre de la procédure de l'appel d'offres. Dans le premier Titre de la présente thèse, nous avons déjà vu que le pouvoir réglementaire a imposé minutieusement trois méthodes d'évaluation concrète, il s'agit des méthodes du « prix le plus bas (最低评标价法) », de « notation synthétique (综合评分法) » et du « rapport qualité-prix (性价比法) ». D'après cet arrêté ministériel, le pouvoir réglementaire a imposé à la fois les critères concrets pour chaque méthode et les pondérations pour chaque critère. En bref, il s'agit d'un régime très réglementé.

Néanmoins, le décret d'application de 2015 a bien montré l'intention d'affaiblir la nature réglementée attachée à la procédure de l'appel d'offres. Concrètement, en premier lieu, l'article 34 du décret a supprimé la méthode du « rapport qualité-prix », et donc ne garde que

les méthodes du « prix le plus bas » et de « notation synthétique ».⁹⁹¹ La raison de cette suppression tient au fait que le pouvoir réglementaire préfère intégrer désormais la méthode de « rapport qualité-prix » dans celle de « notation synthétique »⁹⁹², par-là, le régime d'attribution a donc bien été simplifié. En second lieu, en ce qui concerne les méthodes de « prix le plus bas » et « notation synthétique », le pouvoir réglementaire les a également assouplies, en supprimant les critères ou pondérations exigés auparavant. Désormais, pour la méthode du « prix le plus bas », il faut seulement ordonner en fonction des prix tous les offres remplissant les conditions d'exécution, et choisir ensuite l'offre dont le prix est jugé le moins cher⁹⁹³ ; pour la méthode de « notation synthétique », toutes les exigences relatives aux critères ou pondérations sont désormais supprimées, le pouvoir réglementaire n'a exigé qu'une condition matérielle : « la pondération attribuée au critère doit correspondre à la quantification de ce critère »⁹⁹⁴, et qu'une condition formelle : « pour les critères qui n'ont pas été mentionné dans le document de consultation, l'acheteur ne peut pas les fixer comme les critères d'évaluation des offres. »

En fin de compte, les méthodes d'évaluation des offres sont relativement assouplies et libéralisées après l'adoption du décret d'application de 2015. Même si les autres parties à la procédure d'appel d'offres n'ont pas fait l'objet de modifications majeures dans ce décret, l'assouplissement des méthodes d'évaluation illustre déjà bien la libéralisation croissante de la procédure d'appel d'offres. Un assouplissement plus complet et plus approfondi de cette procédure est susceptible d'être réalisé avec la révision de l'arrêté ministériel n°18 de 2004,

991 Article 34 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号 《政府采购法实施条例》第 34 条。) .

992 Trésor Public, Bureau des affaires des marchés publics, Direction des affaires juridiques du ministère des finances publiques, Direction des finances et d'économie du bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l'Etat, *op.cit.*, p.123.

993 *Ibid.*, p.120.

994 Article 34 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号 《政府采购法实施条例》第 34 条。) .

dont les travaux de préparation sont justement en cours.

b. La libéralisation des autres procédures de passation

La libéralisation des autres procédures de passation se traduit principalement par deux dimensions : tout d'abord, la libéralisation du choix entre l'appel d'offres et les autres procédures, ensuite, la libéralisation des contenus concrets des autres procédures de passation.

En premier lieu, en Chine la procédure de l'appel d'offres demeure, en l'état actuel, la procédure de droit commun en matière des marchés publics. Néanmoins, force est de constater qu'un tel statut est en train d'être ébranlé.

En 2013, l'arrêté ministériel n°74 de 2013 relatif aux procédures de passation des marchés publics autres que l'appel d'offres est publié. Il établit pour la première fois minutieusement les procédures de passation autres que celle d'appel d'offres. L'adoption d'un tel arrêté peut être considérée comme un signe de la promotion de l'emploi de procédures autres que celle de l'appel d'offres.

De façon encore plus claire et plus directe, dans la préparation du décret d'application de 2015, le pouvoir réglementaire a commencé par mettre en évidence les conséquences négatives suscitées par le statut dominant de la procédure de l'appel d'offres. Ainsi, le rédacteur du projet du décret a expliqué que « l'appel d'offres ouvert est sans aucun conteste la procédure dominante à l'état actuel, mais les limites résultant de ses désavantages se présentent de façon de plus en plus évidente. »⁹⁹⁵ Après avoir analysé les proportions d'appels d'offres dans les marchés publics des autres pays, il a conclu que, en Chine, « le statut dominant de la procédure de l'appel d'offres va progressivement s'atténuer. »⁹⁹⁶

Si l'on compare les dispositions du décret d'application de 2015 avec celles de la loi de

995 Trésor Public, Bureau des affaires des marchés publics, Direction des affaires juridiques du ministère des finances publiques, Direction des finances et d'économie du bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l'Etat, *op.cit.*, p.85.

996 *Ibid.*, p.86.

2003, nous pouvons justement identifier un changement d'attitude envers les procédures autres que l'appel d'offres, même si, comme nous allons le montrer, ce changement se manifeste de façon très subtile.

Dans le cadre de la loi de 2003, le recours à la procédure autre que l'appel d'offres est considéré essentiellement comme exceptionnel. En témoigne le fait que le législateur impose dans l'article 27 de la loi de 2003 que « s'il est nécessaire d'employer les procédures autre que l'appel d'offres en raison des circonstances exceptionnelles », l'acheteur doit déposer une demande à des services des finances publiques.⁹⁹⁷ Selon cet article, nous pouvons déduire que, outre les conditions définies par les autres articles concernant les cas permettant de recourir à des procédures autres que celle de l'appel d'offres, le législateur a encore attaché ces procédures à une condition d'existence de « circonstances exceptionnelles », pour justifier le recours à ces procédures. Une telle attitude de mépris envers ces procédures peut encore être confirmée par l'article suivant, donc l'article 28, qui interdit expressément la pratique de subdiviser un marché avec l'intention de le soustraire à l'application de la procédure de l'appel d'offres, sachant que, comme nous l'avons déjà mentionné, la loi de 2003 a imposé un seuil de l'appel d'offre, au-dessus duquel la passation des marchés publics est obligé à être effectuée par cette procédure.

Néanmoins, le mépris envers ces procédures exceptionnelles est relativement atténué dans les dispositions du décret d'application de 2015. Précisément, dans son article 23, le pouvoir réglementaire n'a plus imposé de condition liée à « des circonstances exceptionnelles », en revanche, il a juste énuméré les articles de la loi de 2003 définissant respectivement les cas éligibles où l'acheteur peut recourir à des procédures autres que celle de l'appel d'offres.⁹⁹⁸ Par-là, le caractère exceptionnel attaché à ces procédures est

⁹⁹⁷ Article 27 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 27 条。).

⁹⁹⁸ Article 23 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 23 条。).

subtilement allégé. De plus, l'article 23 du décret d'application de 2015 a encore ajouté un cas permettant de recourir à des procédures autres que celle de l'appel d'offres. Concrètement, le pouvoir réglementaire a prévu que, étant donné « la nécessité de l'exécution des politiques des marchés publics, ainsi que des autres circonstances exceptionnelles », après l'autorisation des services des finances publiques, l'acheteur peut choisir les autres procédures que celle d'appel d'offres. Evidemment, le pouvoir réglementaire a employé une notion juridique très abstraite et difficile à concrétiser. Nous pouvons donc logiquement penser que, au travers de cette notion, le pouvoir réglementaire compte élargir progressivement les possibilités de recours à ces procédures exceptionnelles au regard de celle de l'appel d'offres.⁹⁹⁹

En fin de compte, le statut dominant de la procédure de l'appel d'offres est en train d'être ébranlé, les autres procédures de passation sont devenues en réalité plus accessibles pour l'acheteur. Et, comme nous allons démontrer ci-après, la plupart de ces procédures sont celles à caractère de négociation, de plus, ce caractère de négociation a encore été renforcé depuis 2013.

En second lieu, en ce qui concerne les contenus des procédures de passation autres que celle d'appel d'offres, trois textes juridiques ont été adoptés après 2013. A travers ces textes, les contenus de ces procédures sont effectivement détaillés, et une tendance à la libéralisation peut également être témoinée.

En réalité, la loi de 2003 a seulement établi de façon très abstraite des règles de fonctionnement pour les procédures de passation. Comme nous l'avons déjà mentionné plusieurs fois, les règles concrètes concernant la procédure de l'appel d'offres ont été définies en 2004 par l'arrêté ministériel n°18 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière

999 Trésor Public, Bureau des affaires des marchés publics, Direction des affaires juridiques du ministère des finances publiques, Direction des finances et d'économie du bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l'Etat, *op.cit.*, p.87.

d'achat des fournitures et des services.¹⁰⁰⁰ Mais, il faut attendre l'année 2013 pour que les trois autres procédures posées par la loi de 2003, à savoir la négociation compétitive, l'achat de la source unique et la procédure de demande de prix, sont enfin concrétisées par l'arrêté ministériel n°74 2013 relatif aux procédures de passation des marchés publics autres que l'appel d'offres.¹⁰⁰¹ De plus, un arrêté ministériel publié en 2014 a encore ajouté une nouvelle procédure qui n'a pas été mentionnée dans la loi de 2003, il s'agit de l'arrêté ministériel temporaire n°214 de 2014 relatif à la procédure de passation du dialogue compétitif.¹⁰⁰² Enfin, le décret d'application de 2015 a aussi ajouté quelques points à ces procédures exceptionnelles. Donc, en somme, à travers ces textes, toutes ces quatre procédures autres que celle de l'appel d'offres sont enfin minutieusement encadrées, et sont devenues donc finalement exécutoires.

De plus, il convient de noter que, parmi ces quatre procédures exceptionnelles, il y a trois qui sont plus ou moins attachés à la procédure de négociation : pour le dialogue compétitif et la négociation compétitive, leurs dénominations révèlent déjà leur parenté avec la procédure de négociation ; même pour la procédure de l'achat de la source unique, selon l'article 39 de la loi de 2003, elle désigne « une procédure de l'achat effectuée, sous respect des principes consacrés par la présente loi, à travers la négociation entre deux parties sur un prix raisonnable, à la condition de garantir la qualité de l'objet de l'achat. »¹⁰⁰³ Alors, nous pouvons donc constater que, ce processus lancé depuis 2013 destiné à faire détailler les procédures exceptionnelles peut être, d'un autre angle, requalifié comme un processus de bondissement des procédures à caractère de négociation. Une telle appréciation peut être

1000 Arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年财政部第 18 号令《政府采购货物和服务招标投标管理办法》。).

1001 Arrêté ministériel n°74 de 2013 relatif aux procédures de passation des marchés publics autres que l'appel d'offres (2013 年 12 月 19 日财政部第 74 号令《政府采购非招标采购方式管理办法》。).

1002 Arrêté ministériel temporaire n°214 de 2014 relatif à la procédure de passation du dialogue compétitif (2014 年 12 月 31 日财库[2014]214 号《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》。).

1003 Article 39 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 39 条。).

confirmée par les nouveaux éléments apportés par ces textes aux procédures de négociation compétitive et de dialogue compétitif.

Par rapport à la négociation compétitive, pour l'essentiel, il s'agit d'une procédure dans laquelle l'équipe de négociation, formée par l'acheteur, va négocier à l'avance avec chacun des candidats admis pour raffiner les besoins de l'acheteur ou, le cas échéant, préciser les moyens techniques pour les satisfaire, et ensuite, sur la base de la ou les solutions proposées lors des négociations, les candidats sont invités à déposer leurs offres définitives, qui font l'objet d'une évaluation finale par l'équipe de négociation. L'arrêté ministériel n°74-2013 a minutieusement établi le fonctionnement de cette procédure en suivant le cadre juridique déjà défini par la loi de 2003, notamment, il a renforcé les garanties relatives au traitement égal entre les candidats admis pendant les négociations. Néanmoins, en comparant avec le texte de la loi de 2003, nous pouvons quand même constater un changement subtil, introduit par les textes récents, qui mérite d'être analysé spécialement.

Il s'agit d'un problème concernant la solution, issue des négociations, sur laquelle les candidats vont déposer leurs offres définitives. Concrètement, si, après les négociations, il existe plusieurs solutions pertinentes et tout le monde ne peut pas se mettre d'accord sur l'une ou l'autre, comment les candidats doivent-ils déposer leurs offres définitives ? A cette question, la loi de 2003 n'a pas clairement répondu dans son article 38. Mais l'article 33 de l'arrêté ministériel n°74 2013 a réalisé ce problème et donné une réponse concrète. Il a prévu que, dans les cas où l'acheteur n'est pas en mesure de définir ses demandes et exigences concernant les techniques ou les services, il faut que, après les négociations, les membres de l'équipe de négociation procèdent à un vote pour choisir les solutions proposées par au moins trois candidats, et demandent ensuite à ces candidats de déposer leurs offres définitives sur la base de leurs propres solutions.¹⁰⁰⁴ Une telle réponse a bien pris en compte la réalité du

1004 Article 33 de l'arrêté ministériel n°74 de 2013 relatif aux procédures de passation des marchés publics autres que l'appel d'offres (2013 年 12 月 19 日 财政部第 74 号令《政府采购非招标采购方式管理办法》第 33 条。)

marché concurrentiel, notamment lorsque l'objet de l'achat concerne les matériaux très complexes. La concurrence du marché sera alors bien favorisée par ce changement subtil, puisqu'il encourage pour l'essentiel une concurrence s'appuyant sur les avantages comparatifs de chacun. Le décret d'application de 2015 a repris ce changement dans son article 35, ceci témoigne encore une fois l'importance de ce changement subtil mais significatif.

Néanmoins, ceci nous incite à penser un autre problème éventuel. Il concerne la méthode d'évaluation des offres dans cette procédure. La loi de 2003 a déjà clairement posé que, pour évaluer les offres définitives déposées, l'équipe de négociation convient de comparer les prix proposés dans les offres dont les éléments relatifs à la qualité ou le service sont jugés équivalents. Une telle méthode d'évaluation suppose donc l'existence d'une équivalence entre les offres sur tous les éléments autres que celui de prix ; néanmoins, comme nous l'avons vu, il sera impossible d'identifier une telle équivalence lorsque notamment les solutions proposées par les candidats sont déjà différentes. Alors dans ce cas, comment devons-nous évaluer les offres ?

L'arrêté ministériel n°74 de 2013 et le décret d'application de 2015 ont adopté une solution compromise, en prévoyant que « l'équivalence en matière de la qualité et du service mentionnée (...) dans la loi de 2003, signifie que les éléments concernant la qualité et le service fournis par les offres du prestataire remplissent les exigences matérielles définies par les documents de consultation. »¹⁰⁰⁵ L'arrêté ministériel n°74 de 2013 a encore précisé que « l'équipe de négociation doit sélectionner tout d'abord les offres dont les éléments concernant la qualité et le service remplissent les exigences matérielles définies par les documents de consultation, et doit ensuite mettre en ordre ces offres sélectionnées en fonction des prix proposé »¹⁰⁰⁶, et l'acheteur doit enfin choisir parmi ces offres celle dont le prix est le

1005 Article 37 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 37 条。).

1006 Article 35 de l'arrêté ministériel n°74 de 2013 relatif aux procédures de passation des marchés publics autres que l'appel d'offres (2013 年 12 月 19 日财政部第 74 号令《政府采购非招标采购方式管理办法》第 35 条。)

moins cher.¹⁰⁰⁷ Evidemment, en suivant cette interprétation, dans l'évaluation les avantages compétitifs liés à l'ordre de qualité ou de service n'ont pas été pris en compte en réalité, ceci va inciter donc forcément une distorsion de la concurrence. Néanmoins, il faut aussi admettre que, sur ce point le pouvoir réglementaire ne peut pas aller encore plus loin, sachant que le cadre juridique de la méthode d'évaluation ici est défini directement par le législateur dans la loi de 2003, et le pouvoir réglementaire doit le respecter complètement.

Dans ces conditions, pour contourner cet obstacle, le pouvoir réglementaire a créé une nouvelle procédure, dont le contenu est très proche à celle de la négociation compétitive mais en lui distinguant essentiellement sur la méthode d'évaluation. C'est ainsi la naissance de la procédure du dialogue compétitif.

Le pouvoir réglementaire a en fait sollicité à l'article 26 de la loi de 2003, qui a confié au ministère des finances publiques le pouvoir de créer, lorsqu'il juge nécessaire, les nouvelles procédures de passation autres que celles déjà posées par la loi.¹⁰⁰⁸ Se basant sur cet article, l'arrêté ministériel temporaire n°214 de 2014 relatif à la procédure de passation du dialogue compétitif est ainsi publié. En effet, les contenus de cette procédure sont très proches à l'égard de ceux de la procédure de négociation compétitive, la seule différence majeure consiste à la méthode d'évaluation des offres.

Précisément, l'article 23 de l'arrêté ministériel n°214 de 2014 a adopté la méthode de « notation synthétique » comme la méthode d'évaluation dans la procédure du dialogue compétitif.¹⁰⁰⁹ Ensuite, dans l'article 24, le pouvoir réglementaire a concrètement réglementé les pondérations et la méthode de calcul sur le critère de prix. Par exemple, pour les marchés de fournitures, la pondération pouvant être attribuée au critère de prix est limité entre 30% -

1007 Article 36 de l'arrêté ministériel n°74 de 2013 relatif aux procédures de passation des marchés publics autres que l'appel d'offres (2013 年 12 月 19 日 财政部第 74 号令《政府采购非招标采购方式管理办法》第 36 条。).

1008 Article 26 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 26 条。).

1009 Article 23 de l'arrêté ministériel temporaire n°214 de 2014 relatif à la procédure de passation du dialogue compétitif (2014 年 12 月 31 日 财库[2014]214 号《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》第 23 条).

60% ; pour les marchés de services, la pondération pouvant être attribuée au critère de prix est limitée entre 10% - 30%.¹⁰¹⁰ La logique sous-jacente ici semble être de limiter l'influence du critère de prix, de laisser donc plus de pondération aux critères liés aux autres éléments concernant l'objet de l'achat. Ceci reflète alors parfaitement la logique d'un marché concurrentiel, qui demande, comme nous l'avons mentionné plusieurs fois, la concurrence se basant sur les avantages comparatifs.

En fin de compte, un mouvement de libéralisation des procédures de passation autres que celle de l'appel d'offres peut être clairement identifié en Chine depuis 2013 jusqu'à aujourd'hui. Il se traduit notamment par la montée en importance de la procédure de négociation, à travers laquelle les joueurs de la procédure dispose de plus en plus de marge de manœuvre lors d'effectuer les achats. Et d'ailleurs, après avoir analysé concrètement les contenus de ces procédures, les éléments du régime procédural s'évoluent également davantage en prévalant la logique du marché concurrentiel.

Conclusion de la section 2

Au terme des analyses de cette section, en comparant le régime de passation en France et en Chine, nous pouvons conclure que le régime de passation des marchés publics se libéralise davantage dans ces deux pays, et notamment il faut noter que, la libéralisation présentée en France comme en Chine revêt semblablement un caractère exogène. En bref, les participants des affaires des marchés publics disposent désormais d'une marge d'œuvre de plus en plus étendue dans le régime de passation de ces deux pays.

Néanmoins, en partageant une telle tendance de libéralisation exogène, le régime de passation de la France et de la Chine manifeste quand même certaines divergences, qui sont soit purement en apparence, soit relativement en profondeur. Mais, en somme, il s'agit

1010 Article 24 de l'arrêté ministériel temporaire n°214 de 2014 relatif à la procédure de passation du dialogue compétitif (2014 年 12 月 31 日财库[2014]214 号《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》第 24 条).

toujours de divergences résultant des circonstances différentes de ces deux pays.

Tout d'abord, l'évolution des procédures de passation en France et en Chine témoigne effectivement d'une tendance à la libéralisation exogène du régime de passation dans ces deux pays.

Comme nous l'avons montré, depuis 2013 le statut dominant de la procédure de l'appel d'offres est de plus en plus ébranlé en Chine. Et il en va de même en fait pour la France, sachant que depuis le Code de 2004, la procédure de l'appel d'offre a commencé à être marginalisée, et enfin en 2008, elle ne peut plus être qualifiée de procédure de droit commun en matière de marchés publics en France. En même temps, dans ces deux pays, les procédures à caractère de négociation ont clairement monté en importance, notamment avec la prévalence croissante d'une sorte de procédure qui mêle des éléments de formalisme et de négociation, comme la procédure du dialogue compétitif et la procédure concurrentielle avec négociation en France, et les procédures de la négociation compétitive et du dialogue compétitif en Chine. La montée en importance de ces procédures va apporter effectivement plus de marge de manœuvre pour les participants impliqués dans les marchés publics, et l'effectivité de la concurrence dans ce domaine sera forcément améliorée.

Certes, il faut admettre qu'une divergence subsiste quand même sur ce point : à la différence de la France, la procédure de l'appel d'offres demeure, pour l'instant, la procédure de droit commun en Chine. Néanmoins, la tendance à la libéralisation des procédures de passation est tout à fait confirmée par les efforts déjà faits par le pouvoir réglementaire chinois, c'est seulement cadre juridique défini par la loi de 2003 qui a bloqué les efforts pour marginaliser la procédure de l'appel d'offres. Pour enlever cet obstacle ultime, nous avons donc seulement besoin d'attendre une intervention directe du législateur chinois. Par-là, il convient de reconnaître qu'il s'agit ici d'une divergence simplement apparente.

Ensuite, le régime encadrant la coordination des commandes dans ces deux pays manifeste également une tendance à la libéralisation en France comme en Chine. Si au

premier abord on peut penser que ce régime est clairement différent en France et en Chine, à la réflexion, toutefois, on s'aperçoit que ces différences sont plutôt superficielles.

Comme nous l'avons déjà vu, la France a expressément consacré un régime de coordination des commandes de différents services ou acheteurs, mais un tel régime n'existe pas en Chine, au moins en apparence. Il est vrai que les textes juridiques en Chine n'ont pas prévu spécifiquement des modalités de coordination des commandes entre les services ou les acheteurs, mais il ne faut pas exagérer ce constat, sachant que les mêmes missions ont en fait été remplies par d'autres éléments du régime des marchés publics en Chine. Nous allons donc analyser respectivement les trois modalités fixées par le droit des marchés publics français, et chercher leur correspondant en Chine. En premier lieu, par rapport à la coordination entre les services au sein d'un même acheteur, en fait, une même pratique existe en Chine depuis le tout début du régime des marchés publics, parce que les achats des services fonctionnels en Chine sont toujours effectués au niveau de leur autorité supérieure, c'est donc cette dernière qui se charge de rassembler les besoins des services subordonnés et ensuite de déclencher la procédure des marchés publics. En second lieu, par rapport au recours aux centrales d'achat centralisé, cette pratique a aussi été largement généralisée en Chine. De plus, comme c'est le cas en France depuis 2004, le recours aux centrales d'achat centralisé en Chine est aussi en train d'être libéralisé : l'objectif de la réforme actuelle est justement « de changer la situation actuelle dans laquelle les centrales d'achat centralisé sont strictement attachées au système de subordination administrative, et de laisser l'acheteur à librement choisir les centrales d'achat centralisé situées dans la région où il se trouve. » En dernier lieu, par rapport à la coordination des commandes entre les acheteurs différents, son correspondant en Chine n'existe pas dans les textes juridiques, elle constitue donc la seule véritable différence dans cette matière entre ces deux pays. Néanmoins, sur ce point, il convient aussi d'indiquer qu'une telle absence ne résulte pas de la volonté du législateur chinois, puisque tout simplement le législateur chinois n'a pas interdit cette pratique, elle résulte plutôt de la carence en pratique du besoin d'un tel régime. Comme nous l'avons déjà vu, l'achat centralisé a été largement généralisé en Chine

depuis la naissance du régime des marchés publics, et donc le besoin de réaliser des effets d'échelle a déjà largement satisfait par ce moyen, on n'a donc plus besoin d'établir une modalité de coordination spécifique entre les acheteurs. En somme, force est de constater que, en dépit de l'existence certaines différences en apparence, pour l'essentiel, les deux pays ont des pratiques presque identiques.

En troisième lieu, en ce qui concerne l'organisation interne de l'acheteur, une même tendance à la libéralisation exogène peut être constatée en France comme en Chine : pour la France, depuis 2001 l'acheteur et l'exécutif en son sein dispose d'une liberté de plus en plus étendue pour organiser les achats ; pour la Chine, depuis 2015, les services des finances publiques n'ont plus la compétence de ratification des programmes d'achat, et il appartient désormais à l'acheteur lui-même de décider librement son propre programme.

Néanmoins, nous devons également admettre que, le niveau atteint sur la libéralisation de l'organisation interne est beaucoup plus avancé en France qu'en Chine. En effet, pour nous, un tel décalage provient essentiellement de la distance entre la France et la Chine en termes de maturité des organes du pouvoir public. C'est la raison pour laquelle, comme nous l'avons déjà vu, le pouvoir réglementaire en Chine a demandé à tous les organes du pouvoir public d'établir une structure de contrôle interne, afin de les aider à apprendre l'autodiscipline. Alors, pourquoi existe-il cette sorte de distance ? Une analyse complète de cette question dans la présente thèse n'est pas très pertinente, mais nous pouvons au moins indiquer que le retard de la réforme en Chine quant à la relation entre l'Etat et les collectivités territoriales en constitue une des raisons principales. Comme nous le savons, la réforme de décentralisation se réalise très tôt en France, à partir de 1982 ; néanmoins, la Chine n'a pas réalisé de telle réforme de façon vraiment sérieuse depuis longtemps. A partir de 2014, la Chine a finalement déclenché ce type de réforme, en passant par la réforme des relations budgétaires entre l'Etat et les collectivités territoriales. Dans ce cadre, en 2014, le Conseil des affaires de l'Etat commence à

régulariser les voies d'emprunt pour les collectivités territoriales¹⁰¹¹ ; ces efforts sont ensuite consacrés par la loi relative au budget public de 2015, qui a encore fixé un plafond du montant d'emprunt pour les collectivités territoriales ;¹⁰¹² en même temps, un système d'alerte sur la dette des collectivités territoriales est actuellement en chantier.¹⁰¹³ Par une telle série de mesures, les pouvoirs publics ont pour objectif de séparer nettement la responsabilité financière de l'Etat de celle des collectivités territoriales, et donc d'imposer une responsabilisation des collectivités territoriales sur la gestion de leur propre financement. Dans ces conditions, il est aisé de saisir que la libéralisation de l'organisation interne d'acheteur doit se coordonner à la progression de la réforme plus globale et plus essentielle relative aux relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. En fin de compte, le décalage entre la France et la Chine sur le niveau de libéralisation de l'organisation interne d'acheteur peut être qualifié de divergence relativement approfondie, qui résulte notamment de la réalité institutionnelle particulière de la Chine, où coexistent actuellement la tendance de libéralisation des organes du pouvoir public et la carence en leur sein de l'autonomie et de l'autodiscipline.

En dernier lieu, la divergence la plus évidente ici entre le régime de passation de ces deux pays, tient en fait à l'obligation de publicité et au contrôle de l'accès des entreprises à la concurrence. Comme nous l'avons indiqué précédemment, les régimes en ces deux matières demeurent très réglementés en Chine même après 2013, alors qu'en France ils ont déjà fait l'objet d'une libéralisation exogène depuis 2004.

Pour nous, cette divergence révèle effectivement les priorités différentes attribuées par deux pays aux objectifs du droit des marchés publics. Précisément, en Chine, les objectifs à

1011 Instruction n°43 de 2014 des avis de renforcer la réglementation des dettes des gouvernements locaux (2014 年 9 月 21 日国发[2014]43 号《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》。).

1012 Articles 34 et 35 de la loi relative au budget public de 2015 (2015 年《预算法》第 34、35 条。).

1013 La circulaire n°88 de 2016 relative au programme de traitement d'urgence face au risque des dettes des gouvernements locaux (2016 年 10 月 27 日国办函[2016]88 号《地方政府性债务风险应急处置预案》。).

caractère endogène, comme l'économie du prix, la qualité de prestation et l'intégrité publique, bénéficient essentiellement d'une priorité plus importante que les objectifs de nature exogène. A cause de cette différence, lorsque les éléments du régime issus des objectifs de différente nature suscitent un conflit inconciliable, les pouvoirs publics chinois vont pencher plutôt en faveur des éléments du régime liés aux objectifs endogènes. C'est effectivement le cas où se trouvent en Chine les régimes encadrant l'obligation de publicité et le contrôle de l'accès à la concurrence. Le pouvoir réglementaire chinois considère qu'une publicité plus complète et plus profonde est définitivement favorable à la lutte contre la corruption en matière des marchés publics ; pareillement, un contrôle strict sur l'accès des entreprises éligibles à la concurrence est aussi vital pour garantir une parfaite exécution ultérieure du marché, la qualité de prestation sera alors mieux assurée. Certes, tout cela va également entraîner des influences défavorables isées à l'effectivité de la concurrence : l'alourdissement de l'obligation de publicité va certainement accentuer le formalisme du régime, et restreindra donc la marge d'œuvre de l'acheteur ; le renforcement de contrôle sur l'accès des entreprises est aussi susceptible de limiter le nombre des participants à la concurrence. Néanmoins, en supposant une priorité des objectifs endogènes à l'égard des objectifs exogènes, les influences négatives précitées sont alors justifiable et donc supportables.

En fait, une telle priorité en Chine en faveur des objectifs endogènes s'est déjà manifestée dans la préparation de la législation de 2003. A cette époque-là, d'un côté, le législateur chinois s'inspire beaucoup des normes internationales relatives aux marchés publics, mais d'un autre côté, il a également perçu que les objectifs endogènes liés à la logique de finances publiques doivent se voir reconnaître un statut prioritaire dans la législation relative aux marchés publics. Précisément, en 2001, avec un climat optimiste sur l'admission de la Chine à l'AMP, un membre du groupe de travail sur la proposition de loi s'est référé directement à l'AMP et à la loi-type de CNUDCI pour justifier la mise en

concurrence dans les marchés publics¹⁰¹⁴ ; un autre auteur a même indiqué que la législation relative aux marchés publics doit prendre en compte les exigences de l'AMP, afin de bien s'articuler ultérieurement avec lui.¹⁰¹⁵ En effet, cette idée est également partagée par le ministère des finances publiques, qui a exprimé la nécessité de préparer à l'avance l'articulation entre la législation interne et les normes internationales¹⁰¹⁶. Un auteur est même allé encore plus loin, en proposant, à l'instar des normes internationales, de construire le régime national des marchés publics sur la base du droit concurrentiel et du droit commercial¹⁰¹⁷ : il a d'ailleurs prôné de transposer directement dans la législation de 2003 les principes de non-discrimination et de transparence inscrits dans l'AMP.¹⁰¹⁸ Cependant, une telle idée faisant carrément prévaloir les objectifs exogènes n'a pas été acceptée par le législateur. Face à ce débat, le vice-responsable du groupe de travail sur la proposition de loi relative aux marchés publics, WANG Jialin, a clairement argué qu'« en l'état actuel, il vaut mieux considérer le droit des marchés publics comme une partie du régime des finances publiques. »¹⁰¹⁹ Cette déclaration confirme la priorité des objectifs endogènes dans la construction du régime des marchés publics en Chine, même si, comme nous l'avons mentionné plusieurs fois, cela n'empêche pas le législateur de prendre en compte les valeurs et les bonnes pratiques internationales : il faut juste, comme WANG Jialin l'a souligné, « respecter les situations particulières de notre pays »¹⁰²⁰. Nous pouvons imaginer que, au fil de

1014 YU An, « Des questions juridiques concernant les contrats de marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°3 2001, p.27 (于安, “政府采购合同的几个法律问题”, 《中国政府采购》2001 年第 3 期, 第 27 页。).

1015 LIU Hui, « Les règles de l'AMP de l'OMC et les stratégies de la Chine de les traiter », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, p.50 (刘慧, “WTO 的政府采购协议规则及我国的对策”, 《中国政府采购》2001 年第 1 期, 第 50 页。).

1016 JIANG Yong, *op.cit.*, p.24.

1017 SHENG Jiemin, « La tendance de la multipolarisation du commerce international – AMP de l'OMC et la législation relative aux marchés publics en Chine », *Marchés publics en Chine* n°4 2001, p.48 (盛杰民, “国际贸易多边化趋势--WTO 政府采购协议与我国政府采购立法”, 《中国政府采购》2001 年第 4 期, 第 48 页。).

1018 *Ibid.*, p.48-49.

1019 WANG Jialin, « La législation doit prendre en compte la situation du pays », *Journal de finances publiques et de l'économie*, février 2001 (王家林, “立法要考虑国情”, 《中国财经报》2001 年 2 月。).

1020 *Ibid.*

l'avancement des négociations sur l'accèsion à l'AMP, le législateur chinois devrait, sous la pression juridique croissante des normes internationales, rajuster davantage le poids attribué aux objectifs de différentes natures. Mais sur ce point, il faut évidemment patienter, sachant qu'une telle évolution doit être un processus progressif et durable à long terme.

En bref, nous pouvons retenir deux points comme conclusion de cette section.

En premier lieu, la libéralisation exogène en matière de marchés publics a influencé le régime de passation des marchés publics à la fois en France et en Chine. Et grâce à ce mouvement, dans ces deux pays, les participants aux marchés publics bénéficient d'une liberté plus étendue, et sont désormais soumis à un régime de passation de plus en plus déréglementé.

Cependant, en second lieu, il faut aussi admettre que, les situations particulières propre à la Chine ont entraîné certaines divergences, qui sont soit purement en apparence, soit relativement en profondeur. En ce qui concerne les plus profondes, il vaut mieux patienter, parce que, comme on vient de le voir ci-dessus, ces divergences sont dues soit au retard de la Chine dans des réformes les plus globales, soit aux choix opérés dans la législation initiale. Comme nous l'avons constaté, des transformations sur ces points sont concevables, et de plus, des mesures concrètes sont aussi en chantier, néanmoins, il est également évident que l'achèvement complet de ces transformations n'est possible qu'à long terme.

Conclusion du second chapitre

A la suite de ce chapitre relatif à la manifestation de la libéralisation exogène sur le plan institutionnel du droit des marchés publics en France et en Chine, deux observations s'imposent.

En premier lieu, la libéralisation exogène, introduite principalement par ces normes internationales, a sensiblement influencé le droit des marchés publics de ces deux pays. Il en résulte que le champ d'application du droit des marchés publics a été considérablement élargi en France comme en Chine, et que le régime de passation des marchés publics s'est libéralisé de façon similaire pour ces deux pays. En général, nous pouvons donc dire que, grâce à ce mouvement de libéralisation exogène, il y a désormais, en France comme en Chine, plus de participants, en tant qu'acheteurs ou prestataires, qui sont capables de s'impliquer dans les marchés publics. Par ailleurs, ils sont désormais soumis à un régime de passation de plus en plus déréglementé, illustré notamment par la prévalence de procédures à caractère négocié. Enfin, les matières et les secteurs couverts par un tel régime se sont également bien enrichis dans ces deux pays. Par-là, nous pouvons donc conclure que, le régime des marchés publics, en France et en Chine, après avoir été influencé par la libéralisation exogène, demeure homogène, au moins dans une certaine mesure.

En second lieu, il faut en même temps noter que, après avoir analysé les évolutions de leurs régimes respectifs, un décalage assez évident entre la France et la Chine se présente en l'état actuel sur les niveaux atteints par la libéralisation exogène. Comme nous l'avons déjà vu, sous l'influence de la libéralisation exogène, d'un côté, le champ d'application du droit des marchés publics en Chine reste moins étendu qu'en France, et d'un autre côté, le régime de passation chinois est aussi plus réglementé que son correspondant français. Les raisons derrière ce décalage tiennent en fait à des situations particulières à la Chine actuelle. Ces situations particulières se traduisent soit par le renoncement du législateur chinois à intervenir pour aménager ou réorienter les cadres juridiques établis il y a déjà longtemps, soit par le

retard en Chine de certaines réformes plus globales et plus approfondies, qui constituent toutefois un contexte institutionnel important pour la libéralisation du régime des marchés publics.

Pour éliminer un tel décalage, il vient de suite à l'esprit que, la progression de la globalisation du droit des marchés publics chinois serait éventuellement favorable à l'avancement de sa libéralisation exogène. Parce que, d'une part, théoriquement, comme maints auteurs l'ont bien indiqué, les obligations internationales peuvent être utilisées comme moyen efficace de lutter contre les oppositions internes à la globalisation.¹⁰²¹ Et, d'autre part, les pratiques en France depuis la réforme lancée en 2001 jusqu'à aujourd'hui ont clairement illustré l'effectivité de cette stratégie. De plus, les pratiques en Chine semblent aussi avoir témoigné de la faisabilité de cette stratégie, sachant que les négociations en vue de l'accession de la Chine à l'AMP ont justement incité le gouvernement chinois à accepter le principe de la soumission des entreprises publiques à l'application du régime des marchés publics.

Néanmoins, à la réflexion, on s'aperçoit que les pressions internationales ne peuvent avoir en Chine qu'une influence limitée. Premièrement, parce que, à la différence de la situation de la France, la Chine ne se soumet pas actuellement à aucune organisation internationale relative aux marchés publics. Même si aujourd'hui la négociation relative à l'admission à l'AMP progresse, il faut rappeler que les normes juridiques de l'AMP sont beaucoup plus souples et plus vagues que celles de l'UE, à laquelle la France est déjà juridiquement bien intégrée, et d'ailleurs, les mécanismes de l'AMP pour garantir l'effectivité de ses propres normes sont aussi nettement moins assurés que ceux de l'UE. Deuxièmement, parce qu'il faut encore retenir qu'il existe généralement dans tous les pays des particularismes nationaux, et que, la confrontation directe entre les normes internationales et ces particularismes risque d'aboutir à des résultats inattendus, voire, entraîner éventuellement des

1021 Arie Reich, *International public procurement law : the evolution of international regimes on public purchasing*, Kluwer law international 1999, p.50-51.

réactions antagonistes de la part de l'Etat.

Dans ces conditions, la stratégie la plus fiable à l'heure actuelle pour éliminer ce décalage devrait être de stimuler les initiatives intérieures de la Chine, en vue de l'inciter à réformer de sa propre initiative son régime des marchés publics, à l'instar des modèles de libéralisation exogène déjà généralement acceptés. Pour y arriver, l'enjeu principal est alors de se réfléchir à la place des pouvoirs publics de la Chine, et de peser, sur la base de l'intérêt national chinois, le pour et le contre résultant de la libéralisation exogène du droit des marchés publics. Ici, il convient de rappeler que, comme nous l'avons déjà avancé dans l'introduction de la présente thèse, face à l'influence de la globalisation juridique, les Etats importants dans le monde possèdent généralement des marges nationales d'appréciation non-négligeables.

Conclusion du Titre II

Au terme de l'analyse de ce titre, nous avons tout d'abord identifié l'évolution symbiotique des normes internationales en matière de marchés publics autour de l'idée du néolibéralisme, qui a formulé davantage les principes analogues, savoir celui de non-discrimination, de transparence et de concurrence, et les procédures pareilles comme celle de l'appel d'offres et de la négociation.

Ensuite, sous l'influence de cette vague de libéralisation exogène, de toute évidence, le champ d'application du droit des marchés publics est élargi tant en France qu'en Chine, le régime de passation est aussi déréglementé. Ainsi, dans le cadre du régime libéralisé qui en résultent, la concurrence en matière de marchés publics est sensiblement libérée en France comme en Chine. Il faut toutefois noter que, le niveau de libéralisation exogène en Chine est évidemment moins élevé que celui en France. C'est principalement à cause d'une série de situations particulières de la Chine, et la résolution de ce décalage devrait compter plutôt sur les initiatives intérieures de la Chine, mais pas les pressions internationales.

Conclusion de la Partie I

Après avoir présenté et comparé les évolutions du droit des marchés publics en France et en Chine, force est de constater que, les progrès de la libéralisation des marchés publics dans ces deux pays ont entraîné tant en France qu'en Chine un régime des marchés publics assez homogène, bien que, comme nous l'avons vu précédemment, les influences résultant de certains particularismes nationaux deviennent aussi de plus en plus marquées et prononcées.

En l'occurrence, en ce qui concerne l'homogénéité entre les régimes de ces deux pays, nous pouvons retenir deux éléments plus concrets en suivant.

En premier lieu, en France comme en Chine, le régime des marchés publics est essentiellement construit sur la base de la logique de finances publiques issue de considérations endogènes. Une telle logique se concrétise dans ces deux pays par une unité triangulaire entre l'économie du prix, l'intégrité publique et la qualité de la prestation. A la suite de cette logique, le régime des marchés publics se caractérise en France comme en Chine par une nature réglementée et formaliste : les obligations de publicité et de mise en concurrence sont strictement formalisées, et le jeu de la concurrence en matière des marchés publics est ainsi étroitement encadré. Il faut admettre que, même aujourd'hui, un tel modèle à caractère réglementé et formalisé demeure le modèle basique du droit des marchés publics en France comme en Chine.

En second lieu, se basant sur ce régime réglementé et formalisé, le droit des marchés publics de ces deux pays a encore fait l'objet d'une libéralisation exogène. Précisément, la circulation globale des sources du néolibéralisme a influencé le droit des marchés publics de ces deux pays, à travers notamment une série de normes internationales en la matière. De ce fait, tant en France qu'en Chine, le champ d'application des marchés publics a été considérablement amplifié, et le régime de passation des marchés publics a semblablement été libéralisé.

S'appuyant sur ces deux points, nous pouvons donc conclure que, dans le domaine de la libéralisation des marchés publics, le régime corrélatif en France et en Chine présente une homogénéité assez élevée. Un tel constat correspond effectivement à la perspective de l'idée de la globalisation juridique. Comme un auteur l'a bien remarqué, «With the increasing globalisation of world trade, harmonisation of public procurement, representing a substantial portion of national economies, has been thrust to the forefront of the agendas of most regional and international economic and financial organisations. »¹⁰²²

Néanmoins, dans ce processus de libéralisation des marchés publics, certains particularismes nationaux ont également eu au fur et à mesure un impact important. Il faut noter que, juste à cause des particularismes nationaux, un décalage sur le niveau atteint par la libéralisation exogène a émergé entre la France et la Chine.

Concrètement, grâce à la réforme de 2015/2016, le droit des marchés publics en France a enfin définitivement complété son processus d'eupéanisation, il a abouti donc à un régime entièrement libéralisé. Cependant, aujourd'hui, le droit des marchés publics en Chine n'a toujours pas parachevé un niveau similaire de libéralisation exogène. En témoigne, comme nous l'avons déjà vu, le fait que le champ d'application du droit des marchés publics en Chine demeure plus étroit qu'en France, et que le régime de passation en Chine reste aussi moins libéralisé que son équivalent en France. Les raisons de ce phénomène tiennent à la situation particulière de la Chine. Il s'agit soit de l'absence d'une entité supranationale à même d'encadrer effectivement les pouvoirs publics chinois, soit du renoncement du législateur chinois à intervenir pour aménager ou réorienter des cadres juridiques déjà vieilliss, soit du retard de certaines réformes plus globales et plus profondes qui constituent néanmoins un contexte institutionnel indispensable pour la libéralisation du régime.

En fin de compte, au-delà de l'homogénéité précitée sur la libéralisation du droit des

1022 Attila Kovacs, « The global procurement harmonisation initiative », *Public Procurement Law Review* 2005 1, p.15-16.

marchés publics entre la France et la Chine, dans le processus de cette libéralisation, certains particularismes nationaux ont également eu un effet décisif en troublant la perspective d'harmonie de la convergence présentée.

En effet, dans les affrontements entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics que nous allons analyser ci-après, un tel conflit subsiste quand même, et est susceptible de s'imposer de façon encore plus évidente. Le véritable problème consiste en fait à identifier le noyau dur de ces particularismes nationaux et ensuite à se demander si un tel noyau dur va persister ou s'il est possible qu'il s'érode dans les puissantes vagues de la convergence juridique issue de la globalisation économique.

Les analyses ci-après vont certainement enrichir la réflexion sur un tel problème, compte tenu notamment du caractère sensible à l'heure actuelle de la question de l'équilibre entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics.¹⁰²³

1023 Par exemple, dans le cadre de l'OMC, le nouvel AMP de 2012 a officiellement inscrit dans les programmes de travail pour l'avenir les deux sujets suivants: « (a) best practices with respect to measures and policies that the Parties use to support the participation of small and mediumsize enterprises in government procurement; (b) the promotion of environmentally sustainable procurement practices, consistent with the Agreement ». Voir Robert D. Anderson, Collin D. Swan, Steven L. Schooner, « The WTO's Revised Government Procurement Agreement - An Important Milestone Toward Greater Market Access and Transparency in Global Public Procurement Markets », *The Government Contractor*, Jan. 11, 2012, p. 1, 3-7.

PARTIE II. L'affrontement entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics en France et en Chine

Compte tenu de « la part non négligeable des dépenses publiques tant en valeur absolue qu'en valeur relative par rapport au produit intérieur brut »¹⁰²⁴ représentée par l'achat public, il est tout à fait compréhensible pour les pouvoirs publics de la France et de la Chine de concevoir l'utilisation stratégique des marchés publics comme levier de politiques publiques. En effet, comme nous allons le montrer dans la présente partie, c'est une idée enracinée depuis très longtemps dans les pratiques des marchés publics en France, et qui se présente aussi tout de suite, lors de la préparation de la législation de 2003, à l'esprit du législateur chinois (Titre I). Néanmoins, en France comme en Chine, toute la difficulté sera de trouver un équilibre entre utilisation stratégique et libéralisation des marchés publics. A cet égard, les pouvoirs publics de la France et de la Chine se distinguent sensiblement. Les différences manifestées dans la recherche de ces équilibres dans les deux pays nous permettent de bien appréhender les divergences de fond liées aux particularismes nationaux de la Chine (Titre II).

1024 Nicolas Boulouis, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », RFDA 2014, p.617.

Titre 1. L'utilisation stratégique des marchés publics en France et en Chine

L'utilisation stratégique des marchés publics dans ces deux pays peut être analysée sous deux aspects : premièrement, la définition des objectifs additionnels assignés aux marchés publics dans une perspective stratégique (Chapitre 1), et deuxièmement, la mise en œuvre de ces objectifs additionnels dans le cadre des marchés publics (Chapitre 2). Nous allons constater que dans ces deux aspects les régimes des marchés publics en France et en Chine sont effectivement semblables.

Chapitre 1. La définition des objectifs additionnels des marchés publics

Quant aux objectifs susceptibles d'être poursuivis par les marchés publics, les pouvoirs publics français en ont identifié deux catégories générales, à savoir « satisfaire les besoins avec des moyens contraints et optimiser l'impact économique, social, environnemental de l'acte d'achat »¹⁰²⁵. La première catégorie est généralement censée être l'objectif principal des marchés publics, en témoigne la définition donnée par l'ordonnance de 2015 en France, qui pose que « les marchés sont les contrats conclus (...) pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services »¹⁰²⁶. Et la seconde peut alors être qualifiée d'« objectifs additionnels » par rapport au premier, en ce qu'une utilisation stratégique des marchés publics cherche effectivement à les réaliser. Sur ce point, il faut noter que les objectifs additionnels peuvent encore être différenciés en deux ordres nuancés, à savoir les objectifs d'ordre économique et industriel (Section 1) et les objectifs d'ordre social et écologique (Section 2). Une analyse séparée de ces deux ordres d'objectifs sera plus pertinente et plus claire. Ci-après, nous allons ainsi les voir séparément.

1025 DAJ, *Guide pratique de l'achat public innovant*, version 2, Janvier 2014, p.4.

1026 Article 4 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Section 1. Les objectifs d'ordre économique et industriel

Pour tous les objectifs d'ordre économique et industriel, l'essentiel est d'achever le développement de l'économie au sens global, qui se traduit soit par la préservation d'un tissu économique équilibré, soit par l'obtention d'un avantage comparatif dans la concurrence étatique ou régionale. En l'occurrence, tant en France qu'en Chine, il s'agit de trois objectifs concrets, à savoir faciliter l'accès des PME aux marchés publics, promouvoir l'innovation par les marchés publics et privilégier les produits et les opérateurs endogènes. Nous allons regarder tout d'abord comment ces objectifs sont poursuivis en France (§1), et ensuite comment ils sont consacrés en Chine (§2).

§1. Les objectifs poursuivis en France

1. Antérieurement aux années 1990

Au début du XX^{ème} siècle, la France a déjà commencé à utiliser les marchés publics au service d'objectifs économiques et industriels. En témoigne le cahier des charges de la guerre de cette époque, qui a expressément prescrit une clause d'achat national dans le cadre des marchés publics : « sauf exceptions prévues aux cahiers des Charges spéciales, les matières et denrées livrées doivent être d'origine française ou provenir des colonies françaises ou des pays de protectorat. Les effets ou objets doivent être de confection ou de fabrication française ou avoir été confectionnés ou fabriqués soit dans les colonies françaises, soit dans les pays de protectorat. Le titulaire du marché doit justifier de l'origine toutes les fois qu'il en sera requis »¹⁰²⁷. En l'illustrant de façon encore plus claire, l'article 96 de l'instruction sur les marchés de la guerre dispose qu'« en principe, les produits français sont préférés aux produits étrangers. »¹⁰²⁸

Une tentative de généraliser cette sorte de pratique apparaît notamment depuis les années

1027 Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration* (Vol.4), *op.cit.*, p.438.

1028 *Ibid.*, p.438.

1960. A cette époque-là, « la caractéristique de cette période (des trente dernières années) est le souci croissant des pouvoirs publics (...) de substituer des comportements rationnels à des comportements intuitifs »¹⁰²⁹. Il en résulte que « dans les toutes dernières années (...) la demande publique de biens et de services a été considérée comme un des points d'application de la politique économique. (...) Les fondements de la politique des commandes publiques se trouvent dans l'analyse des phénomènes économiques et techniques récents »¹⁰³⁰. En bref, dans le contexte de « l'Etat Demiurge » du IV^e Plan en 1961, « les marchés publics évoluent : (...) ils vont prendre place dans la panoplie des instruments de l'économie dirigée »¹⁰³¹. Comme Georges Péquignot l'a bien résumé, « les marchés publics reçoivent, dès lors, une fonction qu'ils n'avaient pas connue jusqu'alors : s'ils ont encore pour objet immédiat de procurer à l'Etat des prestations, leur but réel peut être d'ordre économique ou social. »¹⁰³²

Plus précisément, en premier lieu, les marchés publics ont été utilisés à cette époque comme levier important au service de la promotion de l'innovation, à travers notamment la création de catégories de marchés spécialement adaptées aux besoins de l'innovation. Depuis le décret du 4 août 1962, « le marché d'études a fait progressivement l'objet d'une réglementation spécifique (...) qui détache les marchés d'études des catégories traditionnelles jusqu'au Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles approuvé par le décret 78-1306 du 26 décembre 1978. »¹⁰³³ Néanmoins, cette sorte de marchés manifeste quand même maintes lacunes dans la

1029 Georges Dumas, « Les commandes publiques et l'économie », in Armand Bizaguet, *Les marchés publics et leur financement*, Paris : Dalloz 1962, p.347.

1030 *Ibid.*, p.347.

1031 Jacques Branger, « L'évolution de la notion de marché public », in Armand Bizaguet, *Les marchés publics et leur financement*, Paris : Dalloz 1962, p.2.

1032 Georges Péquignot, « Le contentieux des marchés publics », in Armand Bizaguet, *Les marchés publics et leur financement*, Paris : Dalloz 1962, p.239.

1033 Christine Bréchon-Moulènes, « Marchés publics et innovation technologique », in Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier, *L'interventionnisme économique de la puissance publique*, Montpellier : Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier 1984, p.61.

pratique¹⁰³⁴, on perçoit alors au fur et à mesure qu'il faut établir « une véritable collaboration entre la personne publique et le titulaire pour promouvoir l'innovation », et « seul le marché-gigogne, c'est-à-dire la succession de plusieurs marchés – marché d'étude, marché de faisabilité et marché de série – le permet »¹⁰³⁵. Ceci nous incite alors à adopter le marché-programme pratiqué principalement dans les marchés publics de la défense. C'est un marché « inscrit dans la continuité, (qui) s'articule autour d'exigences spécifiques. »¹⁰³⁶ Concrètement, « la notion de Programme y concourt : un programme est un ensemble complexe de tâches dépendant les unes des autres, s'enchaînant mutuellement de manière prédéterminée, en vue d'atteindre un certain objectif. »¹⁰³⁷

En deuxième lieu, le déséquilibre du tissu économique a également suscité à cette époque l'inquiétude des pouvoirs publics, qui sont alors invités à intervenir pour faciliter l'accès des PME aux marchés publics. Selon une recherche publiée en 1977, « l'industrie reçoit environ le cinquième du nombre des marchés et avenants recensés par le CCM, mais près de la moitié du montant. »¹⁰³⁸ Ceci relève le poids très important occupé dans les secteurs industriels par des marchés publics. Néanmoins, la répartition de ces marchés parmi les entreprises de différentes tailles est manifestement déséquilibrée : « les grandes entreprises sont titulaires de l'essentiel des marchés publics. Dans les secteurs industriels, elles sont titulaires de 31.2 Milliards de francs de marchés publics, soit 68% du montant total. »¹⁰³⁹ En comparaison, la proportion des marchés attribués aux entreprises moyennes-grandes et moyennes-petites ainsi qu'aux petites entreprises est respectivement de 11%, 5% et 8% du

1034 *Ibid.*, p.62-63.

1035 *Ibid.*, p.64.

1036 *Ibid.*, p.64.

1037 *Ibid.*, p.65.

1038 Edouard Mathieu et Maryse Suberchicot, *Marchés publics et structures industrielles*, Paris : Documentation française, 1977, p.20-21.

1039 *Ibid.*, p.49.

montant total.¹⁰⁴⁰ De plus, on constate que les titulaires réguliers « bénéficient de plus de 95% du volume des marchés attribués aux seules entreprises industrielles », et « il ressort très nettement que la régularité dans l'attribution des marchés est d'autant plus forte que l'entreprise est plus grande. »¹⁰⁴¹ Dès lors, nous pouvons voir que les PME sont vraiment marginalisées dans l'attribution des marchés publics aux secteurs industriels. Selon les opinions courantes de cette époque, c'est l'Etat qui prend naturellement la responsabilité de la régulation d'ensemble de l'économie nationale : « à ce titre, il a notamment des préoccupations (...) d'incitations diverses sur le tissu industriel », qui impliquent logiquement « le développement du rôle des PMI. »¹⁰⁴² Dans ce contexte, le ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire a publié une circulaire le 15 décembre 1977, destinée à favoriser l'accès des PME aux marchés publics, en proposant de « faire prévaloir dans le choix des entreprises à soumissionner une certaine relation entre la dimension des marchés à traiter et la taille des entreprises » et, « par suite, sauf circonstances particulières, d'écarter la candidature d'entreprises dont le chiffre d'affaires est trop élevé par rapport au montant des marchés »¹⁰⁴³. Même si cette circulaire a été ensuite condamnée par le Conseil d'Etat, elle a effectivement fait preuve de la volonté politique de l'Etat pour utiliser stratégiquement les marchés publics au service du rééquilibrage du tissu économique.

En dernier lieu, et dans le prolongement des points précédents, les marchés publics ont aussi été conçus comme un levier important pour positionner l'Etat dans la concurrence internationale. Dans les années 1980, « les pouvoirs publics ont habitué l'opinion à entendre parler de secteurs prioritaires, (...) soit pour assurer l'indépendance nationale (L'informatique, l'armement), soit pour renforcer la compétitivité internationale d'une industrie (Les

1040 *Ibid.*, p.49.

1041 *Ibid.*, p.90.

1042 Jean-Pierre Poussard, « Quelle stratégie pour les commandes publiques ? », *Revue française de Gestion*, 21, mai, juin, juillet, août, 1981, p.108.

1043 CE, 13 mai 1987, Société Wanner Isofi Isolation, *Rec.* p. 171.

télécommunications). »¹⁰⁴⁴

2. Postérieurement aux années 1990

Bien que, comme nous l'avons déjà vu, l'eupéanisation du droit des marchés publics se soit graduellement accélérée depuis les années 1990, « chaque gouvernement (étant) alors placé devant le dilemme de se dessaisir de l'un des instruments de sa politique »¹⁰⁴⁵, ces trois objectifs stratégiques demeurent attachés aujourd'hui au régime des marchés publics en France.

En ce qui concerne l'accès des PME aux marchés publics, il constitue en effet un objectif poursuivi à la fois par l'UE et par la France.

A côté de l'UE, en 1990, la Commission a publié une communication intitulée « Marchés publics : aspects régionaux et sociaux », qui considère que la participation des PME aux marchés publics « aurait des retombées positives tant sur la quantité que sur la qualité de la concurrence régnant sur lesdits marchés »¹⁰⁴⁶. Elle a donc proposé « tout un arsenal de mesures positives destinées à stimuler cette participation »¹⁰⁴⁷. Une telle attitude favorable à l'accès des PME peut encore être identifiée dans la communication publiée en 2011 intitulée « L'Acte pour le marché unique » : « de manière générale, il s'agirait d'offrir des procédures plus simples et plus flexibles aux pouvoirs adjudicateurs, et assurer un accès plus facile aux entreprises, notamment aux PME. »¹⁰⁴⁸ Ceci a été récemment réaffirmé par les directives de 2014 : « les règles de passation de marchés publics adoptées en application de la directive 2004/17 (...) ainsi que de la directive 2004/18 (...) devraient être révisées et modernisées

1044 Jean-Pierre Ponssard, Gerard de Pouvoirville, *Marchés publics et politiques industrielles*, Economica 1982, p.5.

1045 *Ibid.*, p.8.

1046 Christian Bolze, « Entreprise. Petites et moyennes entreprises, Critères, Mesures relatives à la promotion et au développement des PME », *RTD Com.* 1991 p. 724.

1047 *Ibid.*, p.724.

1048 Florian Linditch, « Adoption de l'Acte unique pour le Marché unique », *Contrats et Marchés publics* n° 6, Juin 2011, alerte 37, p.37.

pour accroître l'efficacité de la dépense publique, en facilitant notamment la participation des petites et moyennes entreprises (PME) aux marchés publics ». ¹⁰⁴⁹

Pour ce qui concerne la France, la promotion de l'accès des PME aux marchés publics est toujours un objectif inhérent aux réformes touchant le code des marchés publics depuis 2000. Comme un auteur l'a bien remarqué : « Si l'on cherchait à donner quelque cohérence au dossier de la réforme du code des marchés publics, ouvert par trois fois en cinq ans, on pourrait citer la question de l'accès des PME à la commande publique » ¹⁰⁵⁰. C'est vrai que « l'ouverture de la commande publique aux PME était déjà un axe de la réforme en 2004. » ¹⁰⁵¹ Dans la réforme de 2006, cet objectif a été encore consacré : « on relève en effet un grand nombre de mesures en faveur des PME dans le corps du texte », « le décret du 1^{er} août 2006 opte ainsi clairement pour la discrimination positive en faveur de ces entreprises. » ¹⁰⁵² L'explosion de la crise économique en 2008 a encore incité les pouvoirs publics à prendre des mesures pour relancer l'économie, et fait ainsi partie de ces mesures l'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics. Un décret du 18 février 2009 a précisé « les modalités d'application de l'article 26 de la loi de modernisation de l'économie, qui permet à titre expérimental et pour cinq ans aux acheteurs publics de réserver une partie (jusqu'à 15%) de leurs marchés publics aux PME innovantes ou de les traiter de façon préférentielle à offres équivalentes. » ¹⁰⁵³ En 2015, la nouvelle ordonnance consacre également cet objectif en visant à « tirer tout le parti des outils offerts par les nouvelles directives européennes pour favoriser l'accès des Petites et Moyennes entreprises aux marchés

1049 Considérant 2 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

1050 Pierre De Baecke, « Comment améliorer encore l'accès des PME à la commande publique », *AJDA* 2007, p.1505.

1051 Jean-David Dreyfus, « Code des marchés et PME le choix de la discrimination positive », *AJDA* 2006 p.1769.

1052 *Ibid.*, p.1770.

1053 Guillaume Cantillon, « Création du 'Service des achats de l'État' vers un achat public performant et durable », *Contrats et Marchés publics* n° 5, Mai 2009, étude 5, numéro 43.

publics. »¹⁰⁵⁴ Ensuite en 2016, selon la réponse ministérielle, « dans le droit fil des jalons déjà posés par l'ordonnance, les textes réglementaires permettront une meilleure utilisation stratégique des marchés publics et favoriseront un meilleur accès des PME aux marchés publics. »¹⁰⁵⁵ Comme Florian Linditch l'a très bien illustré, nous pouvons dire que « le soutien aux PME via l'achat public n'est plus tabou. Il deviendrait même un sujet emblématique des organisations d'achats publics depuis plus de trois ans. »¹⁰⁵⁶

En ce qui concerne la promotion de l'innovation, nous pouvons également constater une attitude favorable de la part de l'UE et de la France. Comme nous l'avons déjà cité, le décret français du 18 février 2009¹⁰⁵⁷ a proposé, à titre expérimental, de favoriser les PME innovantes par l'attribution référentielle des marchés publics. Aussi concernant la communication de « L'Acte pour le marché unique » de 2011, selon l'avis du Comité économique et social européen sur ce document, les marchés publics sont consacrés par l'UE comme outils essentiels pour favoriser « la demande d'un développement écologiquement durable, innovant et socialement responsable ». ¹⁰⁵⁸ La directive européenne 24/2014 déclare quant à elle que « la recherche et l'innovation, (...) comptent parmi les principaux moteurs de la croissance future et ont été placées au cœur de la stratégie Europe 2020 (...). Les pouvoirs publics devraient faire le meilleur usage stratégique des marchés publics pour stimuler l'innovation. »¹⁰⁵⁹ En suivant cette volonté politique très claire, la France a publié en 2014 un

1054 « La réforme de la commande publique est lancée ! » *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 30-34, 27 Juillet 2015, act.673, p.11-12.

1055 Rép. min. n° 865 : JOAN Q 22 déc. 2015, p. 10572 (Q. 4 août 2015, M. Gérard Darmanin).

1056 Florian Linditch, « Audit du soutien de la commande publique aux PME aux achats innovants et responsables par la Médiation des marchés publics et le Cabinet PwC », *Contrats et Marchés publics* n° 12, Décembre 2015, alerte, p.49.

1057 Décret n° 2009-193 du 18 février 2009 relatif aux modalités d'application de l'article 26 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie pour la passation des marchés publics de haute technologie avec des petites et moyennes entreprises innovantes.

1058 Benedicte Federspiel, Martin Siecker, Ivan Voles, *AVIS du Comité économique et social européen*, Comité économique et social européen 2011, p.13.

1059 Considérant 47 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014

guide pratique de l'achat public innovant, avec pour objectif qu'« au moins 2% de la commande publique de l'Etat, de ses opérateurs et des hôpitaux soient effectués auprès les PME et les ETI de croissance innovantes à l'horizon 2020. »¹⁰⁶⁰ Même pour les textes les plus récents, l'ordonnance de 2015 vise également à transposer les outils posés par les directives de l'UE pour « promouvoir l'utilisation stratégique des marchés publics comme levier de politique en matière (...) d'innovation ».¹⁰⁶¹

L'objectif visant à privilégier les opérateurs et les produits endogènes a été récemment consacré par la France et l'UE, contrairement aux objectifs précédents. Antérieurement à l'adoption des directives de 2014, l'attitude adoptée par l'UE comme celle adoptée par la France est extra-libérale, « le législateur communautaire a (...) souhaité que les entités communautaires soient ouvertes à la concurrence la plus large au même titre que les entreprises commerciales »¹⁰⁶². Précisément, sous l'empire des directives de 2004, « les directives européennes concernant les marchés publics ne contiennent aucune disposition qui limiterait l'accès des entreprises étrangères à la commande publique des Etats membres, y compris française. »¹⁰⁶³ D'ailleurs, quant aux marchés qui n'entrent pas dans le champ d'application des directives, même si la France peut exiger le principe de réciprocité, le législateur français « a décidé de ne pas conditionner l'ouverture des marchés publics français à un accès réciproque des entreprises françaises »¹⁰⁶⁴, sauf dans le cas des marchés de défense. En bref, sur la possibilité d'accès aux marchés publics, l'UE et la France ont abandonné l'exigence de réciprocité à l'égard des produits et des opérateurs originaires des pays tiers avec lesquels l'Union n'a pas conclu un accord assurant un accès comparable. Néanmoins,

1060 DAJ, *Guide pratique de l'achat public innovant*, version 2, op.cit., p.2.

1061 « La réforme de la commande publique est lancée ! » *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 30-34, 27 Juillet 2015, act.673, p.11-12.

1062 Gabriela-Adriana Rusu, « L'accès des entreprises étrangères aux marchés publics français », *Contrats et Marchés publics* n° 3, Mars 2014, étude 2, numéro 6.

1063 *Ibid.*, numéro 6.

1064 *Ibid.*, numéro 8.

depuis 2011, un revirement de position s'est imposé : « la commission paraît désormais attentive à ce que l'ouverture des marchés publics à la concurrence au niveau mondial, (...) s'effectue dans un esprit de réciprocité et de bénéfices mutuels, offrant aux entreprises européennes et étrangères des opportunités égales et garantissant une concurrence loyale. »¹⁰⁶⁵ Au fil de cette nouvelle position, le droit de l'accès aux marchés publics de l'UE et des Etats membres sera probablement limité aux produits et aux opérateurs originaires des pays tiers qui ont déjà conclu un accord avec l'UE ayant pour effet de garantir un accès comparatif. La déclaration de l'UE faite dans la directive 24/2014 montre en effet que, « eu égard aux discussions actuelles sur les dispositions horizontales régissant les relations avec les pays tiers dans le contexte de la passation de marchés publics, la Commission devrait suivre attentivement la situation du commerce mondial et évaluer la position concurrentielle de l'Union. » Nous pouvons alors du moins estimer que, désormais, les marchés publics dans l'UE comme en France pourront être utilisés, dans la limite du respect des accords internationaux déjà conclus, pour privilégier les opérateurs ou les produits endogènes au regard notamment de ceux qui sont originaires des pays tiers hors de l'AMP.

§2. Les objectifs poursuivis en Chine

1. Antérieurement à la loi relative aux marchés publics de 2003

Comme c'est le cas en France, la poursuite d'objectifs d'ordre économique et industriel en Chine en matière de marchés publics est aussi déclenchée dès la genèse du régime. Il s'agit également de trois objectifs concrets : faciliter l'accès des PME aux marchés publics, promouvoir l'innovation par les marchés publics et privilégier les produits endogènes. Mais il faut noter que, comme nous l'avons déjà vu, la genèse du régime en Chine est beaucoup plus tardive qu'en France : elle a eu lieu à la fin des années 1990.

Initialement, en 1999, le Comité Central du P.C.C. et le Conseil des affaires de l'Etat ont

¹⁰⁶⁵ Florian Linditch, « Adoption de l'Acte unique pour le Marché unique », *op.cit.*, p.37.

conjointement publié une décision importante concernant le renforcement de l'innovation technique, le développement de la haute technologie et leur industrialisation. Dans cette décision, les marchés publics sont déjà conçus comme un des moyens destinés à une utilisation stratégique, même si le régime des marchés publics est justement en cours de formation à ce moment-là : « en appliquant la politique des marchés publics, à travers le contrôle du budget et l'appel d'offres, nous devons inciter et encourager les organes gouvernementaux et les établissements publics à acheter les meilleures techniques innovantes nationales et les équipements ainsi que les produits innovants nationaux. »¹⁰⁶⁶ En vertu de cette déclaration de volonté politique, les marchés publics se voient ainsi attribués deux objectifs corrélatifs : privilégier les produits nationaux et promouvoir l'innovation.

En même temps, le ministère des finances publiques publie l'arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics. Son article 6 a expressément mis en place un régime d'achat national en posant que « sans autorisation spéciale, il est interdit de se procurer des fournitures, des travaux et des services étrangers. »¹⁰⁶⁷ La volonté politique précitée a ainsi commencé à être mise en œuvre par les pouvoirs publics chinois.

En ce qui concerne l'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics, même s'il n'est pas encore consacré par les documents officiels à cette époque-là, l'intention de mobiliser les marchés publics au service de cet objectif s'est déjà amplement diffusée avant l'adoption de la loi relative aux marchés publics de 2003. A titre d'exemple, YAO Shen, membre du comité budgétaire de l'Assemblée Nationale Populaire, a rappelé dans un discours en 2001 que « dans notre législation nationale (relative aux marchés publics), nous devons aussi adopter une série de mesures destinées à protéger l'industrie nationale, par exemple, des

1066 Le point 3 de la décision du comité central du P.C.C. et du Conseil des affaires de l'Etat du 20 août 1999 concernant le renforcement de l'innovation technique, le développement de la haute technologie et leur industrialisation (1999 年 8 月 20 日《中共中央、国务院关于加强技术创新，发展高科技，实现产业化的决定》第三点。).

1067 Article 6 de l'arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics (1999 年财预字 [1999]0139 号《政府采购管理暂行办法》第 6 条。).

mesures favorisant le développement des PME. »¹⁰⁶⁸ C'est en fait aussi une opinion généralement acceptée par les hauts fonctionnaires au sein des ministères. Ainsi, dans les discours des hauts fonctionnaires des ministères des finances publiques¹⁰⁶⁹ et du commerce extérieur¹⁰⁷⁰ de la même époque, faciliter l'accès des PME constitue un des objectifs envisagés pour le régime des marchés publics à l'avenir.

Pendant le processus de législation, les rédacteurs de la proposition de loi relative aux marchés publics ont effectivement pris en compte les objectifs d'« assister le développement des PME » et de « promouvoir la protection des industries nationales ».¹⁰⁷¹ A la suite des efforts législatifs, avec l'entrée en vigueur de la loi relative aux marchés publics de 2003, l'objectif de « promotion du développement des PME »¹⁰⁷² est expressément inscrit à l'article 9, et à l'article 10, le législateur considère que « l'acheteur doit se procurer dans le cadre des marchés publics des fournitures, des travaux et des services nationaux. »¹⁰⁷³ Ainsi, les objectifs d'ordre économique et industriel sont désormais formellement consacrés dans le droit positif chinois.

2. Postérieurement à la loi relative aux marchés publics de 2003

Sur la base de la consécration législative, à partir de l'entrée en vigueur de la loi de 2003, ces trois objectifs d'ordre économique et industriel font toujours l'objet d'une attention particulière de la volonté politique en Chine.

Par rapport à l'objectif de l'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics, nous

1068 YAO Shen, « Les problèmes majeurs dans la législation actuelle relative aux marchés publics », *op.cit.*, p.11.

1069 WANG Jialin, « Il faut comprendre complètement les objectifs du régime des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°3 2001, p.20 (王家林：“要全面认识实行政府采购制度的目的”，《中国政府采购》2001年第3期，第20页。).

1070 ZHANG Yuqing, DU Baozhong, « Les cinq problèmes majeurs dans l'établissement du régime des marchés publics chinois », *Marchés publics en Chine* n°2 2001, p.28 (张玉卿，杜宝忠：“建立我国政府采购制度的五大重点与热点问题”，《中国政府采购》2001年第2期，第28页。).

1071 YAO Zhenyan, *op.cit.*, p.44-45.

1072 Article 9 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003年《政府采购法》第9条).

1073 Article 10 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003年《政府采购法》第10条).

pouvons schématiquement identifier deux vagues principales favorisant son développement.

La première vague date de 2003 : outre la consécration expresse de cet objectif dans la loi relative aux marchés publics, le législateur l'a réaffirmé dans la loi relative à la promotion des PME de 2003. En l'occurrence, son article 34 impose directement une obligation à l'acheteur de se procurer de préférence des fournitures et des services issus des PME. L'attention particulière portée par le législateur à cet objectif peut alors être facilement constatée dès cette époque.

La seconde vague émerge dans le contexte de la crise économique de 2008. Sous le choc de la récession économique, la nécessité de faciliter l'accès des PME aux marchés publics apparaît encore une fois. Précisément, cette fois c'est à l'initiative du Conseil des affaires de l'Etat, qui publie en 2009 « Les avis relatifs à la promotion du développement des PME », dans lesquels le gouvernement central demande particulièrement d'« améliorer le régime en matière de marchés publics au service de la promotion du développement des PME ». Une volonté politique attachée à cet objectif se manifeste ainsi expressément. Par la suite, un arrêté ministériel intitulé « les mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics » est adopté en 2011 avec cosignature des ministères des finances publiques et de l'Industrie et des Technologies de l'information. En écho à ces efforts politiques et normatifs, le Vice-Premier ministre LI Keqiang a même rappelé dans un discours la nécessité pour les finances publiques de se pencher davantage vers les PME.¹⁰⁷⁴ Enfin en 2013, le vice-ministre des finances publiques a conclu que « le cadre général du régime soutenant les PME à travers les marchés publics est globalement posé (基本形成) ».¹⁰⁷⁵ Sans suspense, dans le décret d'application n°658 de la loi relative aux marchés publics en 2015, l'objectif de « la promotion du développement des PME » est réaffirmé par les pouvoirs

¹⁰⁷⁴ « LI Keqiang est présent dans la conférence nationale sur les affaires des finances publiques », *Marchés publics en Chine* n°1 2012, p.B. (“ 李克强出席全国财政工作座谈会 ”, 《 中国政府采购 》 2012 年第 1 期, 第 B 页。)

¹⁰⁷⁵ LIU Kun, « Approfondir les réformes et Réaliser l'innovation institutionnelle, créer la nouvelle situation pour la réglementation des marchés publics », *op.cit.*, p.53.

publics chinois.¹⁰⁷⁶

Concernant l'objectif de promotion de l'innovation nationale, comme nous allons le voir ci-après, son importance est considérablement accentuée à partir de l'entrée en vigueur de la loi de 2003, mais sous une sévère pression internationale, elle décline soudainement en 2011. Néanmoins, malgré cette fluctuation apparente, la volonté politique s'attache toujours fermement à la promotion de l'innovation nationale.

En l'occurrence, postérieurement à la loi de 2003, la volonté politique attachée à cet objectif se traduit notamment par le programme du onzième plan quinquennal de l'Etat publié en 2006. En tant qu'axe de l'action étatique pour les cinq ans à venir, ce programme a imposé d'« établir des mesures en matière d'impôts et de finances publiques, de financement, et de politique des marchés publics, pour soutenir l'innovation nationale. »¹⁰⁷⁷ A la suite de cela, le Conseil des affaires de l'Etat a encore accentué le poids politique de cet objectif, en élaborant en cette même année le « Sommaire du programme relatif au développement de sciences et techniques de l'Etat à moyen et long terme (2006-2020) ». Evidemment, ce document officiel constitue l'orientation directrice de l'Etat en matière de sciences et de techniques jusqu'à 2020, en vertu duquel la mission de la promotion de l'innovation nationale est expressément attribuée au régime des marchés publics.¹⁰⁷⁸

Dès lors, nous pouvons retenir que l'utilisation stratégique des marchés publics pour la promotion de l'innovation nationale est désormais bien intégrée dans l'action générale à long terme des politiques publiques de la Chine. Et pour sa mise en œuvre, le ministère des

1076 Article 6 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 6 条。).

1077 Le point 4(11) de la décision du 14 mars 2006 sur le programme du onzième plan quinquennal de l'Etat sur le développement de la société et de l'économie nationale (2006 年 3 月 14 日《国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》第四 (11) 点).

1078 Les points 22-26 de la décision du 9 février 2006 sur le programme relatif au développement de sciences et techniques de l'Etat à moyen et long terme (2006-2020) (2006 年 2 月 9 日《国家中长期科学和技术发展规划纲要 (2006—2020 年)》第 22-26 点).

finances publiques a immédiatement publié en 2007 trois arrêtés ministériels encadrant respectivement la définition du budget, la passation et l'exécution des marchés publics dans cet objectif¹⁰⁷⁹. Depuis 2006, les pouvoirs publics chinois ont aussi commencé à établir un système de certification afin de formuler au plus vite des catalogues de produits relevant de l'innovation nationale¹⁰⁸⁰, et à partir de 2009 les travaux de certification ont formellement été engagés.¹⁰⁸¹

Néanmoins, les efforts consentis par les pouvoirs publics chinois en matière d'innovation nationale ont fait l'objet de reproches de la part du monde occidental¹⁰⁸², notamment des Etats-Unis.¹⁰⁸³ Pour dissiper les inquiétudes liées au protectionnisme potentiel de ce geste, le Vice-Président de la Chine de cette époque, XI Jinping, a spécialement expliqué dans un discours en 2010 que « la politique de la promotion de l'innovation nationale en Chine bénéficie également à des entreprises étrangères investies en Chine, les entreprises étrangères font aussi partie de 'made in China'. »¹⁰⁸⁴ Néanmoins, les pouvoirs publics chinois ont fini par céder à la force internationale : le Président HU Jintao a promis en janvier 2011 dans une

1079 Arrêté ministériel n° 29 de 2007 concernant la définition du budget en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]29 号《自主创新产品政府采购预算管理办法》(废止)), l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)), l'arrêté ministériel n°31 de 2007 concernant les contrats des marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]31 号《自主创新产品政府采购合同管理办法》(废止)).

1080 Arrêté ministériel n°539 de 2006 relative au régime temporaire de certification des produits relevant de l'innovation nationale (dérogé) (2006 年国科发计字[2006]539 号《国家自主创新产品认定管理办法(试行)》(废止)).

1081 Notification n°618 de 2009 de déclencher le travail à certifier et enregistrer les produits d'innovation nationale (2009 年国科发计[2009]618 号《关于开展 2009 年国家自主创新产品认定工作的通知》).

1082 YU An, « La réalisation du développement scientifique – l'objectif essentiel du régime des marchés publics en Chine », *Marchés publics en Chine* n°3 2012, p.19-20. (于安：“把推动科学发展作为中国政府采购的制度宗旨”，《中国政府采购》2012 年第 3 期，第 18-19 页。)

1083 The American chamber of commerce in the PRC, *American Business in China*, 2009 white paper.

1084 XI Jinping, « Les entreprises étrangères et leurs produits bénéficient d'un statut égal avec les entreprises internes », *Marchés publics en Chine* n°7 2010, p.6 (习近平：“让内外资企业及其产品享受平等的待遇”，《中国政府采购》2010 年第 7 期，第 6 页。).

conférence avec le Président des Etats-Unis de déconnecter les marchés publics du catalogue des produits d'innovation nationale.¹⁰⁸⁵ A la suite de cette inflexion de la volonté politique, le ministère des finances publiques a décidé d'abroger les trois arrêtés ministériels détaillés sur le régime favorisant les produits d'innovation nationale dans le cadre des marchés publics.

Il faut cependant noter que les tentatives visant à mobiliser les marchés publics pour l'objectif de la promotion de l'innovation nationale n'ont pas absolument disparu, mais sont plutôt mis en sommeil. Cela se vérifie par le fait que les législations visant cet objectif demeurent valables jusqu'à aujourd'hui. On peut notamment citer la loi relative à la promotion de sciences et techniques de 2008, qui n'a pas été abrogée sous la pression internationale, et son article 9 qui indique que « l'Etat augmente les investissements de finances publiques pour assurer des ressources financières suffisantes au service des recherches scientifiques. En même temps, pour le même objectif, l'Etat établit des politiques en matière d'industrie, d'impôts, de financement et de marchés publics. »¹⁰⁸⁶ Ainsi juridiquement, la promotion de l'innovation nationale constitue quand même un objectif de politique publique pesant sur le régime des marchés publics en Chine, bien que sa mise en œuvre soit temporairement paralysée en raison de l'abolition des arrêtés ministériels associés.

Par rapport à l'objectif de privilégier les produits endogènes, il constitue également un objectif poursuivi depuis longtemps par la volonté politique chinoise. Son importance particulière se manifeste notamment par les efforts continuels, en dépit des pressions internationales, visant à formuler des critères permettant aux services d'identifier ces produits nationaux.

En effet, postérieurement à la loi de 2003, le directeur du service du Trésor public au sein du ministère des finances publiques, ZHOU Chengyue, a immédiatement réaffirmé en 2004 la volonté politique concernant l'objectif de l'achat national : « dans l'exécution du régime des

1085 The American chamber of commerce in the PRC, *American Business in China*, 2011 white paper, p.60.

1086 Article 9 de la loi relative à la promotion de sciences et techniques de 2008 (2008 年《科学技术进步法》第 9 条).

marchés publics, il faut désormais abandonner la logique du moins-disant et éviter l'engouement sur le rapport qualité/prix ; en revanche, nous devons examiner si l'origine des produits ou des soumissionnaires est de nature nationale. »¹⁰⁸⁷ Pour ce faire, WANG Jialing, le directeur du service des affaires juridiques du ministère des finances publiques, a conseillé en 2004 au Conseil des affaires de l'Etat de clarifier au plus vite les critères servant à identifier les produits et soumissionnaires nationaux.¹⁰⁸⁸

Cette mission est ensuite intégrée dans la mise en œuvre de la politique de l'innovation nationale. Notamment, à travers « la décision sur le programme relatif au développement de sciences et techniques de l'Etat à moyen et long terme (2006-2020) », le Conseil des affaires de l'Etat a indiqué qu'il convient précisément de formuler deux sortes de régimes de certification, à savoir le régime d'autorisation pour l'achat des produits étrangers et le régime de certification des produits nationaux, afin de remplir l'obligation d'achat national établie par la loi relative aux marchés publics de 2003.¹⁰⁸⁹

Dans la série de normes juridiques établies pour l'innovation nationale, le ministère des finances publiques a publié l'arrêté ministériel n°119 de 2007 relatif aux produits importés dans le cadre des marchés publics. Son article 4 a réaffirmé que « l'acheteur doit se procurer dans le cadre des marchés publics des produits nationaux. Dans les cas où il est sérieusement indispensable de se procurer des produits importés, il convient de déposer une demande

1087 ZHOU Chengyue, « Les point-clés du travail de l'achat centralisé des marchés publics pour les organes du gouvernement central de l'année de 2004 », *Marchés publics en Chine* n°5 2004, p.15 (周成跃: “2004 年中央国家机关政府采购集中采购的工作重点”, 《中国政府采购》2004 年第 5 期, 第 15 页。).

1088 WANG Jialin, « La réforme du régime des marchés publics : une charge lourde pour un long trajet », *Marchés publics en Chine* n°7 2004, p.21. (王家林: “政府采购制度改革仍然任重道远”, 《中国政府采购》2004 年第 7 期, 第 21 页。).

1089 Le point 25 de la décision du 9 février 2006 sur le programme relatif au développement de sciences et techniques de l'Etat à moyen et long terme (2006-2020) (2006 年 2 月 9 日《国家中长期科学和技术发展规划纲要(2006—2020 年)》第 25 点).

d'autorisation administrative. »¹⁰⁹⁰ En vertu de cet arrêté ministériel, les pouvoirs publics ont bien clarifié les critères pour identifier les produits importés, mais ils restent muets sur la question de savoir comment identifier les produits nationaux. Ceci constitue quand même un défaut sérieux, parce que l'article 10 de la loi relative aux marchés publics de 2003 a précisément imposé à l'acheteur de se procurer les produits nationaux. Il convient donc d'identifier spécialement les critères encadrant ce concept. Et effectivement, un projet d'arrêté ministériel relatif aux produits nationaux dans le cadre des marchés publics est publié en 2010 dans le site internet du Conseil des affaires de l'Etat. Néanmoins, ce projet est resté lettre morte jusqu'à aujourd'hui : le ministère des finances publiques n'a toujours pas validé la version définitive de cet arrêté.

La raison sous-jacente de ce report indéfini tient certainement à la frustration subie par la politique de la promotion de l'innovation nationale après la pression internationale exercée en 2011. Néanmoins, il convient de constater que l'impact apporté par cette dernière sur la politique visant à privilégier les produits endogènes reste très limité. D'un côté, l'article 10 de la loi relative aux marchés publics de 2003 n'a pas été abrogé, l'achat national demeure donc une obligation pesant sur l'acheteur pour ses activités au titre des marchés publics. D'un autre côté, l'arrêté ministériel de 2007 précité reste valable encore aujourd'hui, ce qui oblige l'acheteur à déposer une demande d'autorisation avant d'envisager de se procurer des produits importés.

Cependant, pour éviter de provoquer encore une fois le monde occidental, la poursuite de la politique d'achat national s'effectue désormais plutôt de façon clandestine : dans le décret d'application n°658 de la loi relative aux marchés publics en 2015, les pouvoirs publics chinois n'ont pas mentionné l'obligation d'achat national, ni précisé les critères servant à identifier les produits nationaux. Toutefois, les efforts visant à formuler ces critères persistent

1090 Article 4 de l'arrêté ministériel n°119 de 2007 relatif aux produits importés dans le cadre des marchés publics (2007 年财库[2007]119 号《政府采购进口产品管理办法》第 4 条).

jusqu'à aujourd'hui. A titre d'exemple, dans une conférence sur la préparation de la négociation à l'AMP ayant eu lieu en 2011, le directeur du service du Trésor public a rappelé que les marchés publics doivent être mobilisés pour soutenir les produits nationaux, et pour ce faire, « il convient d'adopter des mesures d'utilisation stratégique compatibles avec les exigences internationales, afin de mieux protéger les intérêts de sécurité économique de l'Etat et les intérêts du développement industriel. »¹⁰⁹¹ En 2013, le vice-ministre des finances publiques a reconnu que l'élaboration de l'arrêté ministériel relatif aux produits nationaux achetés dans le cadre des marchés publics s'inscrit dans la liste de travaux importants pour les années à venir.¹⁰⁹² Cette tentative est même réaffirmée en 2015 par un discours du directeur du service du Trésor public, qui a déclaré qu'« il convient de formuler au plus vite les critères servant à identifier les produits nationaux et d'établir un arrêté pour les encadrer. En même temps, il faut continuellement resserrer le contrôle sur les achats des produits importés. »¹⁰⁹³

En fin de compte, les efforts perpétuels visant à établir des critères et un régime encadrant spécialement les produits nationaux témoignent bien d'une volonté politique persistante en faveur de l'objectif de privilégier les produits endogènes.

Section 2. Les objectifs d'ordre social et écologique

Les objectifs d'ordre social et écologique concernent, pour l'essentiel, une série de poursuites visant à créer ou à préserver un environnement plus harmonieux dans ses aspects social et écologique. Evidemment, à part la prospérité économique, l'harmonie sociale et écologique constitue également un élément indispensable d'une société idéale et désirable.

1091 ZHAI Gang, « Résumé sur le déroulement de la négociation de la Chine à l'accès de l'AMP de l'OMC », *Marchés publics en Chine* n°6 2011, p.24 (翟钢: “2011 年全国 GPA 谈判应对暨政府采购工作会议总结”, 《中国政府采购》2011 年第 6 期, 第 24 页。).

1092 LIU Kun, « Approfondir les réformes et Réaliser l'innovation institutionnelle, créer la nouvelle situation pour la réglementation des marchés publics », *op.cit.*, p.56.

1093 LIU Zhuyu, « Les cinq problèmes essentiels pour la prochaine réforme », *Marchés publics en Chine* n°12 2015, p.26 (刘祝余: “下一步改革要把握好五大问题”, 《中国政府采购》2015 年 12 月第 26 页).

Elle peut se concrétiser dans des objectifs divers, comme l'insertion sociale pour les personnes en difficulté, la protection de conditions décentes de travail pour les employés, l'économie des énergies et la protection de l'environnement, *etc.* Nous allons alors analyser ces objectifs tout d'abord en France (§1) et ensuite en Chine (§2).

§1. Les objectifs poursuivis en France

Le poids économique des marchés publics est considérable en France comme dans l'UE, « cette importance économique explique que les Etats membres instrumentalisent leurs marchés publics ».¹⁰⁹⁴ Pour la France, une telle volonté a été clairement déclarée par la Charte constitutionnelle de l'environnement, dont l'article 6 a préconisé que « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social »¹⁰⁹⁵. Effectivement, comme nous allons le montrer ci-après, en France comme dans l'UE, ces ordres d'objectifs ont été aujourd'hui conjugués sous le nom de « développement durable », mais leurs contenus restent très divers et évolutifs. Il serait alors préférable de les analyser en fonction de leur nature générale. Ainsi, ci-après, nous allons analyser tout d'abord les objectifs d'ordre social et ensuite les objectifs d'ordre écologique poursuivis dans le cadre des marchés publics.

1. Les objectifs d'ordre social

En ce qui concerne les objectifs d'ordre social, « le mieux disant-social apparaît (...) comme une vieille idée française consistant à utiliser la commande publique comme un levier au service de l'emploi. »¹⁰⁹⁶ Depuis le décret du 4 juin 1888, plusieurs textes ont établi des

1094 Olivier Schmitt, « La commande publique et le développement durable », *Gazette du Palais*, 18 juin 2005 n°169, p.4.

1095 Article 6 du Charte de l'environnement de 2004.

1096 Laurence Dubin, « Le mieux-disant social, une vieille idée à l'épreuve du droit communautaire », *AJDA* 2002, p.493.

régimes particuliers « en faveur de certaines catégories de personnes ou d'entreprises telles que les artisans et les sociétés coopératives ouvrières de production. »¹⁰⁹⁷ Dans le même ordre d'idées, le décret du 10 août 1899 a exigé que les cahiers des charges des marchés publics contiennent des clauses ayant pour effet de garantir des conditions décentes de travail pour la main-d'œuvre. En l'occurrence, il faut « assurer aux ouvriers et employés un jour de repas, (...) payer aux ouvriers un salaire normal égal (...) au taux couramment appliqué dans la ville ou la région où le travail est exécuté », ainsi que « limiter la durée du travail journalier à la durée normale du travail en usage (...) dans ladite ville ou région. »¹⁰⁹⁸ Les protections consacrées par cette disposition ont ensuite été mises à jour par la loi du 10 août 1932 et trois décrets du 10 avril 1937 « pour tenir compte des progrès de la législation sociale en ce qui concerne notamment les dispositions relatives au placement des travailleurs, au contrôle de l'application de la législation sur les assurances sociales et les allocations familiales. »¹⁰⁹⁹

Dans le droit fil de ces efforts historiques, sous la pression notamment de l'augmentation et de l'aggravation du chômage depuis les années 1990, l'administration a été incitée à utiliser stratégiquement les marchés publics au service d'objectifs d'ordre social. Concrètement, une décision du comité interministériel pour la ville du 29 juillet 1993 a prévu « l'introduction, dans le cadre des procédures d'appel à la concurrence (...) d'une clause liant l'exécution des marchés de travaux publics à une action locale de lutte contre le chômage et pour l'insertion professionnelle (...) afin de favoriser le développement d'activités dans les quartiers difficiles ou au bénéfice de leurs habitants. »¹¹⁰⁰ Les modalités de mise en œuvre ont ensuite été précisées par la circulaire interministérielle du 29 décembre 1993. A cet égard, le législateur est aussi intervenu par la loi n°98-657 du 29 juillet 1998, dont l'article 17 tend à « conférer

1097 Georges Dumas, *op.cit.*, p.350.

1098 Le premier article du décret du 10 août 1899 conditions de travail dans les marchés passés au nom des départements.

1099 Georges Dumas, *op.cit.*, p.350.

1100 Sandrine Maljean-Dubois, « La clause du mieux-disant social n'est pas un critère additionnel d'attribution des marchés publics », *AJDA* 1997, p.196.

une base légale au critère additionnel du mieux-disant social dans l'attribution des marchés publics. »¹¹⁰¹ Même si, comme nous allons le montrer ultérieurement, cet article a été abrogé par le conseil constitutionnel, il manifeste effectivement la volonté politique des pouvoirs publics français de poursuivre, à travers les marchés publics, les objectifs d'ordre social.

Une telle idée réside toujours dans les pouvoirs publics, en effet, ils sont « de plus en plus séduits par l'idée selon laquelle les marchés publics pourraient être un vecteur de lutte contre le chômage ou l'exclusion. » Depuis 2004, effectivement, « ils n'ont pas hésité à prendre en compte sous divers aspects les considérations sociales dans le cadre de la commande publique. »¹¹⁰² En l'occurrence, le décret du 26 novembre 2004 a introduit la possibilité « de réserver certains marchés ou lots à des ateliers protégés. »¹¹⁰³ Ensuite, la loi du 11 février 2005 a inséré dans le code des marchés publics une disposition destinée à interdire la participation aux marchés publics aux « entreprises qui ne respectent pas les obligations du code du travail en matière d'emploi de travailleurs handicapés, en particulier l'obligation d'employer de tels travailleurs à hauteur de 6% de l'effectif total des salariés de l'entreprise ou, à défaut, de verser une contribution annuelle compensatrice au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés. »¹¹⁰⁴ Enfin, le plus important semble être la loi du 18 janvier 2005, dite loi « Borloo », qui a introduit au code des marchés publics une nouvelle disposition permettant à l'acheteur de pouvoir adopter « les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté » comme critère d'attribution des marchés publics.¹¹⁰⁵ Cette série de mesures a ensuite été absorbée et consacrée par le code des marchés publics de 2006, qui a d'ailleurs ajouté, pour la première

1101 Wilfrid Mbilampindo, « Marchés publics : le sort du critère additionnel d'insertion dans le jugement des offres », *Petites affiches*, 26 juin 2000 n°126, p.10.

1102 Hélène Pongérard-Payet, « Le critère social exprès d'attribution un cadeau en trompe-l'oeil fait aux élus », *AJDA* 2006, p.635.

1103 *Ibid.*, p.635.

1104 *Ibid.*, p.635.

1105 *Ibid.*, p.635.

fois, le concept de « développement durable » dans la définition des besoins. Ce nouveau concept implique naturellement une dimension sociale : en témoigne l'article 14 du code, selon laquelle « les conditions d'exécution (...) peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable ».

Dans le contexte de la crise économique de 2008, l'utilisation des marchés publics au service d'objectifs d'ordre social est encore renforcée. Les pouvoirs publics ont admis que cette crise, « en accroissant d'environ 25% le nombre des chômeurs, a rendu plus nécessaire que jamais une mobilisation des acheteurs en direction des chômeurs de longue durée qui risquent d'être les derniers à profiter de la reprise et qui ne doivent pas en être les oubliés. »¹¹⁰⁶ A titre d'exemple, le gouvernement s'est mobilisé en 2009 afin que « le recours systématique aux clauses sociales (permette) d'atteindre, d'ici 2012 et dans les segments comportant au moins 50% de main-d'œuvre, au minimum 10% des achats courants de l'Etat et de ses établissements publics avec des entreprises et/ou structures d'insertion ou employant des personnes handicapées, comme préconisé en comité opérationnel du Grenelle de l'environnement sur la thématique de l'achat durable. »¹¹⁰⁷ Dans la même année, est publiée en juillet une étude consacrée aux achats publics socio-responsables, qui a d'un côté synthétisé les mesures disponibles pour réaliser les achats socio-responsables, et d'un autre côté pluralisé les objectifs d'ordre social en encourageant à les utiliser « pour lutter contre les inégalités liées au genre ».¹¹⁰⁸ Dans le même ordre d'idées, une circulaire a été publiée le 10 février 2012 pour imposer aux établissements publics de l'Etat, qui réalisent plus de 10 millions d'euros d'achat, de « s'organiser pour développer une politique d'achats ». Précisément, ils doivent atteindre les objectifs « de développement durable et social en termes

¹¹⁰⁶ Observatoire économique de l'achat public, *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées*, décembre 2010, p.7.

¹¹⁰⁷ Guillaume Cantillon, « Création du 'Service des achats de l'État' vers un achat public performant et durable », *Contrats et Marchés publics* n° 5, Mai 2009, étude 5, numéro 42.

¹¹⁰⁸ Florian Linditch, « Notice d'information relative aux achats publics socio-responsables », *Contrats et Marchés publics* n° 11, Novembre 2009, alerte 51, numéro 3.

d'achats : les dirigeants des établissements devront veiller à ce qu'en 2012, au minimum 10 % des marchés comportent une clause environnementale et 5 % une clause sociale. »¹¹⁰⁹

Les efforts précédents en France peuvent aussi trouver leurs échos dans l'UE. Selon une communication en 2011, la dimension sociale des marchés publics est aussi prise en compte dans le nouveau texte-programme de l'UE destiné « à redynamiser le Marché unique à compter de 2012 ». En l'occurrence, il vise à développer « une politique équilibrée qui soutienne une demande pour des biens, des services et des travaux (...) socialement responsables. »¹¹¹⁰ Au fil de cette initiative, les directives de 2014 ont clairement pris en compte les considérations sociales, en cherchant à « permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs. »¹¹¹¹ Le gouvernement français les a ensuite transposés à travers l'ordonnance relative aux marchés publics de 2015, en tirant « le meilleur parti des outils offerts par les nouvelles directives européennes pour (...) promouvoir l'utilisation stratégique des marchés publics comme levier de politique en matière d'emploi, d'innovation et de développement durable. »¹¹¹²

En résumé, nous pouvons en réalité constater que les objectifs d'ordre social poursuivis dans le cadre des marchés publics en France présentent un caractère abstrait et évolutif. Ils ne se bornent jamais à certains objectifs concrets et statiques. En revanche, ils évoluent constamment et agissent comme une source d'inspiration liée à des considérations variables d'ordre social. A titre d'illustration, en France, nous pouvons au moins identifier des objectifs d'insertion sociale pour les personnes en difficulté comme les chômeurs de longue durée et les handicapés, de protection de conditions décentes de travail pour les employés, d'égalité

1109 « 10 % des marchés des établissements de l'État devront comporter une clause environnementale », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 7, 20 Février 2012, act.107, p.8.

1110 Commission européenne, *L'Acte pour le marché unique*, Bruxelles 2011, p.19-20.

1111 Considérant 2 de la directive 2014/24 du 26 février 2014.

1112 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

liée au genre et de commerce équitable etc. Il s'agit certainement d'une liste indicative, qui reste ouverte à de nouvelles considérations sociales jugées désirables dans les années à venir.

2. Les objectifs d'ordre écologique

En ce qui concerne les objectifs d'ordre écologique, ils présentent aussi une nature évolutive et sont poursuivis à la fois par la France et par l'UE.

Initialement, « la réflexion a débuté en 1996 par le Livre vert de la commission sur l'avenir des marchés publics en Europe »¹¹¹³, qui préconise que « la réglementation des marchés publics peut également contribuer davantage à la réalisation des objectifs des politiques sociale et environnementale. »¹¹¹⁴ Ensuite en 1997, le Traité d'Amsterdam établit une obligation pour le législateur des Etats membres « d'intégrer la protection de l'environnement dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques. »¹¹¹⁵ La commission européenne a même publié une communication en 2001 sur « le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés. »¹¹¹⁶ Par la suite, les directives de 2004 ont effectivement pris maintes mesures concrètes ayant pour effet de valoriser les considérations écologiques dans l'achat public. Ces mesures sont d'ailleurs couplées à un manuel intitulé « Acheter vert ! », publié en 2005 par la commission européenne, destiné à préciser encore la mise en œuvre d'une telle initiative.

Aussi en 2005, comme nous l'avons déjà cité, la charte constitutionnelle de

1113 Marie-Pierre Lavoillotte, « L'environnement dans le nouveau code des marchés publics l'affirmation du contrat au service de l'environnement », *AJDA* 2004, p.2082.

1114 Commission européenne, *LIVRE VERT LES MARCHES PUBLICS DANS L'UNION EUROPEENNE: PISTES DE REFLEXION POUR L'AVENIR*, p. III.

1115 Sophie Pignon, « La prise en compte des critères environnementaux dans les marchés publics », *Petites affiches*, 23 décembre 2002, p.5.

1116 Commission des communautés européennes, *Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés*, Bruxelles, le 15.10.2001, p.6.

l'environnement de la France est entrée en vigueur. Elle a particulièrement incité le gouvernement à prendre les politiques publiques favorables à la protection de l'environnement. Seulement un an après, le code des marchés publics de 2006 est adopté, ce nouveau code « fait expressément référence au développement durable et renforce les possibilités pour les acheteurs publics de réaliser des achats durables. »¹¹¹⁷

Un signe au niveau de l'UE d'accélérer la mise en œuvre de cette politique peut aussi être constaté. En 2007, le représentant de la Direction générale environnement de la Commission européenne a annoncé qu'un projet de communication sur les achats publics durables est en cours de préparer, visant à « renforcer de manière importante les objectifs en matière d'intégration de la dimension environnementale dans les achats durables. »¹¹¹⁸ Dans le cadre de ce projet, une série de mesures serait éventuellement adoptée, y compris d'exiger « un objectif de 30% de marchés de l'Etat respectant des critères environnementaux d'ici à 2010 », et de plus, « ce seuil pouvant être élevé à 50% d'ici à 2015. »¹¹¹⁹

Les définitions des objectifs chiffrés sont également pratiquées de façon fréquente par les pouvoirs publics de la France. A titre d'exemple, une circulaire est adoptée le 5 avril 2005 pour mettre en œuvre « le plan d'action arrêté par le gouvernement vise à accroître progressivement la part, dans les achats publics de bois, de bois tropicaux dont l'origine licite est garantie et qui sont issus d'exploitations forestières engagées dans un processus de gestion durable »¹¹²⁰, l'objectif fixé est d'au moins 50% en 2007 et la totalité des achats de produits à

1117 Claire Etrillard, « Commande publique et développement durable », *Petites affiches*, 08 mars 2007 n°49, p.3.

1118 « Initiatives en faveur du développement durable : projet de communication sur les achats publics durables », *Contrats et marchés publics* n°12 Décembre 2007, Alerte 40, p.4.

1119 « Initiatives en faveur du développement durable : projet de communication sur les achats publics durables », *Contrats et marchés publics* n°12 Décembre 2007, Alerte 40, p.4.

1120 Brigitte ROMAN-SÉQUENSE, « Dans l'accès à la commande publique, comment favoriser les produits transformés à partir du bois issu des forêts durablement gérées ? », *Contrats et marchés publics* n°11 Novembre 2007, comm. 318, p.34-35.

base de bois en 2010 répondant à cette exigence.¹¹²¹ Adoptée le 2 mai 2008, une autre circulaire relative à l'exemplarité de l'Etat en matière d'utilisation de produits issus de l'agriculture biologique dans la restauration collective, prévoit qu'il fallait pour 2012 « introduire 20% de denrées issues de l'agriculture biologique dans la restauration collective ».¹¹²² Pareillement, la loi du 3 août 2009 a posé un objectif de « réduction de 40% de la consommation énergétique des bâtiments publics d'ici 2020. »¹¹²³ Dans le même ordre d'idées, le décret du 5 mai 2011 a spécifiquement imposé dans les achats publics de véhicules de transport une obligation « de prise en compte de critères énergiques et environnementaux. »¹¹²⁴ Une telle série d'interventions soigneuses témoigne parfaitement « de la dynamique croissante du droit de l'environnement » reconnue par les pouvoirs publics.¹¹²⁵

En 2011, cette dynamique est réaffirmée au niveau de l'UE. Selon la communication de 2011, la stratégie Europe 2020 engage une croissance intelligente, durable et inclusive. Entre autres, la croissance durable implique logiquement un objectif lié à « la gestion de notre environnement et à la lutte contre le changement climatique »¹¹²⁶. Ainsi, les directives de 2014 s'inscrivent dans la continuité, en cherchant effectivement à ce que « les exigences applicables dans les domaines environnemental (...) soient prises en compte de manière

¹¹²¹ *Ibid.*, p.35.

¹¹²² Bruno Koebel, « Marchés publics : comment acheter bio ? », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 48, 3 Décembre 2012, p.2385.

¹¹²³ David-André Camous, « Les marchés publics de performance énergétique ont-ils un avenir ? », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 45, 7 Novembre 2011, p.2351.

¹¹²⁴ Florian Linditch, « Véhicules à moteur et commande publique, à propos du décret du 5 mai 2011 relatif à la prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans les procédures de commande publique », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 20, 16 Mai 2011, p.2189.

¹¹²⁵ *Ibid.*, p.2189.

¹¹²⁶ Commission européenne, *Communication de la commission au parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions : Un budget pour la stratégie Europe 2020*, Bruxelles, PART I le 29.6.2011, p.4.

appropriée dans les procédures de passation de marchés publics ». ¹¹²⁷ Une telle initiative est ensuite transposée dans les textes juridiques relatifs aux marchés publics en France. ¹¹²⁸

En fin de compte, comme un auteur l'a parfaitement résumé, il s'agit d'« une vision globale des conditions d'efficacité de l'action publique qui insiste, non seulement sur la nécessité de promouvoir l'objectif de développement durable dans l'ensemble des politiques publiques, conformément à la Charte constitutionnelle de l'environnement, mais aussi plus concrètement sur les atouts de la commande publique pour soutenir et déployer l'efficacité des politiques publiques d'insertion et de protection de l'environnement. » ¹¹²⁹ Effectivement, les considérations environnementales sont de plus en plus prises en compte à travers les marchés publics par les pouvoirs publics français dans le cadre de l'UE, et l'évolution de leurs contenus est également de plus en plus dynamique aujourd'hui.

§2. Les objectifs poursuivis en Chine

Comme c'est le cas en France, à part des poursuites de nature économique et industrielle, les marchés publics sont aussi mobilisés en Chine pour la réalisation des objectifs non-économiques. Ceci concerne principalement les objectifs d'ordre social et d'ordre écologique.

1. Les objectifs d'ordre social

Dans le champ social, les objectifs poursuivis dans le cadre des marchés publics sont très divers. De plus, leurs contenus présentent une nature évolutive au fil de la mutation du centre de gravité de la volonté politique. Il en résulte que, schématiquement, le contenu des objectifs d'ordre social en Chine se transforme de l'objectif de développement des territoires sous-développés et des régions de minorités ethniques, à celui de la protection des personnes

¹¹²⁷ Considérant 37 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

¹¹²⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

¹¹²⁹ Pascale Idoux, « Les considérations sociales et environnementales », *RFDA* 2016 p.260.

en difficulté. Nous allons les voir successivement ci-après.

Pendant la préparation législative de la loi relative aux marchés publics de 2003, les objectifs d'ordre social visent particulièrement à soutenir le développement des territoires sous-développés et des régions de minorités ethniques. A titre illustratif, en 2001, WANG Jialin, le directeur du service des affaires juridiques du ministère des finances publiques, a explicitement déclaré que « c'est une responsabilité absolue pour le régime des marchés publics de soutenir le développement des territoires sous-développés et des régions de minorités ethniques. »¹¹³⁰ Il s'agit en fait d'une opinion amplement partagée par les autres ministères. Par exemple, les hauts fonctionnaires du ministère du commerce extérieur expliquent dans un article que : « Concrètement, le régime des marchés publics doit manifester un soutien envers les entreprises situées dans les territoires sous-développés et les régions de minorités ethniques ». ¹¹³¹

Dans le processus législatif, cette tentative d'utilisation stratégique est également bien acceptée par le législateur. En vertu du rapport présenté par le vice-directeur de la Commission des finances et de l'économie de l'A.N.P. devant le comité permanent, le rapporteur a expressément mentionné l'objectif d'utilisation stratégique afin de soutenir les territoires sous-développés.¹¹³² Et ensuite, dans la version définitive de la loi relative aux marchés publics, l'article 9 a consacré officiellement cet objectif en expliquant que « les marchés publics doivent assister les objectifs de politiques publiques de l'Etat liés au développement économique et social, y compris, (...) les objectifs de soutien du développement des territoires sous-développés et des régions de minorités ethniques ». ¹¹³³

Il faut noter que l'engouement pour cet objectif à cette époque s'inscrit au sein d'une

1130 WANG Jialin, « Il faut comprendre complètement les objectifs du régime des marchés publics », *op.cit.*, p.20.

1131 ZHANG Yuqing, DU Baozhong, *op.cit.*, p.28.

1132 YAO Zhenyan, *op.cit.*, p.44.

1133 Article 9 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 9 条).

politique publique plus globale, à savoir le « Programme de développement de l'Ouest (西部大开发战略) » de la Chine. Ce programme est lancé concrètement depuis la conférence centrale des affaires économiques (中央经济工作会议) de 1999, et est préconisé directement par le Président de l'époque, JIANG Zemin. En l'occurrence, un tel programme recouvre 11 provinces situées dans l'Ouest de la Chine concernant pour la majorité des territoires sous-développés au regard des provinces de l'est de la Chine, et des subdivisions autonomes de minorités ethniques. Comme un haut fonctionnaire du ministère du commerce extérieur l'a bien indiqué, « dans le cadre du programme de développement de l'Ouest, afin de bien promouvoir le développement économique et social de ces territoires, l'Etat a déjà mis en place beaucoup de politiques privilégiées destinées aux territoires sous-développés de l'Ouest, le régime des marchés publics doit également y contribuer. »¹¹³⁴ Dans ce contexte, le législateur a naturellement intégré dans le nouveau régime des marchés publics la volonté politique de l'Etat visant à réaliser le développement de l'Ouest.

Néanmoins, avec l'arrivée au pouvoir du nouveau Président HU Jintao en 2002, le centre de gravité des politiques publiques a commencé à évoluer vers une nouvelle orientation. Celle-ci peut être concrétisée en deux idées directrices préconisées par le nouveau Président HU, savoir « Concept de développement scientifique (科学发展观) » et « Société harmonieuse (和谐社会) ». Il s'agit en fait d'une théorie qui consiste à souligner l'importance d'un nouveau concept de développement, en opposition avec l'ancien, et qui consiste à demander l'harmonisation des objectifs poursuivis d'ordre économique avec ceux d'ordre social et écologique, et d'aboutir en définitive à une société harmonieuse dans tous ces aspects. Dans ces conditions, le régime des marchés publics est davantage ramené à des objectifs d'amélioration de la protection des personnes en difficulté et de l'environnement.¹¹³⁵ Bien sûr, on se borne ici à analyser ceux qui sont liés à la protection des personnes en

¹¹³⁴ ZHANG Yuqing, DU Baozhong, *op.cit.*, p.28.

¹¹³⁵ YU An, « Les mesures pour renforcer l'utilisation stratégique des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°5 2007, p.5 (于安: “强化政府采购政策功能的重要行政措施”, 《中国政府采购》2007年第5期, 第5页。).

difficulté.

Précisément, en 2006 le comité central de P.C.C. a publié une « décision relative à des enjeux essentiels pour la construction d'une société harmonieuse (中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定) ». Ensuite, le Conseil des affaires de l'Etat a immédiatement pris le décret n°488 de 2007 relatif aux emplois des handicapés. Son article 18 dispose que « l'acheteur doit se procurer de préférence, en cas d'offres équivalentes, des produits et des services fournis par des entités employant de façon centralisée des handicapés. »¹¹³⁶ Une telle tentative d'utilisation stratégique des marchés publics est ensuite réaffirmée par la « directive relative aux services publics favorisant les handicapés » publiés par le Comité central de P.C.C. et le Conseil des affaires de l'Etat en 2008.¹¹³⁷ Cette tentative est ainsi consacrée directement et définitivement par la volonté politique.

Toujours en 2008, un amendement sur la loi relative à la protection des handicapés est validé par l'Assemblée Populaire Nationale : l'article 36 de la nouvelle version a repris presque à l'identique l'article 8 du décret de 2007 précité.¹¹³⁸ Dès lors, l'utilisation stratégique des marchés publics pour protéger les emplois des handicapés revêt une valeur législative, bien que la loi relative aux marchés publics de 2003 ne l'ait pas mentionné dans son article 9. Ainsi, nous pouvons constater que, au fil des transformations du centre de gravité de la volonté politique, les objectifs d'ordre social dans le cadre des marchés publics évoluent également.

Par la suite, une telle volonté politique a persisté jusqu'à aujourd'hui.

En 2011, le Conseil des affaires de l'Etat a validé le « Sommaire du programme du

1136 Article 18 du décret n°488 de 2007 relatif aux emplois des handicapés (2007 年国务院令 第 488 号《残疾人就业条例》第 18 条).

1137 Point 11 de la directive du 28 mars 2008 du comité central du P.C.C. et du Conseil des affaires de l'Etat relative aux services publics favorisant les handicapés (2008 年 3 月 28 日《关于促进残疾人事业发展的意见》第 11 点).

1138 Article 36 du décret n°488 de 2007 relatif aux emplois des handicapés (2007 年国务院令 第 488 号《残疾人就业条例》第 36 条).

développement des services publics favorisant les handicapés dans le douzième plan quinquennal (中国残疾人事业“十二五”发展纲要)», d'après lequel, les marchés publics sont censés être un outil effectif pour protéger les emplois des handicapés.¹¹³⁹ Cela signifie que l'utilisation stratégique des marchés publics dans cet objectif va se poursuivre pour encore 5 ans. En fait, même au terme de ces 5 ans, dans la conférence nationale du travail des marchés publics (全国政府采购工作会议) de 2015, le vice-ministre des finances publiques a continué à indiquer qu'« il convient de continuer à réfléchir comment améliorer les mesures destinées à promouvoir les emplois des handicapés. »¹¹⁴⁰

De plus, dans les années récentes, les objectifs d'ordre social attribués au régime des marchés publics se sont continuellement enrichis. Aussi dans le cadre de la protection des personnes en difficulté, les pouvoirs publics chinois ont mobilisé depuis 2014 les marchés publics pour soutenir les entreprises pénitentiaires (监狱企业), afin d'aider à l'insertion sociale des prisonniers. En l'occurrence, une instruction n°68 de 2014 est publiée avec cosignature des ministères des finances publiques et de la justice, par laquelle, les pouvoirs publics chinois exigent des acheteurs de faire un traitement préférentiel dans la passation des marchés publics aux entreprises employant des prisonniers avec la certification du ministère de la justice.¹¹⁴¹

Enfin, il faut rappeler que ni l'objectif de soutenir l'emploi des handicapés ni celui de soutenir les entreprises pénitentiaires ne sont inscrits dans la loi relative aux marchés publics de 2003. Il s'agit dans les deux cas de tentatives issues d'un changement de volonté politique postérieur à l'entrée en vigueur de la loi de 2003. Pourtant, il convient aussi d'admettre que,

1139 Les points 1 et 2 de la décision du 11 mai 2011 sur le sommaire du programme du développement des services publics favorisant les handicapés dans le douzième plan quinquennal (2011 年 5 月 11 日《中国残疾人事业“十二五”发展纲要》).

1140 LIU Kun, « Renover l'idée de la réforme, axée sur les résultat », *Marchés publics en Chine* n°12 2015, p.22 (刘昆：“改革创新理念强化结果导向”，《中国政府采购》2015 年第 12 期，第 22 页).

1141 Instruction n°68 de 2014 relative à soutenir les entreprises attachées aux prisons à travers les marchés publics (2014 年财库[2014]68 号《关于政府采购支持监狱企业发展有关问题的通知》)

en ce qui concerne les objectifs d'utilisation stratégique, la loi de 2003 n'a pas fait une énumération exhaustive mais plutôt formulé une liste indicative. Elle a donc bien intégré dès le début la nature évolutive de ces objectifs.

2. Les objectifs d'ordre écologique

En s'inscrivant dans la nouvelle orientation préconisée par le Président HU Jintao, les objectifs d'ordre écologique poursuivis dans le cadre des marchés publics en Chine tiennent principalement à la protection de l'environnement et l'économie d'énergie, bien que la loi relative aux marchés publics de 2003 n'ait consacré qu'un seul objectif de cette nature, à savoir celui de la protection de l'environnement. Il s'agit donc aussi d'une évolution postérieure à l'entrée en vigueur de la loi de 2003.

Précisément, en 2005, la cinquième session plénière du seizième Comité Central du P.C.C. (十六届五中全会) a publié la proposition du programme du onzième plan quinquennal de l'Etat (关于制定“十一五”规划的建议). Dans celle-ci, le comité central du P.C.C. a notamment proposé l'objectif étatique d'établir une société économisant l'énergie et respectant l'environnement (资源节约型、环境友好型社会).¹¹⁴² Une telle déclaration d'un objectif politique binaire marque ainsi l'origine de la volonté politique derrière tous les efforts postérieurs destinés à mobiliser les marchés publics pour les deux objectifs précités, à savoir celui de la protection de l'environnement et celui de l'économie d'énergie.

Par rapport à l'objectif d'économie d'énergie, comme nous l'avons déjà vu, le législateur a omis de le mentionner dans la loi relative aux marchés publics de 2003. Ce sont ainsi les efforts postérieurs à la loi de 2003 qui ont complété ce nouvel élément. En l'occurrence, la volonté politique attachée à mobiliser les marchés publics pour soutenir cet objectif se manifeste initialement en 2004 dans « l'instruction relative au lancement des activités

¹¹⁴² Le point 6 de la décision du 14 mars 2006 sur le programme du onzième plan quinquennal de l'Etat sur le développement de la société et de l'économie nationale (2006年3月14日《国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》第六点).

d'économie d'énergie » publiée par le Conseil des affaires de l'Etat. En vertu de celle-ci, il est proposé d'« approfondir les réformes sur le régime des marchés publics, (...) afin de donner l'exemple d'un pionnier dans l'économie d'énergie. »¹¹⁴³ Par la suite, les pouvoirs publics chinois ont immédiatement enrichi les normes juridiques encadrant les marchés publics concernant cet objectif. Plus précisément, à la fin de l'année 2004, le ministère des finances publiques et la commission nationale pour le développement et la réforme ont publié en cosignature « Les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits d'économie d'énergie », qui constitue le cadre élémentaire du régime de l'utilisation stratégique des marchés publics pour l'économie d'énergie.

Plus tard, le Conseil des affaires de l'Etat a publié en 2006 une décision intitulée « Décision de renforcer le travail en matière d'économie d'énergie », à travers laquelle l'importance de cet objectif consacré par la volonté politique est clairement réaffirmée : « afin de rendre effectif le concept du développement scientifique, (...) et d'accélérer la construction de la société d'économie d'énergie, de réaliser les buts d'économie d'énergie fixés par le programme du onzième plan quinquennal, le Conseil des affaires de l'Etat décide (...). »¹¹⁴⁴ Un an après, deux documents visant à ses applications concrètes au travers des marchés publics sont publiés en 2007 par le Conseil des affaires de l'Etat. Il s'agit de « l'instruction relative à la solution synthétique visant à économiser l'énergie et à réduire l'évacuation des matières polluantes »¹¹⁴⁵ et « l'instruction relative à établir l'obligation d'achat public des produits d'économie d'énergie »¹¹⁴⁶.

1143 Le point 1 de l'instruction n°30 de 2004 relative au lancement des activités d'économie d'énergie (2004 年国办发[2004]30 号《国务院办公厅关于开展资源节约活动的通知》第(一)点).

1144 Décision n°28 de 2006 de renforcer le travail en matière d'économie d'énergie (2006 年国发[2006]28 号《国务院关于加强节能工作的决定》).

1145 Instruction n°15 de 2007 relative à la solution synthétique visant à économiser l'énergie et à réduire l'évacuation des matières polluantes (2007 年国发[2007]15 《国务院关于印发节能减排综合性工作方案的通知》).

1146 Instruction n°51 de 2007 relative à établir l'obligation d'achat public des produits d'économie d'énergie (2007 年国办发[2007]51 号《国务院办公厅关于建立政府强制采购节能产品制度的通知》).

Sur la base de ces efforts politiques et réglementaires, un amendement sur la loi relative à l'économie d'énergie est enfin formulé, et est ensuite validé en 2008. La nouvelle version de cette loi a notamment prescrit « l'utilisation stratégique des moyens de l'impôt et des finances publiques, ainsi que des marchés publics, pour encourager et inciter à la réalisation de l'économie des énergies. »¹¹⁴⁷ L'utilisation stratégique des marchés publics pour cet objectif est ainsi désormais dotée d'une valeur législative.

Par rapport à l'objectif de protection de l'environnement, à la suite de la proposition en 2005 du comité central du P.C.C. visant à établir une société respectant l'environnement, le Conseil des affaires de l'Etat a concrétisé cet objectif politique de développement de l'économie circulaire, en publiant les « avis concernant l'accélération du développement de l'économie circulaire »¹¹⁴⁸. D'après ce document, le Conseil des affaires de l'Etat a imposé aux acheteurs publics de « procéder à l'achat vert » afin de « réduire autant que possible les atteintes à l'environnement écologique. »¹¹⁴⁹

Ensuite, au niveau des mesures concrètes d'application, « en vue de pousser à la construction d'une société respectueuse de l'environnement, et de rendre effective l'utilisation stratégique des marchés publics pour la politique publique de protection de l'environnement », les ministères des finances publiques et de la protection environnementale ont publié en cosignature en 2006 « les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique »¹¹⁵⁰ Après cela, les efforts précédents sont enfin synthétisés par la

1147 FU Zhihuan, « Le rapport sur la proposition de révision de la loi relative à l'économie d'énergie », La 28^{ème} conférence du comité permanent de la 10^{ème} session de l'ANP, le 24 juin 2007 (傅志寰：“关于《中华人民共和国节约能源法（修订草案）》的说明”，第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议，2007年6月24日。).

1148 Instruction n°22 de 2005 sur les avis concernant l'accélération du développement de l'économie circulaire(2005 年国发[2005]22 号《国务院关于加快发展循环经济的若干意见》).

1149 Instruction n°22 de 2005 sur les avis concernant l'accélération du développement de l'économie circulaire(2005 年国发[2005]22 号《国务院关于加快发展循环经济的若干意见》).

1150 Arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique(2006 年财库[2006]90 号《关于环境标志产品政府采购实施的意见》).

législation de 2008 relative à la promotion de l'économie circulaire. Dans cette dernière, outre une série de mesures concrètes adoptées, un principe est posé à l'article 48 : « l'Etat applique les politiques publiques des marchés publics favorisant le développement de l'économie circulaire. »¹¹⁵¹ Ainsi, après la loi relative aux marchés publics de 2003, l'utilisation stratégique des marchés publics visant à la protection de l'environnement a reçu de nouveau une consécration législative. Celle-ci est clairement le résultat des efforts motivés par la volonté politique postérieure à la législation relative aux marchés publics de 2003, attachée plus précisément aux concepts de « développement scientifique » et de « Société harmonieuse ».

Aujourd'hui, tant l'économie des énergies que la protection de l'environnement s'inscrivent dans les objectifs poursuivis en matière de marchés publics par les pouvoirs publics chinois. A titre d'illustration, un amendement à la loi relative à la protection environnementale est validé en 2014 par le législateur chinois, selon lequel, « l'Etat adopte les mesures et les politiques en matière (...) de marchés publics, pour encourager et soutenir le développement de l'industrie liée à la protection environnementale, comme la fabrication d'équipement dans cet objectif et la prestation de services autour de l'environnement et l'optimisation de l'utilisation des énergies. »¹¹⁵² En 2015, le décret d'application n°658 de la loi relative aux marchés publics a modifié, au regard de la disposition correspondante de la loi de 2003, l'énumération des objectifs de l'utilisation stratégique des marchés publics, en ajoutant particulièrement celui d'économiser l'énergie.¹¹⁵³ De plus, même au niveau pratique, l'utilisation stratégique des marchés publics pour ces objectifs est aussi fréquente aujourd'hui. Par exemple, en 2016 le comité permanent du Conseil des affaires de l'Etat a imposé que les

1151 Article 48 de la loi relative à la promotion de l'économie circulaire de 2008 (2008 年《循环经济促进法》第 48 条).

1152 Article 21 de la loi relative à la protection environnementale de 2014 (2014 年新修订《环境保护法》第 21 条).

1153 Article 6 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 6 条).

gouvernements de différents niveaux et les établissements publics augmentent à l'avenir la proportion dans leurs marchés publics des « voitures à énergies nouvelles » à un niveau supérieur de 50%.¹¹⁵⁴

En fin de compte, nous pouvons constater que, à l'origine d'une volonté politique exprimée postérieure à la loi de 2003 consistant à établir une société économe en énergie et respectueuse de l'environnement, les marchés publics en Chine sont stratégiquement mobilisés pour soutenir les objectifs d'économie des énergies et de protection environnementale. Ainsi, les efforts poursuivant les objectifs d'ordre écologique en Chine ont sensiblement dépassé le cadre juridique établi initialement par la loi relative aux marchés publics de 2003. En revanche, ils évoluent et s'attachent plutôt à la volonté politique corrélative. Et ces efforts ont enfin été concrétisés dans des textes à valeur législative.

1154 « Le Conseil des affaires de l'Etat demande d'augmenter la proportion des voitures à énergies nouvelles dans les marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°3 2016, p.4 (“ 国务院常务会议要求提高新能源汽车政府采购占比 ”, 《中国政府采购》2016 年第 3 期, 第 4 页。)

Conclusion du premier chapitre

Après avoir analysé les objectifs additionnels de l'utilisation stratégique des marchés publics en France et en Chine, deux observations s'imposent : d'un côté, les objectifs additionnels poursuivis dans ces deux pays présentent une homogénéité assez évidente, mais d'un autre côté, il ne faut pas négliger que certaines différences persistent néanmoins entre les objectifs définis dans ces deux pays.

En premier lieu, par rapport à l'homogénéité, il convient de constater que les objectifs additionnels assignés aux marchés publics sont presque similaires dans ces deux pays. Plus précisément, pour les objectifs d'ordre économique et industriel, tant en France qu'en Chine, ils se concrétisent semblablement par l'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics, la promotion de l'innovation et le choix de privilégier les produits et les opérateurs endogènes. En matière sociale et écologique, la France et la Chine partagent aussi une majorité d'objectifs concrets : la protection des personnes en difficulté, notamment des handicapés, la protection de l'environnement et la recherche d'économies d'énergie. De plus, au niveau plus profond, une réactivité face aux circonstances, la volonté politique et l'influence d'objectifs additionnels peut être pareillement constatée dans ces deux pays. En témoigne notamment, comme nous l'avons déjà vu, l'évolution très dynamique des objectifs d'ordre social et écologique dans ces deux pays en fonction de la mutation du centre de gravité de la volonté politique ; en outre, concernant les objectifs d'ordre économique, l'explosion de la crise économique en 2008 a semblablement incité les pouvoirs publics de ces deux pays à renforcer les mesures destinées à faciliter l'accès des PME aux marchés publics.

En second lieu, certaines différences persistent quand même entre les objectifs définis dans ces deux pays. En particulier, un point important mérite d'être relevé. Contrairement à ce qui est le cas en France, les objectifs d'ordre économique et industriel en Chine s'attachent plus fermement à une volonté de protectionnisme.

Plus précisément, quant à l'objectif de promotion de l'innovation, les pouvoirs publics chinois ont expressément doté cet objectif d'une nature endogène, qui se manifeste dans l'expression « innovation nationale ». Mais en France, en présentant la politique d'innovation, nous n'avons pas particulièrement souligné l'origine nationale de l'innovation, et notamment, sous le cadre du droit de l'UE, la France est simplement interdite de privilégier par l'attribution des marchés publics les opérateurs nationaux dans l'application de la politique d'innovation. D'ailleurs, quant à l'objectif de privilégier les produits endogènes, les pouvoirs publics chinois ont mis en place une priorité systématique en faveur des produits nationaux au regard des produits importés. Néanmoins, ce n'est le cas ni en France ni au sein de l'UE. Même si, comme nous l'avons déjà vu, au regard des produits et des opérateurs à l'origine des pays tiers, l'UE et la France ont commencé récemment à changer leur position traditionnelle extra-libérale, le principe utilisé par la France et l'UE est toujours de garantir l'accès libre pour les produits et les opérateurs étrangers : d'un côté, en tant que membres de l'AMP, la France et l'UE doivent ainsi s'assurer d'être accessibles en matière de marchés publics pour tous les autres Etats membres ; d'un autre côté, même pour des produits et des opérateurs à l'origine des pays tiers, l'exigence de la réciprocité est posée essentiellement « pour but d'encourager les partenaires à entamer des négociations et d'ouvrir les appels d'offres aux soumissionnaires et aux produits de l'Union dans les pays tiers. ».¹¹⁵⁵ En revanche, la position adoptée en Chine présente toujours un caractère protectionniste au regard des produits non-nationaux.

¹¹⁵⁵ Commission européenne, *Proposition modifiée de règlement du parlement européen et du conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers*, Bruxelles, le 29.1.2016 COM(2016) 34 final, p.2.

Chapitre 2. La mise en œuvre des objectifs additionnels dans le cadre des marchés publics

Dans le cadre des marchés publics, les concepteurs en France et en Chine ont établi des mesures variées, soit favorables, soit favorisées, à la réalisation des objectifs que nous avons précédemment énoncés. Ces mesures se développent graduellement, et à l'état actuel, la mise en œuvre de ces objectifs a pu être déployée dans presque tous les stades des activités de marchés publics. Ci-après, on va présenter précisément ces mesures en fonction du stade auquel elles s'attachent. A cet égard, on peut schématiquement distinguer deux stades principaux : celui de la préparation pour la mise en concurrence (Section 1) et celui du déroulement de la mise en concurrence (Section 2).

Section 1. Les préparations pour la mise en concurrence

Au stade de la préparation de la mise en concurrence, l'acheteur doit tout d'abord définir les besoins et formuler les spécifications techniques, ainsi que d'éventuelles conditions d'exécution jugées nécessaires par l'acheteur. Ensuite, il doit choisir la modalité de passation du marché, soit par lots séparés, soit en forme globale ; pareillement, les concurrents doivent décider les modalités de leur candidature : unique, groupée ou sous-traitant. Dans ces deux étapes concrètes, les concepteurs en France (§1) et en Chine (§2) ont tous adopté les mesures au service de la mise en œuvre des objectifs additionnels.

§1. Les mesures adoptées en France

Nous allons constater que, au fil des évolutions du régime des marchés publics en France, les mesures adoptées se développent et s'enrichissent progressivement.

1. La définition des besoins

Pour l'essentiel, cette étape tient à définir, sous forme des spécifications techniques, les besoins auxquels l'acheteur recherche un ou plusieurs titulaires pour répondre, et ces titulaires doivent le faire en respectant certaines conditions d'exécution exigées par cet acheteur. Les pouvoirs publics français s'efforcent depuis longtemps à intégrer les considérations additionnelles dans chaque élément de cette étape.

En l'occurrence, depuis les années 1990, le gouvernement a commencé à les intégrer dans les conditions d'exécution du marché. Une décision du comité interministériel pour la ville du 29 juillet 1993 a introduit une « clause liant l'exécution des marchés de travaux publics à une action locale de lutte contre le chômage et pour l'insertion professionnelles (...) afin de favoriser le développement d'activités dans les quartiers difficiles ou au bénéfice de

leurs habitants. »¹¹⁵⁶ Naturellement, cet effort nous conduit ensuite à chercher à intégrer les objectifs de cette nature dans la définition des besoins des marchés publics, c'est pour cela que la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 a essayé d'introduire « un objectif d'insertion professionnelle dans la conclusion des marchés publics de travaux ». ¹¹⁵⁷ Nous allons l'analyser dans le prochain, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont annulé ces efforts d'apprentissage, le code des marchés publics et le droit de l'UE vont les reconnaître au fur et à mesure ultérieurement.

Depuis 2001, l'adoption des conditions d'exécution de nature « mieux-disant social » est « autorisé (e), de manière explicite, par le nouveau code des marchés publics et, de manière déductive, par les directives communautaires relatives aux marchés publics. » ¹¹⁵⁸ Précisément, l'article 14 du code de 2001, repris par le code des marchés publics de 2004¹¹⁵⁹, a prescrit que « la définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement. »¹¹⁶⁰ En bref, cette sorte de pratique « prend la forme de clauses contractuelles fixant des obligations aux entreprises titulaires du marchés » relatives aux considérations sociales ou environnementales.¹¹⁶¹ Ceci est également reconnu au niveau de l'UE. La communication de la commission du 15 octobre 2001 relative aux aspects sociaux des marchés publics a expressément évoqué « la possibilité pour un adjudicateur d'insérer un article prévoyant l'obligation de mettre en œuvre, à l'occasion de l'exécution de la prestation, des mesures destinées à promouvoir l'égalité des

1156 Décision du gouvernement du 29 juillet 1993 relative à la prise en compte de critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics.

1157 CC. n° 98-403 DC du 29 juillet 1998 sur la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

1158 Laurence Dubin, *op.cit.*, p.497.

1159 Marie-Pierre Lavoillotte, « L'environnement dans le nouveau code des marchés publics l'affirmation du contrat au service de l'environnement », *op.cit.*, p. 2081.

1160 Article 14 du code des marchés publics de 2004.

1161 Laurence Dubin, *op.cit.*, p.497.

chances entre hommes et femmes ou la diversité ethnique ou raciale. »¹¹⁶² Dans le même ordre d'idées, la communication de la commission relative à l'environnement a précisé que « le pouvoir adjudicateur a la possibilité de déterminer les clauses contractuelles (détaillées), relatives au mode d'exécution du marché. (...) Elles concernent seulement l'exécution même du marché. Cela signifie que chaque candidat, s'il finit par emporter le marché, doit être en mesure d'exécuter ces clauses. »¹¹⁶³ Sur ce point, la commission a mentionné notamment « la récupération ou la réutilisation des matériaux d'emballage et des produits usagers par le fournisseur, le transport et la livraison de produits chimiques concentrés et dilués sur le lieu d'utilisation ». ¹¹⁶⁴

L'intégration des préoccupations additionnelles dans les besoins et les conditions d'exécution de l'acheteur a été encore avancée dans le code des marchés publics de 2006. D'après lequel, « très en amont dans le processus de commande publique, les objectifs du développement durable doivent être pris en compte dans la détermination de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire. »¹¹⁶⁵ Naturellement, les considérations additionnelles peuvent aussi être intégrées dans la formulation des spécifications techniques. A cet égard, le code de 2006 a notamment posé que « lorsque les performances ou les exigences fonctionnelles (...) comportent des caractéristiques environnementales, celles-ci peuvent être définies par référence à tout ou partie d'un écolabel »¹¹⁶⁶. Enfin, les conditions d'exécution restent toujours le moyen disponible à prendre en compte les préoccupations additionnelles. Selon le gouvernement, cet outil permet « aux acheteurs publics de fixer eux-mêmes le niveau d'exigence environnementale (et sociale) qu'ils souhaitent voir respecter au travers de leurs

1162 Thomas Gliozzo, « L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres », *AJDA* 2002, p.1476.

1163 *Ibid.*, p.1477.

1164 Sophie Pignon, *op.cit.*, p.6.

1165 François Guy Trébulle, « Marchés publics et développement durable (suite) », *RDI* 2006, p.442.

1166 VII de l'article 6 du code des marchés publics de 2006.

marchés. »¹¹⁶⁷

Sous l'empire du code de 2006, les modalités d'utilisation des mesures précitées ont été encore développées et précisées par les guides ou les rapports issus du gouvernement.

A titre d'exemple, dans la notice d'information relative aux achats publics socio-responsables, publiée en juillet 2009 par le groupe d'étude des marchés de développement durable, il préconise que « l'absence d'objectif de développement durable doit être justifiée ». En l'occurrence, « l'acheteur public a l'obligation de s'interroger sur la possibilité d'intégrer dans son marché (spécifications techniques, cahiers des charges, conditions d'exécution) (...) des exigences en termes de développement durable ».¹¹⁶⁸ D'ailleurs, dans le guide intitulé « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées » publié en 2011, l'auteur a proposé aux acheteurs de conclure « les marchés publics de services dont l'objet est l'insertion de publics en difficulté »¹¹⁶⁹. Dans ce cas, les besoins de l'acheteur s'attachent complètement à des considérations sociales, les marchés conclus en ce sens constituent alors un autre moyen efficace à la réalisation des objectifs additionnels. De plus, selon ce même guide, l'auteur a bien valorisé les conditions d'exécution, en remarquant qu'elles « constituent la modalité d'insertion des publics éloignés de l'emploi la plus courante et la plus sûre juridiquement. »¹¹⁷⁰ Dans le même ordre d'idées, en 2015 le gouvernement rappelle que « l'insertion de clauses sociales et l'intégration d'objectifs environnementaux dans les stratégies ministérielles font partie des objectifs prioritaires à prendre en compte dans les politiques d'achat public. » D'ailleurs, la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire a encore souligné l'importance des

1167 Rép. min. n° 102882 : JOAN Q, 28 nov. 2006, p. 12458 (Q. 5 sept. 2006, M. Dino Cinieri).

1168 Groupe d'étude des marchés de développement durable, *Notice d'information relative aux achats publics socio-responsables*, Direction des affaires juridiques juillet 2009, p.20.

1169 Observatoire économique de l'achat public, *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées*, décembre 2010, p.17.

1170 *Ibid.*, p.19.

conditions d'exécution, en exigeant de « mettre en place un schéma de promotion des achats publics socialement responsables », et « ce schéma doit déterminer des objectifs à attendre en matière de marchés intégrant des clauses d'exécution dites sociales ».¹¹⁷¹

Avec la réforme lancée depuis 2015 relative aux marchés publics, ont été réaffirmées les mesures adoptées précédemment par les pouvoirs publics. Par rapport à la définition des besoins, l'article 30 de l'ordonnance de 2015 a posé que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées (...) en prenant en compte des objectifs de développement durable ». Il en résulte que, lorsque les spécifications techniques sont formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, « elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales ou sociales ».¹¹⁷² De plus, « la prise en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou de fonctionnalité pour tous les utilisateurs est renforcée puisqu'elle devient exigée sauf cas dûment justifié, et non plus seulement chaque fois que possible. »¹¹⁷³ Par rapport aux conditions d'exécution du marché, selon l'ordonnance de 2015, elles « peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi (...). Elles peuvent aussi prendre en compte la politique menée par l'entreprise en matière de lutte contre les discriminations. »¹¹⁷⁴

En définitive, dans cette étape les acheteurs sont autorisés à intégrer les considérations additionnelles dans la définition des besoins, la formulation des spécifications techniques et la détermination des conditions d'exécution. Au travers de ces efforts, seront mis en œuvre dans le cadre des marchés publics les objectifs additionnels.

1171 Rép. min. n° 675 : JOAN Q 7 juill. 2015, p. 5214 (Q. 28 oct. 2014, Mme Michèle Delaunay).

1172 Article 6 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

1173 Alexandre Labetoule, Sophie Le Cadet, Ariane Bardoux, « Panorama des principales nouveautés de la réforme du droit des marchés publics », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 20, 23 Mai 2016, 2130, p.32.

1174 Article 38 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

2. Le choix des modalités de passation et de candidature

Dans cette étape, l'acheteur doit choisir, pour la passation du marché concerné, une modalité concrète de mise en concurrence, en encourageant la compétition entre les grands opérateurs, ou en maintenant une ouverture à des petits ou moyens opérateurs. Au travers de la régulation imposée sur cette étape, les pouvoirs publics français ont réussi à établir une série de mesures pour la réalisation des objectifs additionnels dans le cadre des marchés publics.

En ce qui concerne la modalité de l'ouverture à des petits ou moyens opérateurs, nous pouvons résumer trois mesures concrètes au service des politiques publiques. Précisément, les besoins de l'acheteur sont dirigés par les pouvoirs publics, qui poussent à leur fragmentation, soit directement sous forme de lots séparés, soit indirectement à travers la sous-traitance, afin de favoriser notamment l'accès des PME aux marchés publics. L'allotissement et la sous-traitance constituent ainsi deux mesures importantes. Le groupement d'entreprises, en tant que troisième mesure, est lui aussi autorisé et facilité par les pouvoirs publics, en leur permettant d'être plus capables de répondre à des besoins de l'acheteur lorsqu'ils sont démesurés à l'égard de capacités de ces entreprises.

En fait, ces pratiques existent déjà depuis longtemps en France. Par exemple, dans les années 1970, « la sous-traitance se rencontre à la fois dans le domaine des fournitures et dans celui du Bâtiment et des Travaux publics et on la trouve dans la plupart des secteurs industriels et dans les services. »¹¹⁷⁵ A cette époque-là, le désavantage des petites entreprises « est en partie compensé par le fait qu'une partie des marchés publics notifiés aux grandes entreprises sont en fait sous-traités aux petites. »¹¹⁷⁶ Derrière ce phénomène, nous pouvons constater les efforts émanant des pouvoirs publics. A travers la circulaire du 14 mars 1973, ils ont établi « de nouvelles conditions de recours à la sous-traitance » et amélioré « la situation

¹¹⁷⁵ Jean Dupoux et Bernard Grosgeorge, *op.cit.*, p.110.

¹¹⁷⁶ Edouard Mathieu et Maryse Suberchicot, *op.cit.*, p.112.

des sous-traitants »¹¹⁷⁷. Pour encore renforcer l'effectivité des sous-traitances, les pouvoirs publics ont ensuite décidé « de s'orienter vers des solutions plus contraignantes », et dans ce contexte, « le législateur a finalement adopté le 22 décembre 1975 une loi relative à la sous-traitance »¹¹⁷⁸ qui a consacré l'« automaticité du paiement direct » vers le sous-traitant¹¹⁷⁹ et établi « une action directe au bénéfice du sous-traitant ».¹¹⁸⁰

La faveur dont bénéficie la sous-traitance a aussi eu des échos au sein de l'UE. « S'inspirant de l'exemple français », la Commission européenne « préconise dans la communication (du 18 déc. 1978 relative aux contrats de sous-traitance) un programme visant au développement et à la promotion de la sous-traitance », elle « estime que ce type de relations inter-entreprises est particulièrement adapté aux activités transnationales des PME. »¹¹⁸¹ A cela s'ajoute le procédé de « collaboration entre entreprises » proposé dans la même communication, l'UE encourage par-là les PME à se grouper pour participer à la concurrence des marchés publics.¹¹⁸²

Depuis la réforme en 2001 relative aux marchés publics, les pouvoirs publics français ont réaffirmé la possibilité de sous-traitance dans le code des marchés publics de 2001 et celui de 2004 : « afin de favoriser la diffusion de la commande publique au sein des entreprises spécialisées et des entreprises petites ou moyennes, le recours à l'utilisation d'une sous-traitance a été autorisés à l'attribution d'un marché ».¹¹⁸³ Se basant sur une telle possibilité, le code de 2006 a introduit une innovation qui se situe dans son droit fil, en autorisant l'acheteur à « demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites ou moyennes

1177 *Ibid.*, p.111.

1178 *Ibid.*, p.112

1179 *Ibid.*, p.112.

1180 *Ibid.*, p.113.

1181 Christian Bolze, *op.cit.*, p. 726.

1182 *Ibid.*, p.724.

1183 Jean-David Dreyfus, « Code des marchés et PME le choix de la discrimination positive », *op.cit.*, p.1769.

entreprises. »¹¹⁸⁴ Même si ceci ne peut pas être considéré comme un critère d'attribution, ce procédé peut probablement inciter les titulaires à effectuer les sous-traitances comme promis.

Une autre innovation majeure issue du code de 2006 consiste à faire peser une nouvelle obligation sur l'acheteur, dite l'obligation de l'allotissement : « auparavant, l'administration pouvait parfaitement passer un marché unique pour l'attribution de deux prestations distinctes, dès lors que cela ne procédait pas de la volonté de limiter la concurrence entre les prestataires potentiels. »¹¹⁸⁵ Cependant, d'après le code de 2006, il s'agit désormais d'une obligation juridique en principe. Selon la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application, « les pouvoirs adjudicateurs sont donc fortement incités à recourir à l'allotissement pour l'ensemble de leurs marchés. La dévolution sous forme de marché global devient désormais l'exception. »¹¹⁸⁶ Bien qu'il existe certaines exceptions assez vastes reconnues par le code¹¹⁸⁷, « l'allotissement constitue un élément majeur de la politique d'ouverture aux PME-TPE. »¹¹⁸⁸

De plus, la « collaboration entre entreprises » précitée est toujours possible, du code des marchés publics de 2001 jusqu'à celui de 2006, sous le nom de groupements de candidats ou des offres. Ce procédé « permet aux PME et TPE qui ne peuvent répondre seules (compte tenu du marché ou du lot) de se grouper pour la réalisation du marché afin de pouvoir y accéder directement. »¹¹⁸⁹

Les directives de 2014 et les nouveaux textes juridiques adoptés en France depuis 2015 ont continuellement consacré ces trois mesures précitées : « l'allotissement, le recours facilité à la sous-traitance ou aux réponses en groupements (qui sont) jugé tout aussi efficaces pour

1184 Article 48 du code des marchés publics de 2006.

1185 Jean-David Dreyfus, « Code des marchés et PME le choix de la discrimination positive », *op.cit.*, p.1771.

1186 Point 6.1 de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics.

1187 Article 10 du code des marchés publics de 2006.

1188 Florian Linditch, « Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics », *Contrats et Marchés publics* n° 2, Février 2013, alerte 5, p.3.

1189 Brigitte ROMAN-SÉQUENCE, « Accès des PME à la commande publique : rappel du dispositif mis en place dans le Code des marchés publics », *Contrats et Marchés publics* n° 12, Décembre 2013, comm. 330, p.53

aider au développement des PME. »¹¹⁹⁰ Il faut juste préciser que les pouvoirs publics français ont encore apporté des aménagements non négligeables à l'obligation d'allotissement.

Concrètement, tout d'abord, le statut de l'obligation de l'allotissement, en tant que principe de base, est encore consolidé. Premièrement, en vertu de la nouvelle disposition adoptée par l'ordonnance de 2015, désormais « le non-recours à l'allotissement devra faire l'objet de justification de la part des acheteurs »¹¹⁹¹. Deuxièmement, le champ d'application de cette obligation est élargi, sachant que la règle de l'allotissement « ne valait jusque-là que pour les marchés relevant du Code des marchés publics. »¹¹⁹² De plus, l'effectivité de cette obligation est encore renforcée. L'ordonnance de 2015 a introduit une série de dispositions qui autorisent l'acheteur à « limiter l'accès (des candidats) à certains lots en déterminant la nombre maximum de lots sur lesquels un opérateur économique peut candidater »¹¹⁹³, et aussi à « limiter le nombre de lots à attribuer à une même entreprise »¹¹⁹⁴. A cet égard, comme un auteur l'a bien remarqué, ces dispositions sont « destinée à limiter les marchés où un seul opérateur économique remporte l'ensemble des lots d'une même consultation. »¹¹⁹⁵ Ces nouvelles dispositions peuvent ainsi être employées pour assurer l'effectivité de l'obligation de l'allotissement en matière de réalisation des politiques publiques.

Enfin, il ne faut pas oublier ces modalités de concurrence encouragent la compétition entre les grands opérateurs, sachant qu'elles peuvent également constituer une mesure au service des politiques publiques. A titre d'exemple, les contrats de performance énergétique, en

1190 Michaël Karpenschif, « Le contrat au service des politiques publiques : 'Contrat public et Union européenne' », *RFDA* 2014, p.22.

1191 Mathieu Loriou, « L'élargissement de l'obligation d'allotissement par l'ordonnance du 23 juillet 2015 », *AJ Collectivités Territoriales* 2015 p.625.

1192 « La réforme de la commande publique est lancée ! » *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 30-34, 27 Juillet 2015, act.673, p.11-12.

1193 Mathieu Loriou, *op.cit.*, p.627.

1194 *Ibid.*, p.627.

1195 *Ibid.*, p.627.

tant que contrat global, sont définis comme « un accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, selon lequel des investissements dans cette mesure sont consentis afin de parvenir à un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini. »¹¹⁹⁶ Ici, l'objectif inhérent à ce contrat consiste effectivement à la réalisation de la politique environnementale définie par l'UE et acceptée par la France.

Sur ce point, il faut ajouter que, à travers la réforme lancée en 2015, « les conditions de recours à certains marchés globaux ont été assouplies. »¹¹⁹⁷ Notamment pour les marchés de conception-réalisation, l'ordonnance de 2015 a enrichi les hypothèses permettant d'y recourir, en ajoutant le cas d'« engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique »¹¹⁹⁸. Comme un auteur l'a bien remarqué, une telle hypothèse « offre de larges possibilités de motivation » du recours à ce marché¹¹⁹⁹, et permet également à l'acheteur de faciliter leur utilisation stratégique, pour réaliser les politiques énergétiques. Si l'objectif de performance a été bien chiffré, selon l'ordonnance de 2015, l'acheteur peut adopter une autre sorte de contrat global intitulé « marchés publics globaux de performance ». En associant l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation, ce contrat constitue un marché encore plus globalisé¹²⁰⁰, ce qui lui permet éventuellement d'être plus performant quant à la réalisation d'efficacité énergétique et à la prise en compte des incidences écologiques.

1196 Article 3 de la directive 2006/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques et abrogeant la directive 93/76/CEE du Conseil.

1197 Alexandre Labetoule, Sophie Le Cadet, Ariane Bardoux, *op.cit.*, p. 32.

1198 Florian Linditch, « Allotissement et marchés globaux », *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2015, dossier 6, numéro 17.

1199 *Ibid.*, numéro 20.

1200 *Ibid.*, numéro 21.

§2. Les mesures adoptées en Chine

Pareillement en Chine, au stade de la préparation à la mise en concurrence, les pouvoirs publics ont pris des mesures destinées à poursuivre les politiques publiques. Plus précisément, il s'agit de mesures s'inscrivant dans deux étapes concrètes : la définition des besoins et le choix des modalités de passation et de candidature. Comme c'est le cas en France, les mesures correspondantes adoptées en Chine se formulent au fur et à mesure.

1. La définition des besoins

En réalité, la loi relative aux marchés publics de 2003 n'a pas imposé à l'acheteur de prendre en compte des considérations additionnelles dans la définition des besoins. Il faut attendre l'entrée en vigueur du décret d'application n°658 de la loi relative aux marchés publics de 2015, dont l'article 6 a enfin expressément consacré « la définition des besoins et des spécifications techniques » comme un outil au service de l'utilisation stratégique des marchés publics.¹²⁰¹

Néanmoins, antérieurement à cette consécration explicite, cet outil s'applique déjà en pratique depuis longtemps. Notamment, comme nous l'avons déjà vu dans le chapitre précédent, depuis 2004 les pouvoirs publics chinois ont commencé à mettre en place des régimes plus détaillés en vue de rendre effectifs les objectifs additionnels assignés aux marchés publics. Dès lors, l'acheteur est davantage tenu de prendre en compte ces considérations de politiques publiques dans la définition de ses besoins. Ainsi, le décret de 2015 n'a posé en réalité qu'une « consécration reconnitive ».

Un tel processus d'évolution fragmenté a pour conséquence que les régimes de la prise en compte des considérations additionnelles dans la définition des besoins varient sensiblement en fonction de l'importance assignée par la volonté politique à l'objectif

1201 Article 6 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 6 条。).

précisément concerné. A cet égard, nous pouvons de façon générale identifier quatre modalités distinctes.

Tout d'abord, pour parachever l'objectif de privilégier les produits endogènes, en vertu de l'article 10 de la loi relative aux marchés publics de 2003, l'acheteur doit réfléchir et se demander dans la définition de ses besoins si ces derniers peuvent être satisfaits par les produits nationaux, ou si ses besoins ne peuvent être satisfaits que par des produits importés.¹²⁰² Une telle question est essentielle avant de déclencher la procédure de la mise en concurrence, parce que dans le deuxième cas, l'acheteur ne peut se les procurer sans une autorisation administrative spécifique.

En l'occurrence, si les produits recherchés par l'acheteur pour satisfaire ses besoins ne peuvent pas être fabriqués en Chine ou ne peuvent pas être obtenus sur le marché chinois en contrepartie d'une condition de commerce raisonnable, l'acheteur devra, pour se procurer ce produit à travers l'importation, déposer préalablement une demande d'autorisation administrative auprès des autorités des finances publiques.¹²⁰³ S'il ne dépose pas cette demande, ou si la demande déposée est finalement rejetée, l'acheteur doit reformuler ses besoins pour les satisfaire en évitant de se procurer des produits importés. En effet, selon un discours du vice-ministre des finances publiques en 2013, la proportion d'autorisations accordées demeure à un niveau très restrictif, savoir environs 3%.

Ainsi, d'après cette modalité, l'objectif de privilégier les produits endogènes doit impérativement être pris en compte par l'acheteur dans la définition de ses besoins. A cet égard, comme les pouvoirs publics chinois l'ont clairement formulé, « dans la définition des besoins et les spécifications techniques corrélatives, (...) il est interdit d'élever les standards techniques arbitrairement. Notamment sur la question des produits importés, les standards

1202 Article 10 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 10 条).

1203 Article 7 de l'arrêté ministériel n°119 de 2007 relatif aux produits importés dans le cadre des marchés publics (2007 年财库[2007]119 号《政府采购进口产品管理办法》第 7 条).

surexigés vont porter atteinte au développement de l'industrie nationale. »¹²⁰⁴ Ceci conduit alors à une priorité absolue bénéficiant aux produits fabriqués en Chine par rapport aux produits importés.

Ensuite, en ce qui concerne l'objectif de promotion de l'innovation nationale, le ministère des finances publiques a publié en 2007 un arrêté ministériel n° 29 de 2007 concernant la définition du budget en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale. Même si, comme nous l'avons déjà expliqué, cet arrêté a été abrogé en 2011 sous la sévère pression internationale, le contenu de ce document est en réalité très utile pour éclairer une des modalités selon laquelle les considérations additionnelles sont intégrées dans la définition des besoins.

Plus précisément, en vertu de cet arrêté, les services fonctionnels qui disposent d'un budget propre doivent établir dans leur projet de budget à la fois le programme d'achat général et un programme spécifique d'achats d'innovation nationale, sur la base du catalogue des produits issus de l'innovation nationale (自主创新产品目录) établi par le ministère des finances publiques. Puis, ils doivent soumettre ces programmes avec les plans de dépenses correspondant à leur autorité supérieure dirigeant une série de services fonctionnels, afin de lui permettre de rassembler tous les programmes d'achat de ses services subordonnés. Ensuite, ces programmes d'achat et plans de dépenses doivent être soumis aux autorités des finances publiques.¹²⁰⁵ Afin de décider le budget final pour chaque service fonctionnel, les autorités de finances publiques doivent examiner ces programmes et plans : elles sont obligées, en vertu de cet arrêté, de garantir préférentiellement le plan de dépenses correspondant au programme

1204 Trésor Public, Bureau des affaires des marchés publics, Direction des affaires juridiques du ministère des finances publiques, Direction des finances et d'économie du bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l'Etat, *op.cit.*, p.24.

1205 Article 11 de l'arrêté ministériel n° 29 de 2007 concernant la définition du budget en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]29 号《自主创新产品政府采购预算管理办法》(废止)第 11 条).

d'achat d'innovation nationale.¹²⁰⁶ Autrement dit, au regard d'autres objets des marchés publics s'inscrivant dans le programme général d'achat, le programme spécifique d'achat d'innovation nationale avec les produits d'innovation nationale qui s'y inscrivent bénéficie d'une priorité systématique.

Ainsi, les services fonctionnels qui disposent d'un budget propre, en tant qu'acheteur, sont obligés de prendre en compte dans la définition de leurs besoins la politique de promotion de l'innovation nationale, en attribuant surtout à cette politique une place prioritaire dans la distribution des ressources de finances publiques.

Troisièmement, en ce qui concerne l'objectif d'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics, il doit également être pris en compte par l'acheteur dans la définition de ses besoins, mais suivant une modalité différente.

Selon l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics, il appartient à l'autorité supérieure sectorielle dirigeant une série de services fonctionnels de réserver, lors de l'établissement des programmes d'achat centralisé gouvernemental et sectoriel dans le cadre du budget final ratifié par les autorités des finances publiques, au moins de 30% du montant du budget aux marchés publics exclusivement accessibles pour les PME. Et de plus, parmi ces 30% réservés, 60% doivent être réservés aux marchés publics exclusivement accessibles pour les Petites et Micro Entreprises.¹²⁰⁷

En bref, l'objectif d'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics sera pris en compte dans l'étape d'établissement du programme d'achat après la ratification du budget

1206 Article 6 de l'arrêté ministériel n° 29 de 2007 concernant la définition du budget en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]29 号《自主创新产品政府采购预算管理办法》(废止)第 6 条).

1207 Article 4 de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》第 4 条).

final. Donc, à la différence de la modalité précédente, ici le budget final a déjà été ratifié : un quota de réservation ne peut alors s'appliquer que sur la base d'un montant du budget décidé. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'une priorité au regard d'autres produits ou objets des marchés publics, mais plutôt d'une garantie minimale bénéficiant aux PME et Petites et Micro Entreprises.

A titre complémentaire, comme nous l'avons déjà présenté dans la première Partie de la présente thèse, le décret d'application de 2015 a apporté une libéralisation et une simplification dans l'organisation administrative pour la définition des besoins. Il en résulte que le pouvoir d'établir le programme d'achat d'après le budget final ratifié est désormais transféré de l'autorité supérieure sectorielle à l'acheteur précis, c'est-à-dire à chaque service fonctionnel qui dispose d'un budget propre. L'autorité supérieure sectorielle garde un rôle de supervision, pour pousser chaque service fonctionnel à effectivement prendre en compte ces considérations dans l'établissement de son programme d'achat.¹²⁰⁸ Ainsi à partir de 2015, dans la définition des besoins, chaque service fonctionnel doit mettre de côté au moins 30% du montant de son budget ratifié, pour réserver aux marchés publics exclusivement accessibles pour les PME.

En dernier lieu, en ce qui concerne les objectifs d'économie des énergies et de protection de l'environnement, leur prise en compte dans la définition des besoins ne réside ni dans la distribution des ressources de finances publiques, ni dans l'établissement du programme d'achat, mais dans la formulation de spécifications techniques et des conditions d'exécution de chaque marché spécifique.

Concrètement, il faut tout d'abord savoir qu'il existe deux catalogues établis respectivement pour ces objectifs : le catalogue des produits favorisant l'économie d'énergie

¹²⁰⁸ Trésor Public, Bureau des affaires des marchés publics, Direction des affaires juridiques du ministère des finances publiques, Direction des finances et d'économie du bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l'Etat, *op.cit.*, p.101.

(节能产品政府采购清单) et le catalogue des produits bénéficiant d'un label écologique (环境标志产品政府采购清单). Si l'objet d'un marché public est tombé dans le répertoire de ces catalogues, l'acheteur doit alors se procurer de préférence des produits à économie d'énergie ou ceux qui respectent l'environnement. Par exemple, dans le catalogue des produits favorisant l'économie d'énergie (version 2016), le réfrigérateur s'inscrit dans le répertoire, sous le code « A0206180101 » : dès lors si l'acheteur cherche à acheter un réfrigérateur, il doit se procurer préférentiellement un réfrigérateur avec effet d'économie d'énergie.¹²⁰⁹ Selon l'arrêté ministériel n°185 de 2004 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits à économie d'énergie, une telle préférence doit se manifester dans la formulation des spécifications techniques du marché d'espèce.¹²¹⁰ La même exigence est formulée par l'arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique.¹²¹¹ Alors précisément, l'acheteur doit inscrire dans les spécifications techniques « les exigences concrètes sur les effets d'économie des énergies » ou « les exigences concrètes sur les impacts environnementaux ».

De plus, par rapport à la condition d'exécution écologique, le Conseil des affaires de l'Etat a aussi posé qu'« il convient de réduire l'utilisation d'emballages perdus et d'emballages luxueuses »¹²¹² Ainsi, l'acheteur doit prendre en compte cette exigence dans la définition des conditions d'exécution. Et surtout, il convient de rappeler qu'il s'agit d'une obligation générale imposée pour tous les marchés publics, bien que l'objet du marché

1209 Le catalogue des produits favorisant l'économie d'énergie (numéro 19 de la version 2016) (2016 年《节能产品政府采购清单》第 19 期).

1210 Article 7 de l'arrêté ministériel n°185 de 2004 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits d'économie des énergies (2004 年财库[2004]185 号《节能产品政府采购实施意见》第 7 条).

1211 Article 7 de l'arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique (2006 年财库[2006]90 号《关于环境标志产品政府采购实施的意见》第 7 条).

1212 Point 6 de l'instruction n°22 de 2005 sur les avis concernant l'accélération du développement de l'économie circulaire(2005 年国发[2005]22 号《国务院关于加快发展循环经济的若干意见》第 6 点).

d'espèce ne soit pas entré dans les catalogues précités.

Au total, à travers l'intégration des considérations écologiques dans la formulation des spécifications techniques et des conditions d'exécution, les objectifs d'ordre écologique sont pris en compte dans la définition des besoins. Nous pouvons constater que, au regard d'autres modalités que nous avons précédemment présenté, une telle modalité apporte aux objectifs additionnels un effet préférentiel relativement étroit et précair.

2. Le choix des modalités de passation et de candidature

En réalité, aux yeux du législateur de la loi de 2003, le choix des modalités de passation et de candidature ne constitue pas un outil pouvant servir à la réalisation des politiques publiques. Mais, sa potentialité d'utilisation stratégique est davantage explorée dans la poursuite des objectifs de promotion de l'innovation nationale et d'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics. Ci-après, nous allons présenter successivement la sous-traitance, le groupement d'entreprises et l'allotissement en Chine. Comme c'est le cas en France, ces trois mesures peuvent être mises par l'acheteur au service de la poursuite des politiques publiques.

En premier lieu, dans la loi relative aux marchés publics de 2003, la sous-traitance n'a pas fait l'objet d'une réglementation spécifique. La seule obligation pesant sur le titulaire d'un marché qui souhaite recourir à la sous-traitance est d'obtenir préalablement l'acceptation de l'acheteur, sachant qu'en cas de sous-traitance, le titulaire du marché demeure seul responsable devant l'acheteur pour l'intégralité de l'obligation contractuelle.¹²¹³ Evidemment, une telle réglementation relève de la libéralisation endogène, dont la logique sous-jacente équivaut consiste essentiellement à celle de finances publiques.

C'est l'adoption de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics, qui a changé

1213 Article 48 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 48 条).

cette situation. Son article 8 pose que « nous encourageons l'acheteur à accepter la demande déposée par le titulaire grande entreprise tenant à faire sous-traiter le marché par les PME. »¹²¹⁴ Par-là, l'accès des PME aux marchés publics serait facilité. Cependant, c'est une disposition trop simpliste, qui n'entraîne de contrainte ni sur l'acheteur ni sur le titulaire. Les effets réels de cette mesure restent donc douteux. Néanmoins, malgré ces imperfections apparentes, l'adoption de cette disposition démontre quand même le fait que le potentiel de la sous-traitance au service des politiques publiques a été clairement reconnu par les pouvoirs publics chinois. Ceci ouvre ainsi une porte d'évolution pour l'avenir, pour l'utilisation de la sous-traitance dans une perspective stratégique.

En second lieu, concernant le groupement d'entreprises, comme dans le cas précédent, la loi relative aux marchés publics de 2003 ne l'a pas conçu initialement comme un outil stratégique. Cette loi a simplement posé une faculté de regrouper par convention des entreprises diverses afin de participer, en tant qu'entité indépendante, à la concurrence dans l'attribution des marchés publics.¹²¹⁵

Cela étant, depuis 2007, les pouvoirs publics chinois commencent à lui assigner une fonction stratégique. Plus précisément, en vertu de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits relevant de l'innovation nationale, dans un groupement d'entreprises, s'il y a un membre qui a été qualifié de fournisseur d'un produit d'innovation nationale, le groupement tout entier peut bénéficier dans la concurrence des marchés publics de tous les avantages réservés aux produits relevant de l'innovation nationale.¹²¹⁶ Il s'agit évidemment d'une

1214 Article 8 de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》第 8 条).

1215 Article 24 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 24 条).

1216 Article 10 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)第 10 条).

mesure destinée à faciliter l'accès aux marchés publics des opérateurs concentrés sur le développement de l'innovation nationale.

Bien que, comme nous l'avons déjà vu, l'arrêté ministériel n°30 de 2007 ait été aboli sous la sévère pression internationale en 2011, l'utilisation stratégique du groupement d'entreprises pour l'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics témoigne quand même de l'intérêt des pouvoirs publics chinois pour cet outil.

Précisément, l'arrêté ministériel n°181 de 2011 précité a introduit une clause visant à encourager les grandes et moyennes entreprises à se regrouper avec des petites ou micro entreprises, afin de soutenir l'accès aux marchés publics des PME ainsi que des Petites et Micro entreprises.¹²¹⁷ Et surtout, cette disposition est accompagnée d'une mesure d'incitation. En l'occurrence, selon cet arrêté, si le montant du marché distribué aux membres petites ou micro entreprises est, en vertu de la convention de groupement, d'au moins 30%, le groupement d'entreprises peut bénéficier dans l'évaluation de son offre d'un décompte du prix de 2% à 3%.¹²¹⁸ Ainsi, le groupement d'entreprises devient un outil effectif pour l'acheteur dans la poursuite de politiques publiques.

En troisième lieu, en ce qui concerne l'allotissement en matière de marchés publics, la réglementation est encore plus limitée. En réalité, ni la loi relative aux marchés publics de 2003 ni le décret d'application corrélatif en 2015 n'ont posé de régime particulier encadrant l'allotissement en cette matière. Ce n'est que dans le domaine des marchés publics de travaux que la loi relative à l'appel d'offres de 1999 a posé un principe : « si les travaux faisant l'objet

¹²¹⁷ Article 6 de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》第 6 条). De plus, les critères en vigueur pour identifier les PME et petites et micro entreprises en Chine sont déterminés par l'instruction n°300 de 2011 relative à la typologie des PME (2011 年工信部联企业〔2011〕300 号《中小企业划型标准规定的通知》).

¹²¹⁸ Article 6 de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》第 6 条).

de l'appel d'offres doivent être allortis, le pouvoir adjudicateur doit les diviser en lots séparés de manière rationnelle. » Ainsi, par-là, nous pouvons conclure que même aujourd'hui l'allotissement n'est pas conçu par les pouvoirs publics chinois comme un outil pouvant servir à la réalisation des politiques publiques.

Néanmoins, dans une autre perspective, un tel état de vide juridique signifie également qu'aucune disposition ne fait obstacle à une utilisation stratégique de l'allotissement. De plus, la condition « de manière rationnelle » exigée dans la loi relative à l'appel d'offres a laissé une marge d'appréciation en faveur de la poursuite de politiques publiques.

Et effectivement, les chercheurs chinois n'ont pas négligé la potentialité d'un tel outil, notamment dans la poursuite de l'objectif d'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics. A titre d'exemple, depuis 2009, le professeur LIU Hui a déjà proposé de « diviser un marché en lots séparés afin de permettre aux petites entreprises de pouvoir participer à la concurrence »¹²¹⁹ En pratique, son utilisation stratégique pour cet objectif a déjà commencé depuis 2010 sous la forme d'une expérimentation dans la province de JIANGSU.¹²²⁰ Ainsi, en bref, malgré la réticence persistante en droit positif, l'allotissement a déjà montré sa potentialité stratégique, et constitue aujourd'hui à titre expérimental un outil effectif pour l'acheteur dans certaines régions.

Section 2. Le déroulement de la mise en concurrence

Au stade du déroulement de la mise en concurrence, l'acheteur doit tout d'abord sélectionner les candidatures en examinant leurs qualités, et ensuite choisir l'offre la plus

1219 LIU Hui, « Les aides pour les PME à travers l'utilisation stratégique des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°12 2009, p.22 (刘慧：“政府采购政策功能对中小企业的扶持问题”，《中国政府采购》2009年第12期，第22页。).

1220 Le groupe d'enquête, « Le rapport d'enquête sur la participation des PME aux marchés publics à JIANGSU », *Marchés publics en Chine* n°2 2010, p.38-39 (江苏省中小企业参与政府采购情况课题组：“江苏省中小企业参与政府采购情况调研报告”，《中国政府采购》2010年第2期，第38-39页。).

avantageuse en appliquant une des procédures de passation autorisées par les textes juridiques. En France comme en Chine, les pouvoirs publics ont bien utilisé ces éléments comme levier de réalisation des politiques publiques. Nous allons ainsi présenter successivement les mesures adoptées en France (§1) et en Chine (§2).

§1. Les mesures adoptées en France

1. La sélection des candidatures

Comme nous l'avons déjà vu dans la première Partie de la présente thèse, le droit des marchés publics a établi maintes conditions de base aux candidatures, et en même temps autorisé l'acheteur à définir sous le cadre fixé par les textes juridiques des niveaux minimaux de capacité, afin de contrôler l'accès des candidats à la concurrence ultérieure. Dans l'optique de l'utilisation stratégique des marchés publics, nous allons constater que les pouvoirs publics français ont d'un côté ajouté une série de conditions favorables à la réalisation des politiques publiques, et d'un autre côté levé certaines conditions faisant obstacle à la poursuite de ces politiques.

a. L'ajout de conditions favorables à certaines politiques publiques

Concernant l'ajout de conditions favorables à certaines politiques publiques, il se présente en deux grandes catégories : la première concerne les conditions liées à la capacité ou performance nécessaire pour candidater, et la deuxième concerne les conditions attachées plutôt aux qualifications requises des candidats. Ci-après, nous allons regarder successivement ces deux types de conditions adoptées par les pouvoirs publics français au service des politiques publiques.

En premier lieu, en ce qui concerne les conditions liées à la capacité/performance nécessaire pour candidater, les pouvoirs publics français les adoptent depuis longtemps pour la réalisation des politiques publiques.

A titre d'exemple, selon un arrêt du Tribunal administratif de Strasbourg en 1999, la

communauté urbaine de Strasbourg a exigé des candidats de fournir, avec leur offre, un mémoire relatif à la démarche d'insertion. Même si la qualification juridique de cette exigence de mémoire a fait l'objet d'un débat devant le juge, elle a finalement été considérée par le juge administratif comme une « condition de présentation des offres », qui constitue dès lors une condition de candidature insérée par l'acheteur, consistant à imposer à des candidats un certain niveau de capacité en matière de démarche d'insertion sociale. Une telle condition est jugée par le juge administratif comme susceptible d'« inciter certaines entreprises à ne pas faire acte de candidature ».¹²²¹ Ici, la communauté urbaine de Strasbourg a utilisé les conditions de candidature liées à la capacité pour des objectifs de politiques publiques, spécifiquement pour des objectifs politiques d'ordre social.

Cette possibilité a aussi été envisagée et proposée par l'UE depuis 2001. Il faut d'abord rappeler que les directives en vigueur à cette époque prescrivent déjà une série de conditions concernant les performances des candidats en matière sociale. Ces dispositions permettent ainsi « l'exclusion d'un soumissionnaire qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations sociales selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celle du pays du pouvoir adjudicateur. »¹²²² Plus récemment, en 2001, la commission européenne a conseillé dans les communications interprétatives que les conditions de candidature concernant la capacité technique du candidat permettent à l'acheteur « de tenir compte de considérations environnementales, en définissant, par exemple, un niveau minimum d'équipement ou d'infrastructure garantissant la bonne exécution du marché. »¹²²³ Il en va de même pour les politiques sociales : selon la commission, « si le marché nécessite un savoir-faire particulier en matière sociale, l'on peut légitimement exiger une expérience

¹²²¹ TA. Strasbourg, 30 novembre 1999, préfet du Bas-Rhin n° 991028.

¹²²² Commission des communautés européennes, *Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés*, Bruxelles, le 15.10.2001, p.10.

¹²²³ *Ibid.*, p.15.

particulière comme critère de capacité et de connaissances techniques destiné à prouver l'aptitude des candidats. »¹²²⁴

Ces propositions de la part de la commission sont acceptées par les pouvoirs publics français depuis l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics de 2004. « (son) article 45 permet (...) d'exiger que, dans les candidatures, des enseignements soient donnés sur la capacité des candidats à respecter l'environnement. »¹²²⁵ La loi du 11 février 2005 est ensuite intervenue pour élargir l'usage des conditions de candidature dans la réalisation des politiques sociales. En l'occurrence, elle a introduit une nouvelle disposition interdisant « de participation aux marchés publics les entreprises qui ne respectent pas les obligations du code du travail en matière d'emploi de travailleurs handicapés, en particulier l'obligation d'employer de tels travailleurs à hauteur de 6 % de l'effectif total des salariés de l'entreprise (art. L. 323-1 du code du travail) ou, à défaut, de verser une contribution annuelle compensatrice au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés (art. L. 323-8-2 du code du travail). »¹²²⁶ L'usage pour la réalisation des politiques sociales est encore précisé et complété par la réponse ministérielle en 2005 : selon le gouvernement, « pour le choix du titulaire du marché, les acheteurs sont en droit d'exiger que ce dernier soit en règle au regard de ses obligations sociales et fiscales. Le titulaire du marché doit s'engager notamment à ne pas recourir au travail des enfants ou au travail dissimulé. »¹²²⁷

Evidemment, sous l'empire du code de 2004, les conditions de candidature ont constitué un outil important pour la réalisation des politiques publiques. Schématiquement, elles permettent à l'acheteur d'écarter les candidats, soit ne correspondant pas à des exigences

1224 *Ibid.*, p.12.

1225 Marie-Pierre Lavoillotte, *op.cit.*, p.2081.

1226 Hélène Pongérard-Payet, « Le critère social exprès d'attribution un cadeau en trompe-l'oeil fait aux élus ». *op.cit.*, p.635.

1227 Rép. min. n° 67976 : JOAN Q 12 juill. 2005, p. 6886 (Q. 21 juin 2005, Mme Chantal Robin-Rodrigo) et Rép. min. n° 61799 : JOAN Q 5 juill. 2005, p. 6645 (Q. 5 avr. 2005, M. André Chassaigne).

concernant les performances au titre social ou environnemental, soit ne possèdent pas les capacités nécessaires en matière sociale ou environnementale.

Le code des marchés publics de 2006 a hérité de ces règles. Comme un auteur l'a résumé, sous l'empire du code de 2006, « l'acheteur est autorisé à exiger des niveaux minimum de capacité et, pour les vérifier, il peut tout de même demander la production de certains documents ou attestations précisés dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation. Peuvent ainsi être pris en compte les agréments obtenus dans les domaines social et environnemental. »¹²²⁸

Ceci n'a pas changé avec la réforme de 2015 relative aux marchés publics. Selon les points 4° et 5° de l'article 45 de l'ordonnance de 2015, les opérateurs qui n'ont pas respecté les obligations sociales et fiscales doivent être exclus de la procédure de passation. De plus, l'acheteur a toujours le droit de fixer des conditions de candidature liées à « des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché public ». A cet égard, on peut alors parfaitement envisager d'y intégrer les exigences sur les capacités en matière sociale ou environnementale, à la condition qu'elles soient « liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution »¹²²⁹

En second lieu, en ce qui concerne les conditions liées aux qualifications requises des candidats, les pouvoirs publics français les utilisent pour réserver les marchés à des opérateurs provenant de certaines catégories spécifiques.

En 2004, sous l'initiative de l'UE, les pouvoirs publics de la France tendent déjà à établir un régime de marchés réservés. Au niveau de l'UE, l'article 19 de la directive 2004/18 a autorisé les Etats membres à « réserver la participation aux procédures de passation (...) à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programme d'emplois protégés ».

1228 Jean-David Dreyfus, Jean-Marc Pastor, « Dans quelles mesures peut-on prendre en compte les critères sociaux dans les marchés publics ? », *AJ Collectivités Territoriales* 2010 p. 113-114.

1229 Article 51 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

En transposant cette disposition, les pouvoirs publics de la France ont « enrichi l'article 54 du code des marchés publics (de 2004) (...) d'un quatrième paragraphe qui permet de réserver certains marchés ou lots à des ateliers protégés. »¹²³⁰ Il s'agit alors de limiter la candidature à des ateliers protégés.

Ce procédé est ensuite généralisé par le code des marchés publics de 2006 dans les politiques économiques. Précisément, dans ce code les pouvoirs publics cherchent à établir un régime de quotas pour l'attribution des marchés aux PME : selon les articles 60, 67 et 67, l'acheteur peut « fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises (...) qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant »¹²³¹ Il s'agit donc d'une modalité de sélection en deux tours : dans un premier temps, les critères de sélection s'appliquent pour tous les candidats ; ensuite, dans le second tour, « soit un nombre insuffisant de petites entreprises a été sélectionné et le quantum n'a aucune raison d'être. Soit ce nombre est suffisant et le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de PME admises à présenter une offre. »¹²³² Comme le Conseil d'Etat l'a bien indiqué, ces règles « conduisent nécessairement à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures »¹²³³. En bref, les pouvoirs publics tentent ici à réserver une partie des marchés publics aux PME, en fixant des conditions de candidature liées à la taille des candidats.

Même si, comme nous allons le voir dans le prochain Titre, le Conseil d'Etat a annulé ces dispositions, le code des marchés publics de 2006 a effectivement hérité d'une possibilité de réservation en faveur d'ateliers protégés. Elle s'applique toujours à « des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail (...) ou à des structures

1230 Hélène Pongérard-Payet, « Le critère social exprès d'attribution un cadeau en trompe-l'oeil fait aux élus », *op.cit.*, p.635.

1231 CE, le 9 juillet 2007, EGF-BTP, n° 297711.

1232 Jean-David Dreyfus, « Code des marchés et PME le choix de la discrimination positive », *op.cit.*, p.1772.

1233 CE, le 9 juillet 2007, EGF-BTP, n° 297711.

équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. »¹²³⁴

De plus, dans la réforme de 2015 relative aux marchés publics, ce procédé de réservation a encore été développé. Précisément, l'ordonnance de 2015 « autorise deux dispositifs de réservation » : outre celui, traditionnel, « destiné aux opérateurs employant des travailleurs handicapés ou défavorisés » comme c'était déjà le cas auparavant, elle a établi un nouveau dispositif de réservation relatif aux « entreprises de l'économie sociale et solidaire », auxquelles l'acheteur peut désormais réserver des marchés ou des lots d'un marché. A cet égard, il s'agit en fait d'une catégorie spécifique d'opérateurs, dont la qualification est soumise à trois conditions cumulatives suivantes : « 1° Elles poursuivent une activité de service public relative aux services (de santé, sociaux ou culturels publiés au JORF) ; 2° L'entreprise à laquelle il est envisagé d'attribuer le marché public n'était pas titulaire au cours des trois années précédentes, d'un marché public relatif aux services mentionnés ci-dessus attribué par l'acheteur public qui passe ce marché public. (3°) La durée maximale du marché public n'est pas supérieure à trois ans ». ¹²³⁵ Cette innovation relative aux marchés réservés est conçu comme « un outil supplémentaire de promotion du développement durable par l'encouragement de l'accès à la commande publique d'entités qui, promouvant une forme de croissance solidaire, représentent une partie non-négligeable de l'activité en France. »¹²³⁶

A cela s'ajoute le fait que, le procédé de réservation a encore été généralisé, avec la réforme de 2015, au service de l'objectif politique de privilégier les opérateurs endogènes. En l'occurrence, selon l'article 3 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, « les acheteurs peuvent introduire dans les documents de la consultation des critères ou des

1234 Article 15 du code des marchés publics de 2006.

1235 Pascale Idoux, *op.cit.*, p.264.

1236 *Ibid.*, p.264-265.

restrictions fondées sur (...) la nationalité des opérateurs économiques autorisés à soumettre une offre, en tenant compte du champ géographique et sectoriel des accords internationaux ». ¹²³⁷ Evidemment, il s'agit ici d'une réservation des marchés en faveur des opérateurs économiques originaires des Etats membres de l'UE ou des pays avec lesquels l'UE ou la France ont conclu des accords internationaux ayant pour effet de garantir les accès comparatifs. Stéphane Braconnier l'a bien commenté que, désormais « des restrictions à la participation des opérateurs économiques ayant la nationalité d'un Etat tiers non partie à l'Accord sur les marchés publics (...) pourront être posées. » ¹²³⁸

Au total, comme un auteur l'a relevé, en ce qui concerne la réservation de contrats, « à laquelle les pouvoirs publics français se montrent très favorables », ¹²³⁹ schématiquement, ce procédé a été utilisé au service des politiques sociales, comme l'aide aux travailleurs handicapés ou défavorisés ainsi que le soutien aux services publics de santé, sociaux et culturels, et également pour des politiques économiques, comme pour privilégier les opérateurs économiques endogènes. De plus, les pouvoirs publics sont aussi motivés à le généraliser pour soutenir la politique d'accès des PME, malgré l'échec découlant de l'intervention du juge administratif.

b. L'enlèvement des conditions faisant obstacle à la poursuite de politiques publiques

Ensuite, par rapport à l'ajustement de certaines conditions faisant obstacle à la poursuite de politiques publiques, il s'agit notamment d'ajuster le niveau des exigences pouvant être appliquées par l'acheteur aux candidatures.

A partir de l'adoption du code des marchés publics de 2006, les pouvoirs publics français ont commencé à encadrer le niveau minimal de capacité que l'acheteur peut demander. Avant

¹²³⁷ Article 3 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

¹²³⁸ Stéphane Braconnier, « Les règles d'attribution des contrats », *RFDA* 2016, p.254.

¹²³⁹ Pascale Idoux, *op.cit.*, p.264.

tout, un principe de proportionnalité est consacré par le code de 2006 sur ce point, selon lequel l'acheteur « ne peut (exiger) des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché. »¹²⁴⁰ De manière plus concrète, les pouvoirs publics français ont continuellement imposé que le chiffre d'affaires annuel exigé par l'acheteur pour la candidature ne soit pas supérieur à deux fois le montant estimé du marché ou du lot. Une telle mesure est évidemment favorable à l'accès des PME aux marchés publics. De plus, les pouvoirs publics français ont atténué l'importance de l'expérience antérieure « relative à l'exécution de marchés de même nature » pesant sur la sélection des candidatures: l'absence de ce type d'expérience « ne peut justifier l'élimination d'un candidat ». Ceci implique logiquement que l'acheteur est toujours tenu « d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats »¹²⁴¹, même pour ceux qui n'ont pas eu d'expérience antérieure. Clairement, cette mesure est adoptée afin de faciliter l'accès des nouveaux entrants aux marchés publics.¹²⁴²

La réforme relative aux marchés publics lancée en 2015 a conservé les ajustements précités sur les conditions de candidature. Concrètement, le principe de proportionnalité a été repris presque à l'identique par l'article 51-I de l'ordonnance de 2015. En ce qui concerne le plafond du chiffre d'affaires exigible, il reste fixé à deux fois le montant estimé du marché public ou du lot.¹²⁴³ Quant à l'expérience antérieure sur ses marchés de même nature, leur poids sur la sélection des candidatures reste limité : « l'absence de références relatives à l'exécution de marchés publics de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat. »¹²⁴⁴

1240 Article 45-I du code des marchés publics de 2006.

1241 Article 52-I du Code des marchés publics de 2006.

1242 Brigitte ROMAN-SÉQUENSE, « Accès des PME à la commande publique : rappel du dispositif mis en place dans le Code des marchés publics », *op.cit.*, p.53.

1243 Article 44-III de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

1244 Article 44-IV de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Il faut enfin noter les ajustements sur les formalités administratives exigées au stade de la sélection des candidatures, sachant qu'ils constituent également une série de mesures importante pour la réalisation des politiques publiques.

Les effets négatifs résultant de la complexité des formalités administratives pesant sur les opérateurs ont été identifiés par les pouvoirs publics français. Elle gêne particulièrement les opérateurs qui n'ont pas été suffisamment équipés ou accompagnés par des services professionnels adaptés. Cette situation est particulièrement prononcée parmi les PME. Comme un auteur l'a bien expliqué, « les PME (...) possèdent rarement de département juridique propre, susceptible de constituer les dossiers d'offres. Or, cette étape essentielle des procédures de passation est fortement coûteuse, notamment en temps. »¹²⁴⁵ Les formalités complexes font alors obstacle à l'objectif politique de facilitation de leur accès aux marchés publics. C'est la raison pour laquelle, un auteur a posé une question qui implique déjà en soi la réponse : « la solution (pour l'accès des PME) ne réside-t-elle pas tout autant dans la simplification administrative souvent décrétée, rarement effective ? »¹²⁴⁶

Effectivement, à travers les réformes successives du droit des marchés publics, les pouvoirs publics français se sont fermement engagés dans les démarches de simplification des formalités administratives en matière de marchés publics. « De substantielles avancées ont été réalisées (...). Dématérialiser les procédures et de manière générale, alléger les formalités administratives (...) Or, ces éléments de simplification des procédures ont constitué l'un des fils rouges de la réforme, d'un code à l'autre. »¹²⁴⁷ Cependant, comme un auteur l'a remarqué, « si des progrès importants et indéniables ont été réalisés ces dernières années - par exemple avec les attestations sur l'honneur – (...) l'optimisation de la simplification au profit des PME

1245 Andrée Hallauer, « Les entreprises face à la modernisation de la commande publique », *CCIP* 5 juin 2003, (www.etudes.ccip.fr/archrap/rap03/hal0306.htm). Consulté le 5 juillet 2017).

1246 Jean-David Dreyfus, « Code des marchés et PME le choix de la discrimination positive », *op.cit.*, p.1772.

1247 Pierre De Baecke, *op.cit.*, p. 1505.

est un vaste chantier qui n'a pas été ouvert. »¹²⁴⁸

Dans ce contexte, « trois rapports, les rapports Stoleru (2007), Warsmann (2011) et du Réseau Commande Publique (2011), se sont ensuite succédés pour conclure à la nécessité d'une approche pragmatique et moins doctrinaire, par le biais de mesures de simplification. »¹²⁴⁹ Et effectivement depuis 2011, les pouvoirs publics français ont relancé « un vaste chantier de simplification visant à réduire cette charge qui grève la compétitivité de notre tissu économique. » La simplification de l'environnement administratif des PME constitue un des deux axes de ce programme. Plus précisément, les pouvoirs publics tendent dans ce programme à « permettre le dépôt unique de pièces fiscales et sociales sur une plate-forme dématérialisée, appelée coffre-fort électronique, (...) et à autoriser la transmission unique du dossier de présentation de l'entreprise lorsque l'on répond, pendant une période donnée, à des consultations d'un même pouvoir adjudicateur. »¹²⁵⁰

De la même manière, les directives de 2014 de l'UE ont pris une série de mesures de simplification. Premièrement, selon l'article 59 de la directive 2014/24, les acheteurs sont tenus « d'accepter, lors de la présentation de demandes de participation ou d'offres, le document unique de marché européen (DUME) ». Ce document unique consiste en « une déclaration sur l'honneur qui dispense le candidat à une procédure de marché de la fourniture des documents usuels confirmant la régularité de sa situation sociale ou fiscale et ses capacités. »¹²⁵¹ Deuxièmement, les acheteurs ont désormais l'interdiction « de demander des documents justificatifs aux candidats lorsqu'il peut se les procurer lui-même directement par le biais d'une base de données ou d'un espace de stockage numérique ». Dans le même ordre

1248 Stéphane Braconnier, Rémy Schwartz, Marc Fornacciari, « L'accès des PME à la commande publique », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 5, Septembre 2007, entretien 5, p.14.

1249 Lucien Rapp, « L'accès des PME aux marchés publics un small business act ? », *Contrats et Marchés publics* n° 6, Juin 2014, dossier 12, numéro 12.

1250 Brigitte ROMAN-SÉQUENSE, « 80 mesures de simplification de la vie des PME mises en oeuvre à partir de l'été 2011 », *Contrats et Marchés publics* n° 8, Août 2011, comm. 278, p.47-48.

1251 Lucien Rapp, *op.cit.*, numéro 18.

d'idées, un principe est mis en place, à savoir « dites-le nous une fois », selon lequel, un candidat est dispensé de « la communication de documents ou de pièces justificatives qu'il aurait fournis au même acheteur public dans le cadre d'une procédure précédente. »¹²⁵²

Force est de constater que les propositions exigées par les pouvoirs publics français s'approchent beaucoup à celles adoptées dans les nouvelles directives de 2014. En transposant fidèlement de ces mesures de simplification précitées, le décret de 2016 a d'une part intégré le régime de DUME en imposant que « l'acheteur accepte que le candidat présente sa candidature sous la forme d'un document unique de marché européen »¹²⁵³, et d'autre part facilité le dépôt des documents justificatifs et des moyens de preuve par les candidats en leur dispensant de les fournir lorsque l'acheteur est en mesure de les procurer soit par un système électronique, soit par les archives anciens de ce même opérateur.¹²⁵⁴

2. L'attribution des marchés en appliquant les procédures de passation

La dernière étape de la mise en concurrence dans le cadre des marchés publics consiste à sélectionner l'offre la plus pertinente en appliquant l'une des procédures de passation désignée ou proposée par le droit des marchés publics. Dans cette étape, les pouvoirs publics français s'efforcent également de promouvoir les politiques publiques, en adoptant des mesures concrètes soit dans la détermination de la procédure applicable, soit dans la sélection des offres.

a. La détermination de la procédure applicable

Le choix de la procédure applicable est susceptible d'apporter une influence importante pour la réalisation des politiques publiques. Plus précisément, les pouvoirs publics français ont d'un côté facilité le recours à des procédures dispensées d'obligations formalisées, et d'un autre côté créé spécialement certaines procédures mieux adaptées à leurs objectifs de politique

1252 *Ibid.*, numéro 21.

1253 Article 49 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

1254 Article 53 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

publique.

Premièrement, les obligations formalisées de publicité et de mise en concurrence font fréquemment obstacle à l'accès des PME aux marchés publics. Donc, dans le rapport Warsmann, l'auteur a proposé de « remonter le seuil de dispense d'obligation de publicité et de mise en concurrence de 4.000 à 15.000 euros », qui constitue selon l'auteur « un montant raisonnable de marché en deçà duquel l'acheteur public ne serait pas soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence ».¹²⁵⁵ Une telle modification de seuil, considérée par le gouvernement comme une mesure favorable à l'accès des PME¹²⁵⁶, a été mise en place par le décret du 9 décembre 2011, ayant « pour objectif d'alléger les formalités administratives (...) des petites entreprises, en supprimant l'obligation de mise en concurrence ».¹²⁵⁷ De plus, comme nous l'avons déjà mentionné dans la première partie, récemment, le décret du 9 décembre 2015 a encore relevé ce seuil à 25.000 euros HT,¹²⁵⁸ niveau ultérieurement repris par le décret du 25 mars 2016. Cela témoigne une nouvelle fois de la volonté des pouvoirs publics français de faciliter l'accès des PME à travers le relèvement du seuil de dispense d'obligations formalisées.

Deuxièmement, les pouvoirs publics français ont aussi créé spécialement des procédures pouvant répondre à des besoins particuliers résultant de certaines politiques publiques. En l'occurrence, c'est le cas de la procédure spéciale destinée à promouvoir l'innovation dans le cadre des marchés publics. Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, la France a consacré à cette démarche depuis les années 1960, et l'UE a également proposé par une communication de la Commission le 14 décembre 2007 visant à adopter le marché public de

1255 Jean-Luc Warsmann, «Rapport au Président de la République : La simplification du droit au service de la croissance et de l'emploi », p.208-209.

1256 Brigitte ROMAN-SÉQUENSE, « Accès des PME à la commande publique : le relèvement à 15 000 euros du seuil de dispense d'obligation de publicité et de mise en concurrence est publié ! », *Contrats et Marchés publics* n° 1, Janvier 2012, comm. 33, p.49-50.

1257 *Ibid.*, p.50.

1258 Décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015 modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics.

services de recherche et développement visant à promouvoir l'innovation.¹²⁵⁹

En 2014, un avancement majeur en cette matière a été apporté par les directives de 2014, en créant, dans un objectif de promotion de l'innovation, une procédure spéciale intitulée « Partenariat d'innovation ». Les effets favorables à l'innovation de cette nouvelle procédure se traduisent notamment dans les deux points suivants.

En premier lieu, cette procédure permet à l'acheteur d'être en mesure de négocier et de discuter sur une longue période avec un ou plusieurs candidats, en tant que partenaire, « en phases successives qui suivent le déroulement des étapes du processus de recherche et d'innovation, qui peuvent comprendre le stade de la fabrication des produits, de la prestation des services ou de l'exécution des travaux. »¹²⁶⁰ Un tel processus conduit alors les deux parties à négocier en profondeur et complètement « l'offre initiale et toutes les offres ultérieures à l'exception de l'offre finale, en vue d'en améliorer le contenu »¹²⁶¹ ; ceci leur permet de construire en ensemble une solution innovante pour répondre aux besoins de l'acheteur ne pouvant « être satisfait[s] par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché. »¹²⁶²

En second lieu, le point le plus inédit de cette procédure tient au fait que, cette procédure ne se borne plus à définir une solution d'innovation, mais autorise désormais à inclure l'étape ultérieure de l'exécution. Comme un auteur l'a commenté, « le lien entre définition de l'innovation et exécution ultérieure est (...) désormais autorisé par la directive. »¹²⁶³

Pour mieux le comprendre, il faut noter que, avant cette modification, le marché de définition et celui de l'exécution étaient strictement séparés, et les efforts de la France visant à

1259 Jean-Gabriel SORBARA, « Marchés publics et innovation », *Contrats et Marchés publics* n° 6, Juin 2014, dossier 13, numéro 5.

1260 Paragraphe 2 de l'article 31 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

1261 Jean-Gabriel SORBARA, *op.cit.*, numéro 12.

1262 Paragraphe 1 de l'article 31 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

1263 Jean-Gabriel SORBARA, *op.cit.*, numéro 7.

les allier ont été condamnés par la CJUE, « au motif que (cette démarche) opérerait une discrimination à l'égard des opérateurs économiques qui pourraient être intéressés à participer aux marchés d'exécution, mais qui ne sont pas titulaires de l'un des marchés de définition. »¹²⁶⁴ Néanmoins, pour inciter effectivement les opérateurs à proposer les solutions innovantes, « il est important de donner à l'opérateur la possibilité de le rentabiliser », ce qui a donc conduit l'UE à abandonner son ancienne attitude en précisant dans la directive de 2014 que « le partenariat d'innovation suppose l'acquisition ultérieure des fournitures, services ou travaux qui résulteront du développement initial par l'opérateur économique. »¹²⁶⁵

Le décret de 2016 a complètement repris cette procédure, son article 93 précisant notamment que l'objet du partenariat d'innovation ne se borne pas à celui de « recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants », mais au contraire vise également à « l'acquisition des produits, services ou travaux en résultant »¹²⁶⁶. Cette procédure innovante destinée à la réalisation de la politique d'innovation est ainsi bien établie en France.

b. La sélection des offres

L'étape de la sélection des offres constitue en effet l'étape la plus importante dans le régime des marchés publics, sachant que l'objectif principal de ce dernier vise effectivement à trouver l'offre économiquement la plus avantageuse afin de répondre aux besoins de l'acheteur en matière de travaux, de fournitures et de services. Dans cette étape, en vue de promouvoir les politiques publiques, les pouvoirs publics français sont intervenus sous quatre angles concrets, à savoir la consécration d'un droit de préférence à l'offre des opérateurs de certaines catégories spéciales, l'intégration des critères additionnels dans les critères de sélection des offres, l'autorisation de la présentation de variantes liées à des politiques publiques et l'examen des offres anormalement basses tenant compte des considérations des

1264 *Ibid.*, numéro 6.

1265 *Ibid.*, numéro 19.

1266 Article 93 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

politiques publiques.

En premier lieu, en ce qui concerne le droit de préférence, il a été introduit dans le code des marchés publics de 2004 par la loi du 11 février 2005. Précisément, l'article 54-I du code de 2004 a déclaré que ce droit de préférence, « à égalité de prix ou à équivalence d'offres », est attribué à l'offre déposée « par une société coopérative de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées ».¹²⁶⁷ Il s'agit de maintenir une concurrence limitative et partielle dans la sélection des offres, en faveur des opérateurs fragiles ou de ceux dotés d'un objectif social. Un tel régime est ensuite repris par le code des marchés publics de 2006¹²⁶⁸, et plus tard, généralisé à des PME innovantes par la loi du 4 août 2008. Concrètement, cette loi permet « d'accorder un traitement préférentiel en cas d'offres équivalentes aux PME innovantes. »¹²⁶⁹ En 2011, le droit de préférence, en tant qu'outil au service des politiques publiques, est aussi proposé par le guide intitulé « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées ». Ce guide a notamment souligné la condition préalable d'exercice de ce droit de préférence, en précisant que « les pouvoirs adjudicateurs contractants doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence. »¹²⁷⁰

Il faut noter que, la réforme lancée en 2015 sur les marchés publics n'a pas continuellement utilisé cet instrument afin de poursuivre l'objectif de soutenir les opérateurs faibles et ceux dotés d'un objectif social, cependant il est désormais employé pour

¹²⁶⁷ Article 54-I du code des marchés publics de 2004.

¹²⁶⁸ Article 53 du code des marchés publics de 2006.

¹²⁶⁹ Groupe d'étude des marchés de développement durable, *Notice d'information relative aux achats publics socio-responsables*, Direction des affaires juridiques juillet 2009, p.41.

¹²⁷⁰ Observatoire économique de l'achat public, *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées*, décembre 2010, p.20.

promouvoir la politique économique.

En l'occurrence, selon le décret de 2016, pour une offre de fournitures selon laquelle « la part des produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises européennes aux marchés de ces pays, ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, excède 50 % de la valeur totale des produits composant cette offre »¹²⁷¹, une entité adjudicatrice a le droit de la rejeter, même si elle n'est pas obligée de le faire. Néanmoins, selon l'article suivant, un droit de préférence à l'offre « qui ne peut être rejetée en application » de l'article précédent est imposé authentiquement à l'acheteur par les pouvoirs publics français. A cet égard, l'entité adjudicatrice est donc obligée de privilégier l'offre endogène « lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution »¹²⁷². En bref, aux yeux des pouvoirs publics français, cet outil constitue un instrument essentiel en assurant notamment une garantie de limite pour maintenir le privilège sur les produits endogènes.

En deuxième lieu, en ce qui concerne les critères additionnels de sélection des offres, leur intégration dans les critères classiques de sélection des offres a suscité maints vifs débats en France et dans l'UE. Ceci témoigne indirectement de la particularité d'un tel outil. A cet égard, un auteur l'a clairement exprimé : « Si la détermination de conditions d'exécution en matière d'insertion professionnelle permet aux autorités publiques de s'assurer d'un standard minimum en matière sociale, le recours au critère de l'insertion permet de prendre en considération le mieux disant social offert par une entreprise et de générer ainsi un effet d'incitation et d'entraînement favorable à l'insertion professionnelle. »¹²⁷³ En bref, l'intégration des critères additionnels dans la sélection des offres va certainement inciter à une

1271 Article 61-I du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

1272 Article 61-II du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

1273 Jean Sirinelli, « La revalorisation du critère des performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté », *Revue juridique de l'économie publique* n° 710, Juillet 2013, comm. 31, p.32.

surenchère orientée vers la réalisation des politiques publiques. C'est aussi la raison pour laquelle cet outil se présente comme l'outil préféré des pouvoirs publics français.

Depuis les années 1990, les pouvoirs publics français ont commencé à chercher à intégrer des critères additionnels dans la sélection des offres. A titre d'exemple, une circulaire interministérielle publiée le 29 décembre 1993 a précisé « comment peuvent être pris en compte d'éventuels critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics. »¹²⁷⁴ La communauté urbaine de Strasbourg a également essayé d'adopter un critère additionnel d'insertion sociale dans un marché public de travaux de balayage et de nettoyage, bien qu'il ait été jugé illégal en 1998 par un arrêt de Tribunal administratif de Strasbourg.¹²⁷⁵ En 2002, dans une autre affaire déposée devant le Conseil d'Etat, la commune de Gravelines a aussi inséré dans un règlement de consultation de son marché public « un critère additionnel relatif aux propositions concrètes faites par le soumissionnaire en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation. »¹²⁷⁶

Au niveau de l'UE, l'intégration d'un critère additionnel dans la sélection des offres est aussi une pratique existant depuis longtemps. En 1988, la CJUE a déjà validé la légalité d'un tel critère d'insertion sociale dans l'affaire Beentjes le 20 décembre 1988, sous la condition de respect du principe de non-discrimination. De plus, l'arrêt Concordia Bus du 17 septembre 2002 a aussi confirmé « la possibilité d'attribuer un marché public sur la base de considérations environnementales. »¹²⁷⁷ D'ailleurs, une attitude favorable à cette pratique peut également être constatée dans la communication interprétative de la Commission européenne publiée le 4 juillet 2001, selon laquelle « les considérations environnementales ne sont pas explicitement mentionnées dans la législation actuelle sur les marchés publics;

1274 Sandrine Maljean-Dubois, « La clause du mieux-disant social n'est pas un critère additionnel d'attribution des marchés publics », *AJDA* 1997 p.196.

1275 Thomas Gliozzo, *op.cit.*, p.1473-1474.

1276 *Ibid.*, p.1474.

1277 Sophie Pignon, *op.cit.*, p.4.

néanmoins, l'article sur les critères d'attribution doit être interprété de façon telle que des considérations environnementales peuvent déboucher sur la définition de critères d'attribution particuliers. »¹²⁷⁸ Par la suite, dans la directive 2004/18, l'UE a officiellement confirmé cette possibilité, en posant que « les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont (...) par exemple, (...) les caractéristiques environnementales ». ¹²⁷⁹ Cette réforme, selon un auteur, « devrait accroître la sensibilisation aux préoccupations environnementales des acheteurs publics ». ¹²⁸⁰

Il faut néanmoins noter que, à cette époque-là, le critère social est strictement limité. En témoigne la réponse ministérielle publiée en 2005, dans laquelle le gouvernement a énuméré plusieurs instruments disponibles pour intégrer les préoccupations sociales dans les marchés publics¹²⁸¹, mais à défaut de l'insertion d'un critère social dans la sélection des offres. Selon un commentaire, il s'agit d'« une grande absente ». ¹²⁸² Cependant, en vue de renverser cette attitude restrictive, le législateur est intervenu clairement en 2005 en ajoutant un critère social dans les critères expressément énumérés par le code de 2004. En l'occurrence, « sous les termes 'performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté', l'article 58 de la loi (du 18 janvier 2005) introduit, contre toute attente, à l'article 53-II du code des marchés publics le critère social parmi les critères exprès d'attribution d'un marché public. » ¹²⁸³

1278 Commission des communautés européennes, *Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés*, Bruxelles, le 4.7.2001, p.21.

1279 Article 53-1 de la directive n°2004/18 du 31 mars 2004.

1280 Marie-Pierre Lavoillotte, *op.cit.*, p.2081.

1281 Rép. min. n° 67976 : JOAN Q 12 juill. 2005, p. 6886 (Q. 21 juin 2005, Mme Chantal Robin-Rodrigo) et Rép. min. n° 61799 : JOAN Q 5 juill. 2005, p. 6645 (Q. 5 avr. 2005, M. André Chassaigne).

1282 François Llorens, Pierre Soler-couteaux, « Comment intégrer les préoccupations sociales dans les marchés publics ? », *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2005, comm. 265, p.27.

1283 Hélène Pongérard-Payet, « Le critère social exprès d'attribution un cadeau en trompe-l'oeil fait aux élus », *op.cit.*, p.635.

Après une telle série d'efforts au niveau à la fois en France et en UE, les pouvoirs publics français ont enfin intégré avec succès ces critères additionnels précités dans le code des marchés publics de 2006. Ce dernier a précisé que, « pour attribuer le marché au candidat (...) le pouvoir adjudicateur se fonde, soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment (...) les performances en matière de protection de l'environnement, (...) les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ».¹²⁸⁴ De plus, plusieurs exemples concrets en matière de critère social ont été fournis en 2009 par la « Notice d'information relative aux achats publics socio-responsables » : « - la performance sociale pour les marchés d'insertion et de qualification professionnelle (...); - l'engagement de l'entreprise dans une formation de ses personnels (...); le type et le niveau d'accompagnement, de tutorat, pour les marchés d'insertion ».¹²⁸⁵

Avec la réforme lancée en 2015 relative aux marchés publics, « à maints égards, les nouveaux textes confortent la possibilité (...) de recourir à des critères sociaux et environnementaux pour l'attribution de marchés publics ». ¹²⁸⁶ Sous l'angle de la phraséologie, le décret de 2016 a précisé, quant à la pluralité de critères : « parmi lesquels, figure (...) un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux »¹²⁸⁷, à la différence que le code de 2006 se borne à autoriser le critère lié aux « performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ». Evidemment, les nouveaux textes ont employé un terme plus général renvoyant donc à tous les aspects possibles des critères en matière sociale.

En fin de compte, les critères additionnels de sélection des offres constituent depuis

¹²⁸⁴ Article 53-I du code des marchés publics de 2006.

¹²⁸⁵ Groupe d'étude des marchés de développement durable, *Notice d'information relative aux achats publics socio-responsables*, Direction des affaires juridiques juillet 2009, p.22.

¹²⁸⁶ Pascale Idoux, *op.cit.*, p.265.

¹²⁸⁷ Article 62-II du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

longtemps et même aujourd'hui un instrument essentiel pour les pouvoirs publics au service de la réalisation des politiques publiques. La particularité de cet instrument consiste notamment dans son effet d'incitation. Précisément, les critères de cette nature vont inciter les soumissionnaires, lors de la préparation de leur offre, à entrer en concurrence dans les performances en matière de politiques publiques. Cet effet d'incitation existe aussi dans un autre instrument, à savoir les variantes que nous allons analyser ci-après.

En troisième lieu, aux yeux des pouvoirs publics français, les variantes peuvent également être utilisées pour l'objectif de réalisation des politiques publiques. Il s'agit en fait d'un instrument relativement récent ajouté à la boîte à outils des pouvoirs publics français, mais sans conteste il devient de plus en plus important.

Depuis l'entrée en vigueur du code des marchés publics de 2006, l'article 50 a bien enrichi les règles encadrant le dépôt des variantes dans les marchés publics. A cet égard, « la circulaire (du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics) y voit, fort logiquement un 'moyen d'intégrer la protection de l'environnement au stade des spécifications techniques sans que le pouvoir adjudicateur ait nécessairement à spécifier de manière précise ses exigences en la matière. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut préciser qu'il est disposé à accueillir des offres répondant à certaines variantes plus écologiques, par exemple quant à la teneur en substances dangereuses' ; indirecte, l'ouverture aux préoccupations environnementales y est bien réelle. »¹²⁸⁸ Ceci est ensuite réaffirmé dans la réponse ministérielle donnée en 2006, « la possibilité de présenter des variantes est un autre moyen d'intégrer la protection de l'environnement ». ¹²⁸⁹

En 2009, le groupe d'étude des marchés de développement durable a encore proposé de généraliser cet outil à la réalisation des politiques sociales. Précisément, il explique que « les

¹²⁸⁸ François Guy Trébulle, *op.cit.*, p. 443.

¹²⁸⁹ Rép. min. n° 102882 : JOAN Q, 28 nov. 2006, p. 12458 (Q. 5 sept. 2006, M. Dino Cinieri).

variantes sociales permettaient de valoriser les offres socialement innovantes »¹²⁹⁰, en proposant ensuite plusieurs exemples de variantes sociales « portant sur l'amélioration des conditions de travail des personnes » et « augmentant la proportion des heures de travail d'insertion ». ¹²⁹¹

D'ailleurs, les variantes peuvent également être employées pour soutenir l'accès des PME innovantes aux marchés publics. Comme un auteur l'a expliqué en 2013, « les variantes (CMP, art. 50), qui permettent aux entreprises d'exprimer leur savoir-faire et leur capacité d'innovation, dans le cadre d'un partenariat avec les acheteurs publics. »¹²⁹² Un guide de bonnes pratiques intitulé « Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics » a ainsi été établi par l'atelier de réflexion PME et commande publique en 2012, dans lequel, le rédacteur a considéré les variantes comme un outil efficace à accroître l'accès des PME, parce que d'un côté, « les variantes permettent aux entreprises d'exprimer leur savoir-faire et leur capacité d'innovation »¹²⁹³, et d'un autre côté, « elles peuvent dans certains cas diminuer le coût des réponses et faciliter ainsi l'accès des PME/PMI aux marchés publics. »¹²⁹⁴ En particulier, depuis 2011, « les candidats (sont incités) à présenter une offre sous forme de variante, sans devoir l'accompagner d'une offre de base. »¹²⁹⁵ La présentation des variantes est donc encore plus facilitée, plus spécialement pour les PME innovantes.

Nous pouvons ainsi constater que depuis 2006 les variantes ont été graduellement employées pour soutenir des objectifs de différents ordres. Evidemment, si l'acheteur autorise

1290 Groupe d'étude des marchés de développement durable, *Notice d'information relative aux achats publics socio-responsables*, Direction des affaires juridiques juillet 2009, p.25.

1291 *Ibid.*, p.25.

1292 Brigitte ROMAN-SÉQUENSE, « Accès des PME à la commande publique : rappel du dispositif mis en place dans le Code des marchés publics », *op.cit.*, p.53.

1293 Atelier de réflexion PME et commande publique, *Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics -- Guide de bonnes pratiques*, Direction des affaires juridiques, Décembre 2012, p.27.

1294 *Ibid.*, p.28.

1295 *Ibid.*, p.27.

la présentation des variantes de politiques publiques, les soumissionnaires seront logiquement incités à se concurrencer pour proposer les variantes les plus performantes en matière de politiques publiques.

Sur la base des efforts précédents, les directives de 2014 ont encore renforcé la possibilité de ses utilisations stratégiques.

Précisément, l'article 45 de la directive de 2014/24 a précisé que le pouvoir adjudicateur n'est pas seulement libre d'autoriser à présenter de telles variantes, mais peut également « exiger une telle présentation ». Un auteur a remarqué que « la possibilité d'imposer la présentation de variantes est assez originale (...). La volonté de promotion de l'innovation explique certainement l'introduction de la possibilité d'une obligation. »¹²⁹⁶ Effectivement, la capacité de présentation d'une variante démontre par nature la capacité d'innovation d'une entreprise. En témoignent encore plus les motifs donnés par le concepteur de l'UE, selon lesquels, « en raison de l'importance que revêt l'innovation, il convient d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à autoriser des variantes aussi souvent que possible. »¹²⁹⁷ Un tel changement est aussi accepté par les nouveaux textes issus de la réforme lancée en 2015. L'article 58-II du décret de 2016 a clairement déclaré que « l'acheteur peut exiger la présentation de variantes. »¹²⁹⁸ Alors, si l'acheteur choisit d'imposer la présentation des variantes, les soumissionnaires seront simplement tenus de réfléchir à une solution variante. Ici, nous pouvons parfaitement imaginer les variantes d'innovation technique mais aussi les variantes sociales ou environnementales.

Clairement, les variantes constituent déjà un instrument avec une considérable force potentielle. Comme un conseiller d'Etat l'a bien remarqué en 2014, « dans la boîte de l'acheteur public, il existe encore bien d'autres outils (les variantes notamment), au point que

¹²⁹⁶ Jean-Gabriel SORBARA, *op.cit.*, numéro 20.

¹²⁹⁷ Considérant 48 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

¹²⁹⁸ Article 58-II du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

certains ne semblent même pas avoir été utilisés. »¹²⁹⁹

En dernier lieu, il faut noter que, sous l'initiative du droit de l'UE, aujourd'hui l'examen des offres anormalement basses peut également être instrumentalisé au service de la réalisation des politiques publiques.

Les directives de 2014 ont en l'occurrence précisé pour la première fois que « le contrôle du respect de ces dispositions du droit environnemental, social et du travail devrait être effectué aux stades pertinents de la procédure de passation de marché, (...) lors de l'application des dispositions concernant les offres anormalement basses. »¹³⁰⁰ Il en résulte que « les pouvoirs adjudicateurs rejettent l'offre s'ils établissent que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables »¹³⁰¹ dans les domaines du droit environnemental, social et du travail. Une telle obligation est ensuite transposée en France par l'article 60-II du décret de 2016. A partir de ce régime, les offres dont les avantages compétitifs sont atteints au détriment de l'environnement ou de la valeur sociale seront aussi qualifiées d'offres anormalement basses. Les obligations dans ces domaines vont alors être mieux assurées. De manière encore plus poussée, selon les textes nouveaux en France, ce régime est également applicable aux sous-traitants¹³⁰². L'effectivité des obligations environnementales et sociales est donc confortée.

§2. Les mesures adoptées en Chine

Comme c'est le cas en France, au stade du déroulement de la mise en concurrence en Chine, l'acheteur convient tout d'abord de sélectionner les candidatures en examinant leurs qualités, et ensuite de choisir l'offre la plus avantageuse en appliquant une des procédures de passation autorisées par les textes juridiques. Les pouvoirs publics chinois ont bien mis en

1299 Nicolas Boulouis, *op.cit.*, p.622.

1300 Considérant 40 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

1301 Article 69-3 de la directive n°2014/24 du 26 février 2014.

1302 Article 60-I du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

usage les éléments s'inscrivant dans ces deux étapes pour les objectifs de politiques publiques.

1. La sélection des candidatures

Plus précisément, afin de mieux s'adapter aux besoins liés aux considérations additionnelles, les pouvoirs publics chinois ont d'un côté ajouté dans les conditions de candidature de base des conditions favorables à la réalisation des politiques publiques, et ont d'un autre côté enlevé certaines conditions faisant obstacle à la poursuite de ces politiques.

a. L'ajout des conditions favorables à des politiques publiques

En ce qui concerne les conditions ajoutées au service de la poursuite de politiques publiques, nous pouvons distinguer deux grandes catégories : La première concerne les conditions liées à la capacité de candidater, et la deuxième concerne les conditions attachées plutôt à la qualification de la candidature.

En premier lieu, par rapport aux conditions liées à la capacité de candidater, le législateur de la loi de 2003 n'a pas envisagé initialement de les utiliser dans une perspective stratégique. En l'occurrence, comme nous l'avons déjà vu dans la Première Partie de la présente thèse¹³⁰³, la loi relative aux marchés publics de 2003 a établi dans son article 22 une liste des conditions impératives s'imposant au service chargé de sélectionner les candidatures.¹³⁰⁴ Et récemment, le décret d'application de 2015 a encore précisé le contenu des dossiers justificatifs correspondant à ces conditions.¹³⁰⁵ Néanmoins, d'après ces dispositions, les pouvoirs publics chinois n'ont pas intégré dans la sélection des candidatures l'objectif de poursuivre les politiques publiques. De ce fait, il s'agit d'une série de conditions essentiellement neutres.

Cependant, depuis 2004, une série de normes juridiques destinées à effectuer les

1303 Voir : b, 1, §1, section 2, Chapitre 2, Titre 1, Partie I.

1304 Article 22 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 22 条。).

1305 Article 19 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 19 条。).

politiques publiques dans le cadre des marchés publics ont été adoptées par les pouvoirs publics chinois. Il en résulte que, comme nous l'avons vu précédemment, les considérations additionnelles sont largement prises en compte par l'acheteur dans la définition des besoins. Dès lors, si la définition des besoins implique des considérations additionnelles, est-il plus facile pour l'acheteur de justifier à l'adoption des conditions de candidature relatives aux performances des candidats dans le cadre de ces aspects additionnels ?

En effet, malgré l'attitude d'indifférence précitée, la loi relative aux marchés publics de 2003 est effectivement compatible avec cette possibilité. Selon l'article 22 de cette loi, les candidats doivent, au titre de l'une des conditions de candidature impératives, disposer « des équipements et des capacités techniques professionnelles satisfaisant aux exigences de l'objet du marché en l'espèce ».¹³⁰⁶ Ce même article a également autorisé l'acheteur à ajouter d'autres exigences en raison du caractère particulier de l'objet de l'achat il s'agit de conditions de candidature facultatives.¹³⁰⁷ Sur la base de ces deux dispositions, dans la mesure où les besoins d'un marché sont déjà « colorés » par des considérations additionnelles, il est tout à fait envisageable pour l'acheteur d'exiger des candidats de témoigner de leur capacité à effectuer les obligations contractuelles liées à ces considérations additionnelles. Ainsi, la loi de 2003 ne constitue pas un obstacle pour l'adoption de conditions de candidature liées aux capacités des candidats à poursuivre les politiques publiques.

De plus, dans certains cas, à la suite de l'adoption ultérieure de normes juridiques destinées spécifiquement à mettre en œuvre certaines politiques publiques par le biais des marchés publics, une telle possibilité a été transformée en une obligation juridique. Plus précisément, l'article 7 de l'arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique a expressément posé que si l'objet d'un marché est tombé dans le répertoire de catalogue écologique, « l'acheteur

1306 Article 22 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 22 条。).

1307 Article 22 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 22 条。).

doit indiquer dans ses documents de consultation (...) des conditions concernant la qualité de candidature correspondante aux exigences écologiques. »¹³⁰⁸ La même obligation existe aussi dans la poursuite de l'objectif d'économie d'énergie.¹³⁰⁹ D'ailleurs, concernant l'objectif de promotion de l'innovation nationale, l'article 8 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 a précisé que « si l'objet du marché est tombé dans le répertoire de catalogue des produits d'innovation nationale, l'acheteur doit indiquer dans ses documents de consultation des conditions de candidature (...) ayant pour effet de donner une préférence aux produits d'innovation nationale. »¹³¹⁰ En bref, dans ces deux cas spécifiques, l'adoption de conditions de candidature de ce type n'est plus une possibilité, elle est désormais obligatoire en droit positif.

En second lieu, en ce qui concerne les conditions attachées à la qualification de candidat, il faut admettre qu'un tel outil constitue le moyen le plus apprécié par les pouvoirs publics chinois dans l'utilisation stratégique des marchés publics. Précisément, ils les utilisent pour réserver les marchés à des opérateurs provenant de certaines catégories spécifiques.

Initialement, la loi relative aux marchés publics de 2003 n'a pas établi un tel régime de réservation. Il faut notamment préciser le fait que, même si le législateur a établi depuis le début une obligation d'achat national, il n'en résulte pas pour les opérateurs étrangers une interdiction de participation à la concurrence des marchés publics chinois, sachant que l'article 10 de cette loi ne s'applique qu'à l'origine du produit, mais pas celle de l'opérateur. Ceci ne constitue donc pas un régime de réservation en faveur d'opérateurs endogènes.¹³¹¹ De

1308 Article 7 de l'arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique (2006 年财库[2006]90 号《关于环境标志产品政府采购实施意见》第 7 条).

1309 Article 7 de l'arrêté ministériel n°185 de 2004 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits d'économie des énergies (2004 年财库[2004]185 号《节能产品政府采购实施意见》第 7 条).

1310 Article 8 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)第 8 条).

1311 Il faut noter qu'un régime d'autorisation de l'accès aux marchés publics pour les opérateurs étrangers avait été établi en 1999 par l'arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics. Néanmoins, un tel régime n'a pas été hérité par la loi relative aux marchés publics de 2003.

plus, les critères en vigueur destinés à identifier l'origine du produit sont eux aussi indifférents à la nationalité de l'opérateur. A cet égard, selon l'arrêté ministériel n°119 de 2007 relatif aux produits importés dans le cadre des marchés publics, les périmètres des produits importés se définissent par deux éléments principaux. Tout d'abord, concernant le lieu de fabrication : les produits importés doivent être fabriqués à l'extérieur de la Chine. Ensuite, s'agissant du contrôle douanier, les produits importés sur le marché chinois doivent passer par la douane chinoise.¹³¹² Nous pouvons donc parfaitement imaginer qu'un opérateur étranger participe à la concurrence des marchés publics chinois, à la condition que les produits qu'il fournit appartiennent à la catégorie des produits nationaux, c'est-à-dire qu'ils sont fabriqués en Chine, quels que soient la proportion de la valeur impliquée dans ce produit à l'origine des pays étrangers.

Néanmoins, afin de poursuivre l'objectif de promotion de l'innovation nationale, l'objectif d'accroissement de l'accès des PME et des entreprises pénitenciaires aux marchés publics, et l'objectif d'économie d'énergie, des conditions attachées à la qualification sont expressément exigées par les pouvoirs publics chinois pour sélectionner les candidatures. Cela aboutit ainsi à des régimes de réservation des marchés en ces matières.

En ce qui concerne l'objectif de promotion des produits d'innovation nationale, nous pouvons identifier trois modalités différentes de régime de réservation des marchés.

Tout d'abord, l'article 11 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits issus de l'innovation nationale a posé que « pour la procédure de l'appel d'offres restreint, l'acheteur doit inviter préférentiellement à présenter des offres les opérateurs qui proposent dans le marché d'espèce

1312 Article 3 de l'arrêté ministériel n°119 de 2007 relatif aux produits importés dans le cadre des marchés publics (2007 年财库[2007]119 号《政府采购进口产品管理办法》第 3 条).

des produits issus de l'innovation nationale. »¹³¹³ Ceci s'applique pareillement dans le cadre de la procédure du dialogue compétitif et de la demande de prix. Pour mettre en œuvre une telle exigence de traitement préférentiel, l'acheteur peut légalement exiger un nombre minimal de cette sorte d'opérateur, qui soient admis à présenter l'offre ou invités à participer à la négociation ou au dialogue. Par-là, un quota de réservation est ainsi mis en place à l'initiative de l'acheteur.

Deuxièmement, les réservations des marchés existent également dans le régime du « premier achat de produits issus de l'innovation nationale ». Schématiquement, c'est un régime établi en 2007 visant à soutenir les produits issus de l'innovation nationale revêtus d'une importance vitale mais se trouvant encore dans un état prématuré et étant donc incapables de participer à la concurrence sur le marché. D'après l'arrêté ministériel n°120 de 2007, l'acheteur est obligé de se procurer ces produits sous forme de marchés publics.¹³¹⁴ Pour ce faire, dans le catalogue des produits issus de l'innovation nationale, une section spécifique enregistrant les produits correspondant à ces conditions est établie. Ainsi, lorsque l'acheteur envisage d'acheter un produit s'inscrivant dans cette section, l'acheteur doit attribuer directement ce marché à l'opérateur fabricant ce produit qui s'inscrit simultanément dans cette section.¹³¹⁵ Le marché est ainsi réservé en pratique à cet opérateur concret.

Troisièmement, l'arrêté ministériel n°120 de 2007 a encore créé un régime de « commande d'avance des produits issus de l'innovation nationale », pour se procurer particulièrement de tels produits revêtus d'une importance vitale mais qui ne s'ont pas encore

1313 Article 11 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)第 11 条).

1314 Article 3 de l'arrêté ministériel n°120 de 2007 concernant le premier achat et la commande d'avance des produits d'innovation nationale (2007 年财库[2007]120 号《自主创新产品政府首购和订购管理办法》第 3 条).

1315 Article 11 de l'arrêté ministériel n°120 de 2007 concernant le premier achat et la commande d'avance des produits d'innovation nationale (2007 年财库[2007]120 号《自主创新产品政府首购和订购管理办法》第 11 条).

passés au stade de la production ou n'ont pas encore été mis en œuvre.¹³¹⁶ Précisément, l'acheteur doit lancer une procédure de passation concurrentielle pour choisir la meilleure offre remplissant les exigences applicables à cette sorte de produit.¹³¹⁷ Néanmoins, l'arrêté précité a clairement posé que l'acheteur doit « attribuer ce marché à l'opérateur qui se situe sur le territoire de la Chine et a été qualifié de personne morale en droit chinois. »¹³¹⁸ Le marché de commande d'avance des produits d'innovation nationale est donc systématiquement réservé à des opérateurs remplissant ces deux conditions de périmètre.

En ce qui concerne l'objectif de l'accroissement de l'accès aux marchés publics des PME et des entreprises pénitenciaires, une possibilité de réserver des marchés a également été imposée par les pouvoirs publics chinois.

Comme nous l'avons déjà vu, selon l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics, l'acheteur doit réserver au moins 30% de la valeur du budget final des marchés publics aux marchés exclusivement accessibles pour les PME. De plus, parmi ces marchés réservés, 60% de la valeur doit être réservée aux marchés exclusivement accessibles pour les petites et micros entreprises.¹³¹⁹ Cela constitue clairement un régime de réservation.

Depuis 2014, d'après l'instruction n°68 de 2014 consignée par les ministères des finances publiques et de la justice, un tel régime de réservation s'applique aussi à des

1316 Article 4 de l'arrêté ministériel n°120 de 2007 concernant le premier achat et la commande d'avance des produits d'innovation nationale (2007 年财库[2007]120 号《自主创新产品政府首购和订购管理办法》第 4 条).

1317 Article 13 de l'arrêté ministériel n°120 de 2007 concernant le premier achat et la commande d'avance des produits d'innovation nationale (2007 年财库[2007]120 号《自主创新产品政府首购和订购管理办法》第 13 条).

1318 Article 14 de l'arrêté ministériel n°120 de 2007 concernant le premier achat et la commande d'avance des produits d'innovation nationale (2007 年财库[2007]120 号《自主创新产品政府首购和订购管理办法》第 14 条).

1319 Article 4 de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》第 4 条).

entreprises pénitentiaires (监狱企业)¹³²⁰, afin de soutenir l'accès de ces dernières aux marchés publics. En définitive, « dans les activités de marchés publics, les entreprises pénitentiaires doivent être considérées comme des petites et micros entreprises ; elles font donc l'objet d'une application du régime de réservation destiné initialement à la promotion des PME ».¹³²¹ Ainsi, les entreprises pénitentiaires sont désormais autorisées à participer à la concurrence des marchés publics réservés aux PME et aux petites et micros entreprises.

De plus, au-delà de ce régime de réservation de base, l'instruction précitée a encore ajouté quatre domaines spécifiques de réservation pour les entreprises pénitentiaires. Le premier concerne les marchés publics d'uniformes. L'instruction exige qu'une proportion de 30% de la valeur du budget lié à l'achat d'uniformes soit réservée aux marchés publics exclusivement accessibles par les entreprises pénitentiaires. Le deuxième concerne les marchés publics de service d'impression des copies d'examen public au niveau de la province. Selon cette instruction, l'accès aux marchés de ce domaine doit être réservé en principe aux entreprises pénitentiaires. Le troisième concerne les marchés publics de manuels gratuits, les collectivités territoriales doivent exiger un quota de réservation pour les entreprises pénitentiaires en fonction des cas d'espèce locaux.¹³²² Enfin, l'instruction encourage également les collectivités territoriales à fixer un quota de réservation variable selon les cas d'espèce locaux, pour acquérir des fournitures de bureau, des meubles, des matériaux contre l'incendie, des services d'entretien des voitures fabriquées par les entreprises

1320 Les entreprises pénitentiaires sont entreprises publiques gérées les services pénitentiaires des gouvernements de différents niveaux, visant à aider les prisonniers s'adapter davantage aux activités de production et d'économie, leur permettant à l'avenir de bien insérer à la société.

1321 Le point 2 de l'instruction n°68 de 2014 relative à soutenir les entreprises attachées aux prisons à travers les marchés publics (2014 年财库[2014]68 号《关于政府采购支持监狱企业发展有关问题的通知》第二点).

1322 Le point 3 de l'instruction n°68 de 2014 relative à soutenir les entreprises attachées aux prisons à travers les marchés publics (2014 年财库[2014]68 号《关于政府采购支持监狱企业发展有关问题的通知》第三点).

pénitentiaires.¹³²³

En ce qui concerne l'objectif de l'économie d'énergie, un régime de réservation des marchés peut aussi être identifié.

A cet égard, il faut tout d'abord savoir que les pouvoirs publics chinois n'ont pas envisagé initialement d'établir un régime de réservation dans la poursuite de cet objectif. Au début, l'outil principal adopté consistait à attribuer certains avantages comparatifs aux produits ayant pour effet d'économiser l'énergie : il s'agit concrètement d'intégrer les exigences techniques liées à ces effets dans la formulation de spécifications techniques et de donner un traitement préférentiel dans l'évaluation des offres pour ces produits.

Néanmoins, depuis 2007, afin d'augmenter encore le poids des produits ayant pour effet d'économiser l'énergie dans tous les marchés publics, le Conseil des affaires de l'Etat a décidé de mettre en œuvre le régime de « l'achat impératif des produits d'économie d'énergie (节能产品强制采购) ». Précisément, le ministère des finances publiques et la commission nationale pour le développement et la réforme établissent une section spécifique d'achat impératif dans le catalogue des produits favorisant l'économie d'énergie, et lorsque l'objet d'un marché public tombe dans le répertoire de cette section, l'acheteur est désormais obligé de se procurer auprès des fournisseurs enregistrés les produits énumérés dans cette section.¹³²⁴ En définitive, l'accès à ces marchés est donc réservé à des fournisseurs enregistrés dans ce catalogue.

b. L'enlèvement des conditions faisant obstacle à la poursuite de politiques publiques

Outre l'ajout de conditions favorables à la poursuite de politiques publiques, les pouvoirs

1323 Le point 4 de l'instruction n°68 de 2014 relative à soutenir les entreprises attachées aux prisons à travers les marchés publics (2014 年财库[2014]68 号《关于政府采购支持监狱企业发展有关问题的通知》第四点).

1324 Le point 2 de l'instruction n°51 de 2007 relative à établir l'obligation d'achat public des produits d'économie d'énergie (2007 年国办发[2007]51 号《国务院办公厅关于建立政府强制采购节能产品制度的通知》第二点).

publics chinois veillent également à ajuster le niveau des exigences pouvant être appliquées par l'acheteur à l'égard des candidatures, sachant que des exigences disproportionnées pesant sur la candidature sont aussi susceptibles de porter atteinte à la réalisation de certaines politiques publiques.

Concrètement, la loi relative aux marchés publics de 2003 a posé une sorte de principe de proportionnalité entre le niveau minimal de capacité de candidature et l'objet du marché en l'espèce. Un tel principe est ensuite réaffirmé et précisé par les normes juridiques ultérieures destinées à mettre en œuvre certaines politiques publiques dans le cadre des marchés publics.

Tout d'abord, d'après la loi relative aux marchés publics de 2003, le législateur a d'un côté autorisé l'acheteur à ajouter des exigences facultatives liées au caractère particulier de l'objet de l'achat, et d'un autre côté posé qu'« il est cependant interdit d'établir entre les opérateurs un traitement différent ou discriminatoire au travers de l'ajout des conditions de candidature déraisonnables. »¹³²⁵ Dans le même ordre d'idées, le décret d'application de 2015 a bien tiré les conséquences de cette disposition, en posant que l'acheteur ne peut pas ajouter des conditions qui « ne conforment pas à des besoins réels et des caractéristiques concrètes du marché, ou n'ont aucun rapport avec l'exécution du marché. »¹³²⁶ Sur la base de ces dispositions, un principe de proportionnalité entre les exigences de capacité minimale et l'objet du marché en espèce peut être clairement dégagé.

Néanmoins, il faut noter qu'aux yeux du législateur de cette époque un tel principe n'a rien à voir avec la poursuite de politiques publiques : ce principe est consacré simplement pour l'objectif d'assurer une concurrence effective, s'inscrivant donc dans la logique de la libéralisation. Son rapport avec la poursuite de politiques publiques est ultérieurement exploré par des normes juridiques spécifiques destinées à mettre en œuvre certaines politiques

1325 Article 22 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 22 条).

1326 Paragraphe 2 de l'article 20 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 20 条第 2 段。).

publics dans le cadre des marchés publics.

Plus précisément, depuis 2007, il a été utilisé pour l'objectif de promotion de l'innovation nationale. L'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits issus de l'innovation nationale a imposé qu'« aucune personne morale ou physique ne peut (...) ajouter les conditions de candidature déraisonnables destinées à donner un traitement différent ou discriminatoire à des opérateurs qui fournissent les produits issus de l'innovation nationale. »¹³²⁷ Evidemment, cette disposition a pour l'objectif d'éviter les effets restrictifs apportés par des conditions déraisonnables à l'accès aux marchés publics des produits issus de l'innovation nationale.

Même si, comme nous l'avons déjà vu, cet arrêté a été abrogé en 2011, les pouvoirs publics chinois continuent à utiliser cette exigence de proportionnalité pour réaliser l'objectif d'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics.

En vertu de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics, les pouvoirs publics chinois ont précisé que, « dans les activités de marchés publics, il est interdit de donner un traitement différent ou discriminatoire à des opérateurs qualifiés de PME, par l'imposition de conditions de candidature liées à la taille de l'opérateur, comme le capital social de la société, l'actif global, le chiffre d'affaires, l'effectif des employés, les profits et la somme d'imposition etc. »¹³²⁸ Une telle disposition a évidemment pour objectif d'enlever un obstacle susceptible de bloquer l'accès des PME aux marchés publics. De plus, selon l'instruction n°68

1327 Article 4 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)第 4 条).

1328 Article 3 de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》第 3 条).

de 2014 cosignée par les ministres des finances publiques et de la justice, la disposition précitée s'applique également aux activités de marchés publics des entreprises pénitentiaires.¹³²⁹

Enfin, il faut encore noter que, comme c'est le cas en France, les chercheurs chinois ont aussi réalisé que les formalités administratives pesant sur l'opérateur exigées dans le stade de sélection des candidatures ont eu des effets négatifs considérables sur l'accès des PME aux marchés publics.¹³³⁰ Cependant, en l'état juridique actuel, la simplification administrative n'a pas été spécifiquement utilisée par les pouvoirs publics chinois dans un objectif d'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics. Mais, la situation est en train de s'améliorer : en effet, depuis 2013, la simplification des formalités et des procédures en matière de marchés publics a été inscrite dans la liste des réformes importantes programmées.¹³³¹ Cette tentative a aussi été réaffirmée en 2015 par les discours des hauts fonctionnaires du ministère des finances publiques.¹³³² Nous pouvons ainsi imaginer que la simplification au profit des PME, en tant que vaste chantier qui n'a pas encore été ouvert, possède en Chine un potentiel considérable pour l'avenir.

2. L'attribution des marchés en appliquant les procédures de passation

Afin de sélectionner l'offre la plus pertinente pour un marché public, l'acheteur doit appliquer la procédure de passation désignée ou proposée par le droit des marchés publics. Pour cette étape, les pouvoirs publics chinois ont également adopté des mesures concrètes destinées à poursuivre des objectifs additionnels liés aux politiques publiques. Il s'agit de mesures s'inscrivant soit dans la détermination de la procédure applicable, soit dans la

¹³²⁹ Le point 2 de l'instruction n°68 de 2014 relative à soutenir les entreprises attachées aux prisons à travers les marchés publics (2014 年财库[2014]68 号《关于政府采购支持监狱企业发展有关问题的通知》第二点).

¹³³⁰ WANG Min, « Les marchés publics et la promotion du développement des PME », *Marchés publics en Chine* n°3 2005, p.63 (王敏：“政府采购与促进中小企业发展”，《中国政府采购》2005 年第 3 期，第 63 页。).

¹³³¹ LIU Kun, « Approfondir les réformes et Réaliser l'innovation institutionnelle, créer la nouvelle situation pour la réglementation des marchés publics », *op.cit.*, p.54.

¹³³² LIU Kun, « Renover l'idée de la réforme, axée sur les résultat », *op.cit.*, p.22.

sélection des offres.

a. La détermination de la procédure applicable

Ayant pour objectif de poursuivre certaines politiques publiques, les pouvoirs publics chinois ont facilité le recours à des procédures spécifiques qui s'adaptent mieux que la procédure de droit commun aux besoins liés à la réalisation de politiques publiques.

Plus précisément, comme nous l'avons déjà indiqué, la procédure de l'appel d'offres constitue en Chine la procédure de droit commun pour l'attribution des marchés publics. La procédure de l'appel d'offres ouvert, notamment, bénéficie d'un statut privilégié dans le droit des marchés publics chinois. Un tel statut est prouvé par le fait que le recours à d'autres procédures est strictement limité, sous le contrôle des services des finances publiques suivant des conditions expressément énumérées. Cependant, une voie de recours particulière à ces procédures exceptionnelles est davantage établie par les normes juridiques ultérieures destinées à la poursuite de politiques publiques.

En 2006, le Conseil des affaires de l'Etat a déjà proposé que « par rapport au marché public dont l'objet concerne les produits liés étroitement à des techniques issues de l'innovation nationale, si leurs spécifications techniques et prix sont difficiles à définir préalablement, l'acheteur peut appliquer, après autorisation des services des finances publiques, la procédure de la négociation compétitive, afin d'attribuer le marché à des opérateurs qui fournissent des produits issus de l'innovation nationale. »¹³³³ Clairement, une voie particulière pour recourir à la procédure de la négociation compétitive est désormais consacrée pour les marchés publics de produits issus de l'innovation nationale, en raison notamment du fait qu'une telle procédure moins formaliste s'adapte naturellement mieux aux besoins issus de la poursuite de l'objectif de promotion de l'innovation nationale.

¹³³³ Le point 23 de la décision du 9 février 2006 sur le programme relatif au développement de sciences et techniques de l'Etat à moyen et long terme (2006-2020) (2006 年 2 月 9 日《国家中长期科学和技术发展规划纲要(2006—2020 年)》第 23 点).

Dans le même ordre d'idées, l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits issus de l'innovation nationale a encore enrichi les possibilités de recours à d'autres procédures pour les marchés publics portant sur de tels produits. Selon son article 7, sous les mêmes conditions précitées, « l'acheteur peut appliquer, après autorisation des services des finances publiques, les procédures de l'appel d'offres restreint, de la négociation compétitive et de la demande du prix etc. »¹³³⁴ Dès lors, sur la base de cette disposition, dans le cadre spécifique de ces marchés publics, l'acheteur est désormais considérablement plus libre de recourir à des procédures de passation exceptionnelles dotées d'une nature moins formaliste au regard de celle de l'appel d'offres ouvert.

Il est regrettable que, comme on l'a vu, sous la sévère pression internationale l'arrêté précédent ait été aboli en 2011 par le ministère des finances publiques, ce qui a entraîné la cessation des efforts précités. Cependant, en 2014, l'arrêté ministériel temporaire n°214 de 2014 relatif à la procédure de passation du dialogue compétitif a effectivement laissé, de façon clandestine bien sûr, une voie particulière pour les marchés publics de produits d'innovation nationale. Concrètement, selon son article 3, « pour les œuvres des recherches scientifiques qui ont fait l'objet de soutien de la part des pouvoirs publics, les industrialisations et commercialisations de ces produits peuvent être effectuées par les marchés publics », et dans ce cas l'acheteur est autorisé à appliquer la procédure du dialogue compétitif.¹³³⁵ Ainsi, le recours à une telle procédure est nettement facilité, et dans cette procédure, une marge plus ample de négociation entre l'acheteur et les soumissionnaires permet de mieux garantir la réalisation de l'objectif de la promotion de l'innovation nationale,

1334 Article 7 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)第 7 条).

1335 Article 3 de l'arrêté ministériel temporaire n°214 de 2014 relatif à la procédure de passation du dialogue compétitif (2014 年 12 月 31 日财库[2014]214 号《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》第 23 条).

malgré l'absence de référence explicite à celui-ci dans la disposition.

b. La sélection des offres

Ensuite, en passant dans l'étape de la sélection des offres, les pouvoirs publics chinois sont aussi intervenus afin de poursuivre des politiques publiques spécifiques. Ils ont particulièrement fait à partir de deux angles : soit en consacrant un droit de préférence en faveur de produits relevant de certaines catégories spéciales, soit en intégrant des critères additionnels aux critères de sélection des offres.

Premièrement, en ce qui concerne le droit de préférence a été attribué par les pouvoirs publics chinois à trois catégories de produits, à savoir les produits fabriqués par des entités employant de façon centralisée des handicapés, les produits de nature écologique et les produits nationaux. Nous allons les analyser successivement ci-après.

En ce qui concerne l'objectif d'améliorer la protection en faveur des handicapés, en 2007, comme nous l'avons déjà dit, le décret n°488 de 2007 relatif à l'emploi des handicapés a posé dans son l'article 18 que « l'acheteur doit privilégier, en cas d'offres équivalentes, les produits et les services fournis par des entités employant de façon centralisée les handicapés. »¹³³⁶ Ainsi, un droit de préférence à équivalence d'offres est consacré en faveur des produits et des services fournis par ces entités spéciales. Ensuite en 2008, un tel droit de préférence a été doté d'une valeur législative par un amendement à la loi relative à la protection des handicapés.¹³³⁷

En ce qui concerne l'objectif d'ordre écologique, à savoir l'économie d'énergie et la protection de l'environnement, un même droit de préférence a été consacré respectivement en 2005 et en 2006, au travers de termes presque identiques. Précisément, lorsque l'objet du marché est tombé dans le répertoire du catalogue des produits favorisant l'économie d'énergie

1336 Article 18 du décret n°488 de 2007 relatif aux emplois des handicapés (2007 年国务院令 第 488 号《残疾人就业条例》第 18 条).

1337 Article 36 du décret n°488 de 2007 relatif aux emplois des handicapés (2007 年国务院令 第 488 号《残疾人就业条例》第 36 条).

ou du catalogue des produits bénéficiant d'un label écologique, il faut se procurer préférentiellement, « à équivalence des aspects techniques et de service etc. »¹³³⁸, les produits enregistrés dans ces catalogues, malgré l'écart éventuel de prix qui peut être constaté.

En ce qui concerne l'objectif de privilégier les produits endogènes, l'article 10 de la loi relative aux marchés publics a posé que « l'acheteur doit se procurer dans le cadre des marchés publics des fournitures, des travaux et des services nationaux ». Dès lors, nous pouvons déduire un droit de préférence en faveur des produits nationaux, sachant que, sauf cas exceptionnel bénéficiant d'une autorisation explicite des services des finances publiques, l'acheteur ne peut pas se procurer de produits importés. Un tel droit de préférence a aussi été mentionné en 2006 par le « Sommaire du programme relatif au développement de sciences et techniques de l'Etat à moyen et long terme (2006-2020) » publié par le Conseil des Affaires de l'Etat : « l'acheteur est obligé de se procurer de préférence des produits nationaux en vertu de la loi relative aux marchés publics. »

De plus, dans le cas exceptionnel où il est autorisé à se procurer des produits importés, a été mise en place un régime de préférence pour les produits importés accompagnés par des mesures de compensation commerciale. Concrètement, dans l'arrêté ministériel n°119 de 2007 relatif aux produits importés achetés dans le cadre des marchés publics, les pouvoirs publics chinois ont imposé que « l'acheteur (se procure) de préférence des produits dont les fournisseurs sont d'accord pour transmettre simultanément les techniques corrélatives, fournir des services de formation du personnel chinois, ou adopter d'autres mesures de compensation commerciale. »¹³³⁹ L'idée sous-jacente consiste toujours à obtenir un avantage comparatif

1338 Article 6 de l'arrêté ministériel n°185 de 2004 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits d'économie des énergies, article 6 de l'arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique (2004 年财库[2004]185 号《节能产品政府采购实施意见》第 6 条, 2006 年财库[2006]90 号《关于环境标志产品政府采购实施的意见》第 6 条).

1339 Article 5 de l'arrêté ministériel n°119 de 2007 relatif aux produits importés achetés dans le cadre des marchés publics (2007 年财库[2007]119 号《政府采购进口产品管理办法》第 5 条).

dans la concurrence internationale, à travers en l'espèce « la digestion et l'absorption nationale des techniques de base extérieures ».¹³⁴⁰

Deuxièmement, par rapport aux critères additionnels intégrés dans les critères de sélection des offres, il faut constater que, au début les pouvoirs publics chinois n'avaient pas envisagé d'utiliser stratégiquement ces critères pour la réalisation de politiques publiques. En témoigne le fait que ni la loi relative aux marchés publics de 2003 ni l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat de fournitures et de services n'ont énuméré de critères additionnels visant telle ou telle politique publique. En revanche, l'arrêté ministériel n°18 de 2004 n'a fait qu'une énumération de nature tout à fait neutre des critères pouvant être employés dans la méthode de « notation synthétique (综合评分法) ». Il s'agit de critères concernant « le prix, la technique, la qualité du service, l'état de financement et la réputation ainsi que les bilans des affaires antérieures du candidat etc. »¹³⁴¹

C'est à travers des normes juridiques ultérieures destinées spécifiquement à mettre en œuvre certaines politiques publiques par le biais des marchés publics que les critères additionnels sont davantage intégrés dans la sélection des offres. Plus précisément, les critères additionnels autorisés ou imposés par ces normes sont destinés à poursuivre des objectifs d'ordre écologique, permettant l'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics ou visant la promotion de l'innovation nationale.

Tout d'abord, concernant la réalisation des objectifs d'ordre écologique, les pouvoirs publics chinois ont imposé que, lorsque l'objet du marché est intégré au répertoire du catalogue des produits permettant des économies d'énergie ou du catalogue des produits bénéficiant d'un label écologique, l'acheteur est obligé d'intégrer dans les critères de sélection

1340 Article 5 de l'arrêté ministériel n°119 de 2007 relatif aux produits importés achetés dans le cadre des marchés publics (2007 年财库[2007]119 号《政府采购进口产品管理办法》第 5 条).

1341 Article 52 de l'arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年财政部第 18 号令《政府采购货物和服务招标投标管理办法》第 52 条).

des offres les critères favorisant de tels produits.¹³⁴² Mais les contenus concrets de ces critères additionnels sont laissés à décider par l'acheteur en espèce, les pouvoirs publics chinois n'ont pas imposé tel ou tel modèle spécifique.

Ensuite, en ce qui concerne l'objectif d'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics, en dehors des marchés exclusivement accessibles pour les PME que nous avons déjà présentés, l'acheteur doit quand même intégrer dans la passation d'autres marchés publics des critères de sélection des offres favorisant les PME. Précisément, les pouvoirs publics chinois ont imposé à l'acheteur de donner un décompte de 6% à 10% sur le critère du prix pour les offres déposées par les petites ou micros entreprises.¹³⁴³ De plus, comme nous l'avons déjà vu, si dans un groupement d'entreprises le montant du marché distribué aux membres relevant des petites ou micros entreprises est, en vertu de la convention de regroupement, d'au moins 30%, le groupement d'entreprises peut bénéficier dans l'évaluation de son offre d'un décompte du prix de 2% à 3%.¹³⁴⁴ Ainsi, dans ce cas, un modèle standard de critère additionnel est fixé par les pouvoirs publics chinois, d'après lequel la marge de manœuvre laissée en l'espèce à l'acheteur est très limitée.

Enfin, dans la poursuite de l'objectif de promotion de l'innovation nationale, les critères additionnels sont également minutieusement encadrés par les pouvoirs publics chinois. Avant tout, un principe est établi : lorsque l'objet du marché est tombé dans le répertoire du catalogue des produits issus de l'innovation nationale, l'acheteur est obligé d'intégrer des

1342 Article 7 de l'arrêté ministériel n°185 de 2004 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits d'économie des énergies, article 7 de l'arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique (2004 年财库[2004]185 号《节能产品政府采购实施意见》第 7 条, 2006 年财库[2006]90 号《关于环境标志产品政府采购实施的意见》第 7 条).

1343 Article 5 de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》第 5 条).

1344 Article 6 de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》第 6 条).

critères liés au caractère d'innovation nationale (自主创新评审因素), et d'ajuster en ce sens les notes d'évaluation des offres.¹³⁴⁵ Les pouvoirs publics ont précisé notamment la façon d'ajuster les notes d'évaluation : dans la méthode du « prix le plus bas (最低评标价法) », un décompte de 5% à 10% peut être attribué par l'acheteur sur le prix déposé par l'offre issue de l'innovation nationale¹³⁴⁶ ; dans la méthode de « notation synthétique (综合评分法) », l'acheteur est autorisé à procéder à une addition de 4% à 8% à la note, soit sur l'évaluation de l'élément du prix, soit sur l'évaluation de l'élément technique, soit sur ces deux éléments à la fois.¹³⁴⁷

1345 Article 8 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)第 8 条).

1346 Article 13 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)第 13 条).

1347 Article 14 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)第 14 条).

Conclusion du second chapitre

A la suite des analyses précédentes, force est de constater que, en France comme en Chine la mise en œuvre des objectifs additionnels a déjà pu être déployée dans presque tous les stades des activités relevant des marchés publics, et dans ces deux pays, les contenus de ces mesures sont largement similaires : de la définition des besoins avec la formulation des spécifications techniques et des conditions d'exécution, au recours à la sous-traitance et l'allotissement ainsi qu'au groupement d'entreprises ; de l'ajout des conditions de candidature exigeant les capacités nécessaires à la réalisation de certaines politiques publiques et la réservation des marchés à certaines catégories d'opérateur, à un principe de proportionnalité entre les exigences minimales relatives à la candidature et à l'objet du marché ; de la création ou la facilité de recours à une procédure spécifique s'adaptant mieux à l'objectif de politiques publiques, à une série de droits de préférence et de critères additionnels applicables lors de la sélection des offres. De toute évidence, les pouvoirs publics français et chinois ont adopté des mesures essentiellement similaires à chaque stade de la passation des marchés publics.

Néanmoins, il faut aussi admettre que les pouvoirs publics français les ont employés de façon plus subtile et plus efficace que leurs équivalents chinois. Ceci nous incite à penser que la transposition au droit des marchés publics chinois de certaines mesures plus subtiles issues des bonnes pratiques françaises est à la fois possible et désirable.

Plus concrètement, au stade de la préparation à la mise en concurrence, les normes juridiques, en Chine comme en France, encouragent l'acheteur à recourir à la sous-traitance en vue de faciliter l'accès des PME, mais en l'absence de procédés d'incitation concrets, l'effet pratique d'une simple déclaration devrait être faible. Pour résoudre ce problème, l'acheteur en France est autorisé à demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites ou moyennes entreprises. Ceci constitue ainsi une mesure subtile mais dont l'effet est considérable pour la réalisation de ces objectifs additionnels ; la transposition de cette mesure

au droit des marchés publics chinois est dès lors souhaitable. De même, en ce qui concerne l'obligation d'allotissement en France, les pouvoirs publics chinois peuvent également combler le vide juridique actuel du droit des marchés publics sur ce point, notamment en exigeant une obligation de recourir à l'allotissement assortie, comme en France, d'une série d'exceptions concrètes.

De plus, lors de la sélection des candidatures, le principe de proportionnalité dans la formulation des conditions de candidature existe en France comme en Chine, mais il renvoie en France à deux exigences plus précises, à savoir un plafonnement du chiffre d'affaires exigible à deux fois le montant estimé du marché public et la limitation de la portée des expériences antérieures sur les marchés de même nature. Il serait salubre que les pouvoirs publics chinois puissent adopter en Chine les mêmes règles de concrétisation de ce principe, afin de le rendre plus effectif en pratique. D'ailleurs, la simplification des formalités administratives relatives à cette étape vient d'être lancée en Chine, mais les travaux à cet égard en France ont déjà porté leurs fruits, notamment en faveur de l'accès des PME aux marchés publics. Sur ce point, le droit des marchés publics chinois peut donc parfaitement prendre exemple sur les bonnes pratiques françaises pour mener à bien des réformes utiles pour l'avenir de la Chine.

Enfin, au stade de l'attribution des marchés, la Chine a facilité le recours à des procédures exceptionnelles pour aider à la réalisation de ses politiques publiques, mais la création en France d'une procédure spécifique visant à favoriser certaines politiques publiques, comme la promotion de l'innovation, devrait être plus efficace pour atteindre certains objectifs. Ceci peut également éclairer les pouvoirs publics chinois pour enrichir à l'avenir les procédures ouvertes à l'acheteur visant spécifiquement la poursuite de certaines politiques publiques. En outre, l'utilisation stratégique en France des régimes de variantes et d'offres anormalement basses peut aussi effectivement augmenter l'efficacité de la poursuite d'une série de politiques publiques, mais les régimes correspondants en Chine restent aujourd'hui

encore dans une situation de vide juridique, une transposition fidèle de ces bonnes pratiques françaises dans le droit chinois pourrait dès lors être pertinente.

Ces éléments de droit français transposables en Chine peuvent être considérés comme tributaires de la tendance commune à la convergence vers l'utilisation stratégique des marchés publics dans ces deux pays, sachant que la transposabilité entre les régimes de ces deux pays témoigne en elle-même de l'existence préalable d'une base commune. Cependant, au-delà de cette convergence apparente, deux points de divergence de fond méritent aussi d'être mis en lumière.

La première différence tient aux attitudes divergentes en France et en Chine concernant les procédés réglant les préférences dans la sélection des offres et la réservation des marchés en faveur de certaines catégories d'opérateurs. Ces deux procédés ont été amplement utilisés par les pouvoirs publics chinois, pour soutenir notamment l'objectif de promotion de l'innovation nationale, l'objectif de protection de l'emploi des handicapés, l'objectif d'accroissement de l'accès des PME et des entreprises pénitentiaires aux marchés publics, et l'objectif d'économie d'énergie ainsi que celui de protection environnementale. Une attitude d'indifférence concernant l'emploi de ces deux procédés peut ainsi être identifiée au sein des pouvoirs publics chinois. Celle-ci contraste avec l'attitude adoptée par les pouvoirs publics français. En France, le régime de réservation s'applique au début seulement à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail, en vue donc de protéger des personnes en difficulté. La mobilisation de ce régime au service de l'objectif de l'accroissement de l'accès des PME a été lancée en 2006, mais a subi très vite un échec devant le Conseil d'Etat. Plus récemment, malgré l'extension de son champ d'application à la suite de la réforme lancée depuis 2015, on peut noter que les pouvoirs publics français restent vigilants sur son utilisation. Pareillement, le procédé du droit de préférence, s'appliquait initialement à l'offre déposée par des opérateurs fragiles ou dotés d'un objectif social, mais cette possibilité a été ensuite supprimée par la réforme lancée en 2015. Ainsi désormais, le

droit de préférence subsiste seulement dans un cas très marginal issu du secteur des réseaux. En bref, l'importance du procédé du droit de préférence a considérablement diminué en France, et l'emploi du régime de réservation reste limité par les pouvoirs publics français. Tout cela contraste ainsi de façon sensible avec la situation en Chine.

La seconde différence tient à la manière distincte dont les critères additionnels sont employés dans ces deux pays dans la sélection des offres. Schématiquement, en Chine les critères additionnels prennent deux formes différentes : dans la première, le contenu de ces critères intègre des exigences liées à des politiques publiques, comme la protection environnementale ou l'innovation nationale ; dans la seconde, l'acheteur peut donner directement le décompte sur le critère du prix ou l'addition de notes sur les critères techniques etc., dès que les produits déposés appartiennent à certaines catégories spécifiques. En revanche, en France, les critères additionnels ne rentrent en ligne de compte qu'en première intention, et l'acheteur ne peut pas donner de façon directe les décomptes ou les additions de notes dans l'évaluation des offres.

En résumé, d'un côté, une convergence concernant les mesures adoptées afin de réaliser les politiques publiques peut être nettement constatée entre les régimes des marchés publics de la France et de la Chine. Sur cette base, il serait à la fois possible et désirable de transposer certaines bonnes pratiques françaises qui sont à la fois possibles et désirables à être transposées dans le droit des marchés publics chinois. Mais, d'un autre côté, des différences de fond subsistent tout de même. Plus précisément, contrairement à ce qui est le cas en France, les pouvoirs publics chinois ont adopté une attitude plutôt indifférente sur l'emploi des procédés du droit de préférence et de réservation des marchés. D'ailleurs, lors de la sélection des offres en Chine, l'acheteur dispose du pouvoir de donner directement les décomptes du prix ou les additions de note dans l'évaluation des offres en faveur de produits appartenant à certaines catégories spécifiques. En bref, les pouvoirs publics chinois préfèrent les mesures d'intervention directe.

Conclusion du Titre I

A la suite des analyses précédentes sur les objectifs et les mesures relatifs à l'utilisation stratégique des marchés publics, il n'est pas difficile de constater que, entre la France et la Chine, les objectifs assignés aux marchés publics dans une perspective stratégique sont essentiellement homogènes : les pouvoirs publics de ces deux pays ont également adopté des mesures largement similaires pour la mise en œuvre de ces objectifs. Ainsi, une tendance à la convergence concernant l'utilisation stratégique des marchés publics peut être nettement identifiée dans ces deux pays.

Nous pouvons même arguer que la raison sous-jacente de cette convergence tient naturellement au contexte de globalisation commun à la France et à la Chine : comme nous l'avons indiqué dans l'introduction de la présente thèse, les intérêts sociaux et environnementaux globaux ont subi des préjudices considérables à la suite de la globalisation économique phénomène qualifié par un auteur de « common good under fire ».¹³⁴⁸ De plus, les pays mis en échec dans cette concurrence globale s'efforcent aussi de promouvoir la restructuration de leurs industries, pour éviter l'effet de « dépossession » au sens de David Harvey.¹³⁴⁹ Pire, tout cela est encore exacerbé dans un contexte de crise économique. Ainsi, afin d'affronter ces défis communs en matière économique, sociale et environnementale, la France et la Chine ont réagi de façon similaire en recourant à une utilisation stratégique des marchés publics. Les pouvoirs publics chinois comme français ont ainsi adopté des mesures comparables s'inscrivant dans presque tous les stades de l'existence des marchés publics.

En bref, il s'agit d'un exemple typique de la convergence juridique résultant du contexte de la globalisation. Les transpositions éventuelles des bonnes pratiques françaises vers le droit des marchés publics chinois s'inscrivent dès lors dans le prolongement logique de cette

¹³⁴⁸ Emmert Franck, *op.cit.*, p.440.

¹³⁴⁹ David Harvey, *op.cit.*, p.178.

convergence.

Toutefois, certaines différences non-négligeables subsistent quand même en cette matière. Concrètement, quant aux objectifs de politiques publiques assignés aux marchés publics, les pouvoirs publics chinois soulignent particulièrement l'importance des objectifs de promotion de l'innovation nationale et des produits endogènes ; quant aux mesures de mise en œuvre des marchés publics, les procédés du droit de préférence et de réservation des marchés sont plus amplement employés en Chine, et les décomptes du prix et les additions de notes en faveur des produits issus de certaines catégories spécifiques peuvent aussi intervenir directement à l'initiative de l'acheteur dans l'évaluation des offres.

Face à ces différences, une question sérieuse s'impose naturellement : comment devons-nous traiter les atteintes aux fruits de la libéralisation qui sont engendrées par l'utilisation stratégique en Chine des marchés publics, sachant que tant les objectifs dotés d'une nature protectionniste que les mesures d'intervention directe sont évidemment incompatibles avec l'idée essentielle de la libéralisation ? Heureusement, se basant sur les nombreux éléments de convergence existant entre la France et la Chine à la fois dans la libéralisation des marchés publics et dans leur utilisation stratégique, un courant de convergence semble pouvoir être identifié en matière de marchés publics. Dès lors, on peut se demander si les méthodes adoptées en France afin d'équilibrer ces deux exigences peuvent aussi s'appliquer en Chine. C'est le problème que nous allons traiter dans le titre prochain.

Titre 2. L'équilibre entre utilisation stratégique et libéralisation des marchés publics

Nous avons vu dans le Titre précédent les efforts consacrés par la France et la Chine au développement d'une utilisation stratégique des marchés publics. Néanmoins, une contradiction irréductible persiste, tant en France qu'en Chine, entre cette utilisation stratégique et la libéralisation des marchés publics que nous avons présentée dans la première partie. Plus précisément, en réalité toutes les tentatives visant à utiliser stratégiquement les marchés publics peuvent se résumer à accorder, soit directement soit indirectement, un traitement de faveur, à des degrés divers, à des produits ou des opérateurs relevant de telle ou telle catégorie valorisée par les pouvoirs publics. Il s'agit donc, pour l'essentiel, d'une démarche consistant à remplacer l'initiative du marché dans certains domaines spécifiques par l'initiative des pouvoirs publics ou des acheteurs. Ceci risque alors de fausser la concurrence du marché, et de conduire à une distorsion de la distribution des ressources, par exemple, à augmenter le prix d'achat issu d'un marché public. Les objectifs poursuivis par la libéralisation des marchés publics, à savoir la meilleure utilisation des deniers publics et la préservation d'une concurrence effective, subissent alors certainement des revers. Face à une telle contradiction irréductible, la mise en œuvre de l'utilisation stratégique demande alors de trouver d'un équilibre pertinent avec la libéralisation des marchés publics.

Comment peut se réaliser un tel équilibre pertinent ? En effet, cette question est tributaire d'une problématique plus globale, dépassant le cadre des marchés publics, s'inscrivant tant en France qu'en Chine dans les débats essentiels du droit public de notre époque, notamment du droit public économique actuel.

Précisément, cette problématique consiste à déterminer, pour reprendre l'expression d'un auteur, « où et comment (le droit public économique) peut s'ouvrir aux exigences de la commercialité, des affaires et de la rentabilité sans abandonner les références à l'intérêt

général qui en légitime l'existence »¹³⁵⁰ Dans la recherche d'un tel équilibre, « les interventions directes (de l'Etat) sont en recul » en France¹³⁵¹, et les actions indirectes sont en revanche bien plus valorisées.¹³⁵² Concrètement, l'Etat devient de plus en plus un partenaire des opérateurs économiques sur le marché. Ainsi, les marchés publics, en tant que l'une des modalités de partenariat au sens général¹³⁵³, entrent naturellement dans la boîte à outils des pouvoirs publics.

Le cas en Chine est presque pareil. Il faut noter que, depuis l'accession de la Chine à l'OMC en 2001, ce grand pays oriental commence à réintégrer le réseau économique et industriel global. Et comme nous l'avons vu au cours de la dernière décennie, par la libre concurrence internationale, la globalisation économique a sans conteste apporté des fortunes massives pour la Chine, mais elle a aussi entraîné pour ce pays des préjudices considérables en matière sociale et environnementale. De plus, la Chine désire fortement promouvoir ses structures industrielles afin d'améliorer sa position dans la concurrence globale à l'avenir.¹³⁵⁴ Dans ce contexte, le droit public chinois doit également faire face à la nécessité de concilier les exigences de la concurrence et celles de la protection de l'intérêt public. En matière de marchés publics, les pouvoirs publics chinois doivent alors, comme c'est le cas en France, équilibrer au mieux les exigences issues de la libéralisation des marchés publics et de leur utilisation stratégique au service des politiques publiques au nom de l'intérêt général.

Néanmoins, comme nous allons le montrer ci-après, bien que la même problématique

1350 Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux, *op.cit.*, p.46.

1351 *Ibid.*, p.195.

1352 *Ibid.*, p.347.

1353 *Ibid.*, p.359.

1354 Dans le « Rapport de Fabrique en Chine (2025) » publié en 2015 (Le Conseil des affaires de l'Etat, *Rapport de Fabrique en Chine (2025)*, le 8 mai 2015 (国务院：《中国制造（2025）》，2015年5月8日)), le Conseil des affaires de l'Etat a bien indiqué qu'« en comparant avec les industries avancées du monde, l'industrie de la Chine a une dimension large, mais ne possède pas une capacité véritablement puissante, les écarts en matière d'innovation nationale, d'efficacité de l'utilisation d'énergie, et de structure industrielle (...) restent très larges (au regard d'industries avancées). Les tâches de la restructuration et de l'évolution de notre industrie sont donc pressées et extrêmement difficiles. »

profonde soit partagée entre la France et la Chine, les pouvoirs publics de ces deux pays ont adoptés des méthodes différentes pour parachever un point d'équilibre pertinent (Chapitre 1). Derrière cette différence expressément manifestée, des divergences plus profondes liées aux particularismes nationaux doivent encore être explorées (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les différences manifestes entre la France et la Chine dans la recherche de ces équilibres

Les méthodes destinées à équilibrer l'utilisation stratégique avec la libéralisation des marchés publics se traduisent, en France comme en Chine, essentiellement sous deux aspects, mais avec des contenus totalement différents.

Le premier aspect concerne la nature reconnue par les pouvoirs publics au régime des marchés publics. Précisément, s'agit-il d'un outil d'intervention publique ou d'un instrument d'approvisionnement ? A cet égard, les pouvoirs publics français et chinois n'ont pas adopté la même conception.

Le second aspect concerne les attitudes des pouvoirs publics vis-à-vis des comportements ayant un effet discriminatoire dans la passation des marchés publics. Plus concrètement, face à ces comportements, se présentent-ils comme toujours vigilants ou plutôt tolérants ? Les attitudes qui en découlent au sein des pouvoirs publics en France et en Chine ne sont pas identiques.

Ci-après, nous allons démontrer que ces deux aspects sont en fait corrélatifs et que les procédés concrets de recherche d'équilibre dans ces deux pays peuvent être bien mis en lumière dans les réactions des pouvoirs publics sur ces deux aspects. Dès lors, avant d'analyser la situation en Chine (Section 2), nous allons tout d'abord présenter les termes de la recherche d'équilibre en France (Section 1).

Section 1. La recherche des équilibres en France

Dans le processus de recherche des équilibres, les pouvoirs publics français d'un côté ont réalisé un compromis sur la nature du régime des marchés publics (§1), et d'un autre côté sont restés toujours vigilants contre les incidences discriminatoires de la passation des marchés publics (§2).

§1. Le compromis sur la nature du régime des marchés publics

En ce qui concerne la nature du régime des marchés publics, il est initialement conçu en France comme un instrument d'approvisionnement, ce qu'il est resté jusqu'à aujourd'hui. Selon Laurent Richer, « il s'agit en effet de contrats par lesquels l'administration se procure des fournitures ou des services ou fait réaliser des travaux moyennant un prix. »¹³⁵⁵ Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux avancent également que « la caractéristique la plus notable (des marchés publics) (...) réside dans le paiement d'un prix par la personne publique acheteuse. »¹³⁵⁶ Un tel concept est essentiellement enraciné dans la libéralisation endogène développée depuis la genèse du régime. Précisément, comme nous l'avons expliqué dans la première partie, le régime des marchés publics en France est né d'une logique de finances publiques sous la forme d'une unité triangulaire entre l'économie du prix, l'intégrité publique et la qualité de la prestation. Afin de bien atteindre ces objectifs, les concepteurs ont insisté pour développer un régime entièrement neutre et attaché strictement à des considérations économiques immédiates, en valorisant notamment le prix le moins élevé sous réserve d'une garantie minimale de la qualité de prestation.

Dans ces conditions, nous pouvons aisément imaginer que, si l'acheteur prend en compte les considérations additionnelles détachées aux caractéristiques intrinsèques de l'objet des marchés, les objectifs endogènes seront certainement menacés. En suivant une telle

¹³⁵⁵ Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs* (9^e édition), *op.cit.*, p.311.

¹³⁵⁶ Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux, *op.cit.*, p.359.

éventualité et poussant le raisonnement à son terme, le régime des marchés publics est susceptible d'être dénaturé en un outil d'intervention publique au service de la mise en œuvre d'objectifs de politiques publiques. Nous pouvons ainsi identifier le conflit majeur impliqué dans la détermination de la nature du régime des marchés publics.

Face à un tel conflit, les pouvoirs publics français cherchent à trouver un compromis convenable à la fois pour les objectifs endogènes et la nécessité de l'utilisation stratégique. Il s'agit certainement d'un processus de recherche progressif impliquant des acteurs multiples. Précisément, comme nous allons voir ci-après, ce problème a fait l'objet de débats et d'échanges très dynamiques entre les pouvoirs publics français et les autorités de l'UE, autour une question fondamentale : savoir dans quelle mesure on peut ajouter dans la mise en concurrence pour l'attribution des marchés publics des éléments d'incitation additionnels¹³⁵⁷. Une telle question abstraite a ensuite été concrétisée dans une question plus précise : est-ce que l'acheteur a la faculté d'intégrer un ou plusieurs critères additionnels dans les critères de sélection des offres d'un marché public ?

1. Les dialogues entre les autorités françaises et de l'UE sur cette question

A cet égard, il faut noter que depuis 1988 le CJUE a déjà validé en principe une telle faculté. Dans l'affaire Beentjes de 1988, le juge de l'UE a déclaré que « la condition de l'emploi de chômeurs de longue durée est compatible avec la directive si elle n'a pas d'incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres États membres de la Communauté. Une telle condition particulière supplémentaire doit être obligatoirement mentionnée dans l'avis de marché. »¹³⁵⁸ Evidemment, ici la seule condition de légalité imposée par le juge de l'UE tient au respect des principes de non-discrimination et de transparence. En revanche, la nature sociale du critère n'a pas été

1357 C'est-à-dire les éléments d'incitation en dehors du prix et de la qualité ainsi que des autres caractéristiques intrinsèques de l'objet du marché, mais liés plutôt à des aspects stratégiques au plan plus global.

1358 CJCE, 20 septembre 1988, Beentjes, affaire 31/87, point 37.

mise en cause.

Cependant, le juge administratif en France n'a pas immédiatement suivi cette attitude favorable, en raison notamment d'un principe propre à la France, le principe de neutralité des marchés publics. Il s'agit en fait d'un principe « n'ayant jamais été explicitement consacré sous la forme d'un principe ou d'une règle de droit positif »¹³⁵⁹ mais auquel le juge administratif a fréquemment fait référence dans la jurisprudence nationale.

En l'occurrence, le juge administratif français applique furtivement ce principe sous le prétexte d'alléguer la condition de la justification par l'objet du marché. Dans l'affaire Wanner Isofi Isolation de 1987, le juge a clairement consacré la neutralité du régime des marchés publics, en indiquant que « la répartition équilibrée des marchés entre les petites, les moyennes et les grandes entreprises n'est pas au nombre des objectifs que les dispositions du code des marchés publics visent à atteindre ».¹³⁶⁰ Une telle attitude se trouve également dans l'arrêt de 1999 rendu par le Tribunal administratif de Strasbourg, dans lequel le juge administratif explique que « l'introduction de critères additionnels est prohibée lorsqu'ils ne sont pas justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ; (...) en l'espèce le marché de nettoyage et de balayage (...) n'impliquait en lui-même, ni par son objet ni par ses conditions d'exécution, que le critère d'insertion sociale soit imposé, en tant que critère additionnel, aux entreprises soumissionnaires. »¹³⁶¹ Au niveau du droit positif, la base juridique de ce jugement provient des articles 53 et 297 du code des marchés publics en vigueur alors, qui exigeaient que les critères additionnels doivent pouvoir être « justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. » Néanmoins, la logique sous-jacente tient effectivement à ce principe clandestin. En témoigne l'arrêt Commune de Gravelines de 2001, dans lequel le Conseil d'Etat a réaffirmé ce principe en jugeant qu'un critère additionnel

1359 Pascale Idoux, *op.cit.*, p.260.

1360 CE, 13 mai 1987, Société Wanner Isofi Isolation, *Rec.* p. 171.

1361 TA. Strasbourg, 30 novembre 1999, préfet du Bas-Rhin n° 991028.

relatif aux propositions concrètes faites par le soumissionnaire en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation est « sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution ».¹³⁶² Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement avait bien mis en lumière la raison sous-jacente, en exposant que : « il y a là l'expression du principe tout à fait essentiel de la neutralité de la réglementation des marchés publics, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût. »¹³⁶³

Evidemment, un tel principe de neutralité constitue un obstacle majeur en France à une utilisation stratégique des marchés publics. A cet égard, un auteur a bien noté que : « l'idée d'une neutralité de la commande publique a fortement imprégné les premières solutions nationales apportées aux tentatives d'inclusion de préoccupations sociales ou environnementales dans l'achat public. »¹³⁶⁴ En s'appuyant sur ce principe, comme nous l'avons vu, le juge administratif français a encadré l'application de la condition de la justification par l'objet du marché : dès lors, les tentatives d'insérer des critères additionnels dans la sélection des offres sont fortement entravés.

Avec l'entrée en vigueur du code des marchés public de 2001, émerge un autre obstacle. En l'occurrence, le nouveau code des marchés publics de 2001 a imposé à l'acheteur de « choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ». Est-ce que des critères liés à des considérations non-économiques peuvent être pris en compte dans le cadre de cette exigence ? La réponse dépend normalement de notre compréhension de ce terme.

Même si le code n'a pas donné de définition précise, la proposition de directive du 10 mai 2000 l'a éclairci en posant que « l'offre économiquement la plus avantageuse doit

¹³⁶² Thomas Gliozzo, *op.cit.*, p.1474.

¹³⁶³ Denis. Piveteau, « concl. sur CE, 25 juill. 2001, Commune de Gravelines », *AJDA* 2002, p.46.

¹³⁶⁴ Pascale Idoux, *op.cit.*, p.260.

s'apprécier par rapport au pouvoir adjudicateur (...) dans sa fonction d'acheteur (...) c'est-à-dire pour les contribuables mais non pour l'ensemble des citoyens de la collectivité qu'il représente »¹³⁶⁵. Cette compréhension rejette alors l'idée d'intégrer à ce terme les considérations plus globales liées à l'intérêt général, en autres termes, l'intérêt de l'ensemble des citoyens. La commission européenne soutient également cette compréhension, en considérant que « la capacité d'un soumissionnaire d'employer des chômeurs de longue durée n'a normalement pas d'incidence sur l'avantage économique que représente le marché pour le pouvoir adjudicateur. »¹³⁶⁶ De ce fait, « sauf, considère la Commission, s'il pouvait être démontré que, en raison de circonstances particulières, l'emploi de chômeurs accroîtrait l'attrait économique du marché pour le pouvoir adjudicateur, le critère de l'emploi ne serait pas compatible avec les dispositions de la directive 71/305. »¹³⁶⁷ En bref, par-là, « l'offre économiquement la plus avantageuse » se borne à prendre en compte des éléments de nature purement économique, et par conséquent, les critères non-économiques, sociaux ou environnementaux par exemple, doivent être naturellement écartés de l'étape de sélection des offres.

Or, une telle compréhension purement économique de « l'offre économiquement la plus avantageuse » partage une même logique de base avec le principe de neutralité précité. Il s'agit au fond de la logique de finances publiques que nous avons présentée dans la première partie, selon laquelle le régime des marchés publics, en tant qu'instruments d'approvisionnement, a poursuivi exclusivement des objectifs endogènes de finances publiques, pour, comme un auteur l'a bien résumé, « la réalisation du meilleur achat au meilleur coût »¹³⁶⁸.

Néanmoins, sur ce point, la position de la CJUE diverge de celle de la commission

1365 Laurence Dubin, *op.cit.*, p.495.

1366 *Ibid.*, p.495.

1367 *Ibid.*, p.495.

1368 Denis. Piveteau, *op.cit.*, p.46.

européenne. Si dans l'affaire Beentjes de 1988 le juge de l'UE n'a pas tout à fait clairement confirmé la compatibilité du critère social avec l'exigence de « l'offre économiquement la plus avantageuse », en 2000 dans l'affaire *commission/France*, il a expressément affirmé qu'« il suffit de constater que, ainsi qu'il résulte clairement du point 14 de l'arrêt Beentjes, (...) la condition de l'emploi de chômeurs de longue durée, qui était en cause dans cette affaire, avait servi de base pour exclure un soumissionnaire et ne pouvait, dès lors, que constituer un critère d'attribution du marché. »¹³⁶⁹ Ce point fut exprimé encore plus clairement, dans l'affaire *Concordia* de 2002, dans laquelle le juge déclare que l'article 36 de la directive « ne saurait être interprété en ce sens que chacun des critères d'attribution retenus par le pouvoir adjudicateur afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (doive) nécessairement être de nature purement économique. »¹³⁷⁰ Dès lors, force est de constater que, aux yeux du juge de l'UE, « l'offre économiquement la plus avantageuse » ne doit pas s'apprécier dans une perspective strictement économique. Ainsi, d'après cette compréhension, un espace relativement libre est laissé à l'acheteur pour insérer les critères additionnels liés à des considérations plus globales.

Cela signifie-t-il alors que le juge de l'UE tend à dénier complètement la logique de finances publiques ainsi que son fruit : le principe de neutralité des marchés publics ? La réponse doit être délicate. En fait, comme nous allons le voir ci-après, le juge de l'UE essaie de concilier les deux ordres de raisonnement.

D'un côté, dans le même arrêt *Concordia* de 2002, outre le respect des principes de non-discrimination et de transparence, le juge de l'UE a ajouté une nouvelle condition pour examiner la légalité d'un critère additionnel. En l'occurrence, « le juge a précisé que les critères relatifs à la préservation de l'environnement doivent être liés à l'objet du

1369 CJUE, 26 septembre 2000, *commission/France*, affaire C-225/98, point 52.

1370 Thomas Gliozzo, *op.cit.*, p.1475.

marché. »¹³⁷¹ Une telle condition de lien avec l'objet du marché semble correspondre à la condition de la justification par l'objet du marché, exigée par le juge administratif en France. Et effectivement, dans cet arrêt c'est une condition préconisée plus particulièrement par les gouvernements des Etats membres, comme ceux de l'Autriche et de la Suède, ainsi que la Commission européenne.¹³⁷² Sans plus de débats, le juge de l'UE l'a acceptée et intégrée directement dans les conditions de recours aux critères additionnels.¹³⁷³ Par ce geste, nous pouvons déduire que, le juge de l'UE a admis en principe, pour le régime des marchés publics, le concept d'instrument d'approvisionnement, sachant que selon cette nouvelle condition, les critères additionnels, en tant qu'éléments d'incitation, doivent se définir par l'objet du marché, donc par l'objet du procurement.

Néanmoins, d'un autre côté, le juge de l'UE s'efforce d'élargir le concept de « l'offre économiquement la plus avantageuse », et en tant que corollaire naturel, il a aussi enrichi la compréhension du « lien avec l'objet du marché ».

A la suite de l'arrêt *Concordia* de 2002, le juge de l'UE a tout d'abord réaffirmé dans l'affaire *EVN AG* de 2003 que « l'offre économiquement la plus avantageuse » ne doit pas s'apprécier strictement dans le domaine économique : « lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, il peut prendre en considération des critères écologiques ».¹³⁷⁴ Notamment à travers l'arrêt *Commission/Pays-Bas* de 2012, le juge de l'UE a posé qu'« il n'est pas requis qu'un critère d'attribution porte sur une caractéristique intrinsèque d'un produit, c'est-à-dire un élément qui s'incorpore matériellement dans celui-ci. » Plus encore, « la réglementation de l'UE (...) ne s'oppose pas à ce que, dans le cadre d'un marché de fourniture d'électricité, le

1371 Sophie Pignon, *op.cit.*, p.5.

1372 Conclusions de l'avocat général M. Jean Mischo présentée le 13 décembre 2001 sur l'affaire *Concordia Bus Finland*, C-513/99, point 108.

1373 CJUE, 17 septembre 2002, *Concordia bus finland*, affaire C-513/99, point 59.

1374 CJUE, 4 décembre 2003, *EVN AG*, affaire C-448/01, point 33.

pouvoir adjudicateur retienne un critère d'attribution tenant au fait que l'électricité soit produite à partir de sources d'énergie renouvelables. Rien ne s'oppose dès lors, en principe, à ce qu'un tel critère vise le fait qu'un produit soit issu du commerce équitable. »¹³⁷⁵ Par-là, nous pouvons ainsi constater que, le concept de « l'offre économiquement la plus avantageuse » a déjà dépassé le domaine strictement économique, ne se borne même plus aux caractéristiques intrinsèques d'un produit, mais recouvre désormais les périphéries de son noyau matériel, concernant au moins, à titre d'exemple, les étapes de la production ou de la commercialisation de ce produit.

En corollaire de cette évolution, la compréhension du « lien avec l'objet du marché » s'est également enrichie. A cet égard, les conclusions de l'avocat général sous l'arrêt Commission/Pays-Bas de 2012 sont instructives : elles expliquent que les caractéristiques environnementales des ingrédients à fournir « ne (sauraient) se voir dénier tout lien avec l'objet du marché public dans le cadre de l'article 53, paragraphe 1, de la directive 2004/18 »¹³⁷⁶. Pareillement pour les caractéristiques vérifiant « si les transactions dont les produits ont fait l'objet étaient équitables », leur lien avec l'objet « ne saurait donc (...) être dénié d'emblée. »¹³⁷⁷ Clairement, ceci a abouti à un assouplissement de l'examen de cette condition en faveur des critères additionnels.

Force est ainsi de constater que l'élargissement du concept d'« offre économiquement la plus avantageuse » et l'assouplissement de l'appréciation de l'existence d'un lien avec l'objet du marché pourront effectivement permettre à l'acheteur de prendre en compte plus largement des considérations plus globales, en intégrant notamment des critères additionnels de cette nature dans la sélection des offres.

¹³⁷⁵ CJUE, 10 mai 2012, Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas, affaire C-368/10, point 91.

¹³⁷⁶ Conclusions de l'avocat général Mme Juliane Kokott présentées le 15 décembre 2011 sur l'affaire Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas, point 109.

¹³⁷⁷ Conclusions de l'avocat général Mme Juliane Kokott présentées le 15 décembre 2011 sur l'affaire Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas, point 110.

A travers une telle stratégie, les deux tendances précitées sont alors bien combinées : d'un côté la nature initiale du régime des marchés publics, en tant qu'instrument d'approvisionnement, est bien maintenue, et d'un autre côté l'acheteur peut également bénéficier d'une marge de manœuvre plus grande dans l'utilisation stratégique des marchés publics. Comme un auteur l'a bien remarqué, par l'évolution jurisprudentielle précitée, la CJUE a bien contribué « à la conciliation entre la logique économique et concurrentielle qui reste le fondement de la réglementation (des) marchés et celle du développement durable. »¹³⁷⁸

2. Les évolutions de l'ordre juridique français sous l'influence du droit de l'UE

Ces efforts jurisprudentiels de l'UE ont également influencé le droit des marchés publics français. Schématiquement, l'évolution de l'ordre juridique interne s'est aussi fait dans les deux orientations précitées : la première vers l'assouplissement de la condition d'un lien avec l'objet du marché ; la seconde vers l'élargissement du concept de « l'offre économiquement la plus avantageuse ».

a. La signification du lien avec l'objet du marché

En ce qui concerne la condition du lien avec l'objet du marché, le juge administratif français l'appliquait toujours très strictement, jusqu'à un arrêt très récent.

En fait, comme nous l'avons déjà mentionné dans le Titre précédent, depuis le code des marchés publics de 2004, le pouvoir réglementaire a ajouté expressément « à la liste des critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse énumérés à l'article 53-II le critère des performances (de l'offre) en matière de protection de l'environnement. »¹³⁷⁹ De

1378 Willy Zimmer, « Durabilité de l'achat et responsabilité sociale des entreprises et droit des marchés publics », *Contrats et Marchés publics* n° 7, Juillet 2012, comm. 209, p.12.

1379 Hélène Pongérard-payet, « Critères sociaux et écologiques des marchés publics : droits communautaire et interne entre guerre et paix », *Actualité du droit de l'union européenne* n° 10, Octobre 2004, étude 10, numéro 12.

plus, en 2005, du fait de l'intervention directe du législateur, le critère social a également été intégré dans le code des marchés publics, « sous les termes 'performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté. »¹³⁸⁰

Néanmoins, l'application de ces critères additionnels doit être soumise à l'examen du juge administratif français, dont, à cet égard, l'attitude reste toujours très restrictive. Comme un auteur l'a bien résumé, « le Code des marchés publics antérieur au décret du 7 mars 2001, de même que celui issu de ce décret, autorise le recours à des critères additionnels de choix des offres à la condition notamment qu'ils aient un lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Néanmoins, il serait vain de chercher dans la jurisprudence administrative la reconnaissance de critères additionnels. »¹³⁸¹ En l'occurrence, toutes les tentatives d'insérer ces critères sont « tombées sous le coup de la condition liée à l'objet du marché. »¹³⁸²

L'entrée en vigueur du code des marchés publics de 2006 a apporté un changement essentiel, pouvant modifier cette situation. En l'occurrence, il pose pour la première fois que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées (...) en prenant en compte des objectifs de développement durable. »¹³⁸³ Ce changement a été considéré comme favorable à la mise en œuvre des critères additionnels, parce que si les besoins de l'acheteur à satisfaire peuvent inclure des considérations relatives au développement durable, logiquement l'objet du marché recherché par l'acheteur devrait être lié à ces considérations, le rapprochant des critères additionnels. Comme un auteur l'a expliqué, « le lien avec l'objet du marché (...) »

1380 Hélène Pongérard-Payet, « Le critère social exprès d'attribution un cadeau en trompe-l'oeil fait aux élus », *op.cit.*, p.635.

1381 Hélène Pongérard-payet, « Critères sociaux et écologiques des marchés publics : droits communautaire et interne entre guerre et paix », *op.cit.*, numéro 9.

1382 *Ibid.*, numéro 9.

1383 Article 5 du code des marchés publics de 2006.

devrait en principe pouvoir être plus largement reconnu. »¹³⁸⁴ Cependant, compte tenu de l'attitude restrictive du juge administratif, ce même auteur a aussi admis qu'il n'est « pas certain que cela suffise pour neutraliser la jurisprudence restrictive précitée. »¹³⁸⁵ Un autre auteur pense même que le critère additionnel prescrit par le code de 2006 reste « un critère mort-né au regard du droit interne », notamment à cause de la condition liée à l'objet du marché.¹³⁸⁶

Le revirement jurisprudentiel s'est enfin produit en 2013. Dans l'arrêt Département de l'Isère rendu cette année, le rapporteur public a tout d'abord indiqué qu'« en pratique, exiger un lien avec l'objet des prestations du marché conduit (...) à rendre inutilisable (le) critère social »¹³⁸⁷, avant d'inviter « le Conseil d'Etat à revoir sa conception du lien entre critère et objet du marché en s'inspirant de la jurisprudence communautaire. »¹³⁸⁸ Et le Conseil d'Etat a effectivement infléchi sa position traditionnelle consistant à l'application restrictive de la condition du lien avec l'objet du marché. Plus précisément, il a admis que pour un marché qui, « eu égard à son objet, est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté »¹³⁸⁹. Il faut rappeler ici que si, dans ses deux arrêts précités rendus respectivement en 1999 et en 2001, dans lesquels « les marchés en cause (impliquaient) des travaux de main d'œuvre peu qualifiée et se (prêtaient) bien à l'emploi de chômeurs ou d'autres publics en

1384 Didier Supplisson, « Critères d'attribution des marchés publics quelques changements dans la continuité », *AJDA* 2006 p.1767.

1385 *Ibid.*, p.1767.

1386 Hélène Pongérard-Payet, « Le critère social exprès d'attribution un cadeau en trompe-l'oeil fait aux élus », *op.cit.*, p.638.

1387 Fleur Jourdan, « Le critère du 'mieux disant social' : un critère de choix », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 22, 27 Mai 2013, 2150, p.23.

1388 Sylvain Hul, « Critère 'social' une conception renouvelée du lien avec l'objet du marché », *AJ Collectivités Territoriales* 2013 p.295.

1389 CE 25 mars 2013 Département de l'Isère, req. n° 364950, point 4.

difficulté », le juge administratif « avait considéré que le lien n'était pas établi, il a suivi un raisonnement inverse dans l'arrêt (Département de l'Isère de 2013). »¹³⁹⁰ Nous pouvons donc identifier ici une mutation de l'attitude du juge administratif. Derrière ce changement d'apparence, le rapporteur public a de plus mis en lumière l'innovation majeure impliquée ici : en s'inspirant de l'argument adopté par le juge de l'UE, « les besoins du pouvoir adjudicateur peuvent recouvrir non seulement le résultat qu'il commande mais aussi les moyens mis en œuvre pour le réaliser ». En suivant cette logique, la notion d'objet du marché est donc bien enrichie, parce qu'elle recouvre « non seulement ce qui est commandé mais également les modalités de sa réalisation. »¹³⁹¹ La condition du lien à l'objet du marché est ainsi considérablement assouplie, ce qui facilite l'intégration de critères additionnels, notamment les critères sociaux, qui sont de nature à s'intégrer facilement dans les modalités d'exécution. Comme un auteur l'a remarqué, « la porte s'est donc en réalité largement ouverte. »¹³⁹²

Dans le même ordre d'idées, la réforme lancée en 2015 sur le droit des marchés publics français a bien suivi l'évolution de la jurisprudence, en enrichissant davantage encore la conception du lien avec l'objet du marché. En l'occurrence, l'article 52 de l'ordonnance de 2015 a posé que « le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38. »¹³⁹³ Or cet article a attribué une définition très large au concept du lien avec l'objet : « Sont réputées liées à l'objet du marché public les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités

1390 Jean Sirinelli, *op.cit.*, p.32.

1391 Fleur Jourdan, *op.cit.*, p.23.

1392 *Ibid.*, p.24.

1393 Article 52 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

intrinsèques de ces travaux, fournitures ou services. »¹³⁹⁴ Evidemment, d'après cette définition, les critères additionnels peuvent s'attacher à presque tous les stades du cycle de vie d'un produit, et se composer de facteurs divers, sans être obligés de se limiter à des facteurs matériels de ce produit. S'appuyant sur cet article, l'intégration des critères additionnels peut ainsi être amplement facilitée.¹³⁹⁵

b. La compréhension du concept d'« offre économiquement la plus avantageuse »

En ce qui concerne le concept d'« offre économiquement la plus avantageuse », la compréhension adoptée par le droit interne s'élargit aussi avec l'entrée en vigueur des nouvelles normes juridiques en matière de marchés publics après la réforme lancée en 2015. L'innovation ici réside principalement dans l'ajout au concept d'« offre économiquement la plus avantageuse » d'une notion de « coût du cycle de vie ». Avec une telle notion, les interprétations adoptées par le juge de l'UE à l'égard de « l'offre économiquement la plus avantageuse » sont ainsi confirmées et précisées dans le droit interne français.

En l'occurrence, comme nous l'avons déjà vu, le juge de l'UE dans les arrêts *Concordia* de 2002 et *EVN AG* de 2003 ainsi que *Commission/Pays-Bas* de 2012 a préconisé plusieurs fois que « l'offre économiquement la plus avantageuse » ne doit pas se limiter dans le domaine strictement économique, et que les critères corrélatifs ne sont pas nécessairement liés à des caractéristiques intrinsèques d'un produit, mais peuvent au contraire être élargis à la périphérie du noyau matériel. Une telle idée est impliquée naturellement dans la notion de « coût du cycle de vie », et cette dernière a précisé cette idée en deux sens.

Premièrement, grâce à cette notion, les éléments inscrits dans le déroulement de la vie d'un produit peuvent désormais être légalement compris dans le concept d'« offre économiquement la plus avantageuse ». Par exemple, le décret de 2016 a expressément énuméré certains coûts générés au fil du temps. Il s'agit de « coûts liés à l'utilisation comme la

1394 Article 38 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

1395 Pascale Idoux, *op.cit.*, p.268.

consommation d'énergie et d'autres ressources », et de « coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage ». ¹³⁹⁶ Evidemment, ces deux éléments, s'ils sont pris en compte par l'acheteur dans la sélection des offres, sont en mesure d'inciter les soumissionnaires à mieux prendre en compte les impacts de leur offre sur l'environnement et la consommation d'énergie.

Deuxièmement, au travers de cette notion, non seulement les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs seront pris en compte, mais les coûts imputés aux externalités environnementales pendant tout cycle de vie doivent également figurer dans la sélection des offres. Le décret de 2016 a mentionné à titre d'exemple « le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique » ¹³⁹⁷. Si l'acheteur intègre ces éléments dans les critères de sélection des offres, les effets d'incitation qui en résultent sont évidemment renforcés en faveur de la protection environnementale.

En fin de compte, après des efforts successifs des pouvoirs publics français et des autorités de l'UE, un compromis sur la nature du régime des marchés publics a été bien réalisé. D'une part, la condition du lien avec l'objet du marché demeure applicable pour examiner l'insertion des critères additionnels, permettant de dire que le régime des marchés publics garde sa nature initiale en tant qu'instrument d'approvisionnement. D'autre part, les concepts d'« objet du marché » et d'« offre économiquement la plus avantageuse » sont beaucoup enrichis et élargis, en dépassant le domaine strictement économique et notamment en se détachant des caractéristiques intrinsèques d'un produit. Ces deux concepts peuvent donc désormais recouvrir des aspects de la périphérie du noyau matériel d'un produit, ce qui rend ainsi possible d'intégrer dans la sélection des offres des critères additionnels liés à ces aspects d'un produit procuré par l'acheteur. En même temps, le lien persistant entre ces

1396 Article 63 I 1° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

1397 Article 63 I 2° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

critères et l'objet du marché évite que le régime des marchés publics perde totalement sa nature d'outil d'intervention publique.

§2. La vigilance contre les effets discriminatoires générés par les passations des marchés publics

Même si, sous réserve que le régime des marchés publics ne les dénature pas totalement en un outil d'intervention publique, l'acheteur peut prendre en compte des considérations additionnelles dans la passation des marchés publics, les pouvoirs publics français restent très vigilants vis-à-vis des incidences discriminatoires qui peuvent en résulter. Ainsi, à cet égard, subsiste un autre conflit irréductible, sur lequel nous devons encore chercher un point d'équilibre pertinent.

Plus précisément, comme nous l'avons déjà vu dans la première partie, dans le cadre des marchés publics, la concurrence effective est essentielle pour réaliser à la fois des objectifs endogènes et des objectifs exogènes. C'est la raison pour laquelle la libéralisation des marchés publics cherche en principe à lutter contre tous les comportements ayant un effet discriminatoire dans la passation. Néanmoins, il faut également noter que les tentatives visant à utiliser stratégiquement les marchés publics constituent toujours une démarche consistant à remplacer l'initiative du marché par l'initiative des pouvoirs publics. Le risque de fausser la concurrence est donc presque inévitable.

Dans ce contexte, comment devons-nous équilibrer ces deux ordres d'exigence ? Les pouvoirs publics français ont adopté des solutions nuancées qui diffèrent selon les époques. Partir des années 1960, pour chercher la conciliation entre ces exigences, les pouvoirs publics ont retenu une modalité de réglementation centralisée ; mais depuis les années 2000, c'est la modalité de régulation décentralisée qu'ils ont privilégiée. Nous allons les présenter successivement ci-après.

1. La réglementation centralisée

Depuis les années 1960, dans un contexte d'« Etat Démenti », on recherche particulièrement « la rationalité dans la conduite des affaires publiques et privées ».¹³⁹⁸ Les marchés publics sont largement considérés comme un des « instruments de l'économie dirigée »¹³⁹⁹. L'utilisation des marchés publics est donc soumise à une logique rationalisée au niveau global.

Dans ces conditions, les pouvoirs publics français préfèrent naturellement encadrer de façon directe la conciliation des conflits engendrés par l'utilisation stratégique des marchés publics, à travers une réglementation unitaire établie par le gouvernement. En témoigne notamment la création en 1959 de la Commission Centrale des Marchés : un auteur a résumé la fonction de cet organisme en disant qu'« il était en effet apparu très nettement que l'élaboration d'une politique des marchés ne pouvait qu'être longue et délicate et qu'il fallait, au préalable disposer d'un organisme administratif permanent et capable de coordonner les actions des différents services intéressés. »¹⁴⁰⁰ A titre d'exemple, « la politique d'expansion des économies régionales (existe) depuis plusieurs années (...) (Mais) le problème est de concilier cette préoccupation avec le souci traditionnel d'assurer la concurrence la plus large entre tous les fournisseurs éventuels. »¹⁴⁰¹ Une des fonctions de la Commission Centrale des Marchés est effectivement de réaliser cette sorte de conciliation. Alors logiquement, pour ce faire, des informations statistiques fiables à l'égard de tous les marchés publics sur le territoire sont indispensables au gouvernement.¹⁴⁰² De plus, des informations sur les politiques de différents secteurs doivent également être rassemblées par un organisme spécialisé pour procéder à une planification générale : « un des motifs qui ont conduit à la

1398 Georges Dumas, *op.cit.*, p.347.

1399 Jacques Branger, *op.cit.*, p.2.

1400 Georges Dumas, *op.cit.*, p.352.

1401 *Ibid.*, p.370.

1402 *Ibid.*, p.365-366.

création de la Commission Centrale des Marchés a été précisément le souci de constituer un organisme largement ouvert » au recueil d'informations politiques.¹⁴⁰³

Dès lors, nous pouvons retenir que, dans cette perspective, l'ambition des pouvoirs publics français est de conduire les comportements de tous les acheteurs à s'harmoniser avec d'autres aspects de la politique de l'Etat.¹⁴⁰⁴ Poursuivant cette logique, « il importe donc de définir les lignes directrices et les limites de l'action des services de façon qu'elle s'insère dans la politique économique générale et que soient clairement connus son coût et ses effets. »¹⁴⁰⁵ En bref, il faut élaborer une action cohérente et rationnelle en matière de marchés publics, à travers laquelle les pouvoirs publics français pensent qu'un état idéal de la conciliation pourrait être heureusement atteint.

Franchement, une telle modalité de réglementation centralisée est aisée à saisir, notamment, avant l'essor de droit communautaire en matière de marchés publics, dans le but de concilier l'utilisation stratégique des marchés publics avec la libéralisation endogène. En effet, la libéralisation endogène tient particulièrement à la valeur de l'économie des deniers publics, qui est par nature appropriée à des calculs avec des objectifs de politique publique : si les deniers publics sont exclusivement destinés à la réalisation de l'intérêt général, pourquoi ne pas les dépenser pour la promotion de politiques publiques ?

Néanmoins, les défenseurs de cette conception ont largement sous-estimé la complexité de la réalité. Dans les années de 1980, ils ont finalement réalisé les difficultés impliquées par ces tâches de conciliation : « les achats publics devenaient un instrument comme un autre qu'on cherchait à mobiliser pour la réalisation de (l'objectif national de politique industrielle). Cette mobilisation (...) se manifestait par un volontarisme qui, soit s'opposait à la

1403 *Ibid.*, p.371.

1404 *Ibid.*, p.357.

1405 *Ibid.*, p.359.

concurrence, soit s'opposait à d'autres volontarismes. »¹⁴⁰⁶ Pire, ils ont de plus reconnu qu'en réalité le gouvernement central n'est pas en mesure d'élaborer une action cohérente et rationnelle pour réaliser les conciliations qui en résultent, parce que tout simplement la politique exprimée et suivie est elle-même « un compromis (entre les différents ministères) plutôt que le fruit d'une analyse théorique sur la justification des objectifs poursuivis, le choix des moyens les mieux adaptés à leur réalisation, (et) le coût éventuel du maintien d'une industrie nationale. »¹⁴⁰⁷ Par exemple, les ministères du Budget et de l'Economie « apparaissaient comme investis de la doctrine officielle de la concurrence. (...) Au contraire, le ministère de l'Industrie souhaitait en général étendre le champ des actions volontaristes de politique industrielle et cherchait à mettre en place les moyens correspondants. »¹⁴⁰⁸ De plus, le même problème peut aussi être constaté entre le gouvernement central et les collectivités territoriales, sachant que ces dernières « sont conduites à utiliser leur politique d'achat pour contribuer à la réalisation de leurs objectifs locaux. »¹⁴⁰⁹ Il existe donc inévitablement une confrontation entre le volontarisme local et le volontarisme national. Nous pouvons donc constater que la politique d'achat « ne doit pas tant être analysée comme le fruit d'un processus rationnel délibéré mais comme la résultante de différentes forces plus ou moins antagonistes. »¹⁴¹⁰

En s'appuyant sur ce constat, on a pu admettre avec regret que « dans le domaine des marchés publics (...) nombre d'espoirs nés dans les années 68 ont été déçus. La réflexion interministérielle tout comme l'action reposant sur l'utilisation des marchés publics ont été insuffisantes en quantité comme en qualité. »¹⁴¹¹ Derrière cet échec, la raison essentielle tient

1406 Jean-Pierre Ponssard, « Quelle stratégie pour les commandes publiques ? », *Revue Française de Gestion*, n°21, mai-juin-juillet-août, 1981, p.109.

1407 *Ibid.*, p.109.

1408 *Ibid.*, p.109.

1409 *Ibid.*, p.110.

1410 *Ibid.*, p.111.

1411 Jean-Pierre Ponssard, Gerard de Pourville, *op.cit.*, p.VI.

effectivement au fait qu'« il manquait (...) un appui solide sur une politique économique cohérente ».¹⁴¹²

2. La régulation décentralisée

Les expériences à la suite de ces efforts historiques ont bien témoigné de l'impossibilité de formuler une action centralisée de politique cohérente et rationnelle en matière de marchés publics. Sur la base de ces expériences, depuis 2000, les pouvoirs publics français se sont réorientés vers une autre modalité, la régulation décentralisée.

En ce qui concerne la conception de la régulation, Jacques Chevalier a indiqué que : « la régulation implique que l'on passe d'un 'Etat producteur', assurant la gestion directe d'activités économiques, à un 'Etat régulateur', qui ne se substitue plus aux agents économiques, mais se borne à leur imposer certaines règles du jeu et s'efforce d'harmoniser leurs actions. »¹⁴¹³ Une telle transformation peut effectivement être constatée en matière de marchés publics en France.

a. La décentralisation en matière de définition de la politique d'achat

Depuis 2000, notamment à partir de l'entrée en vigueur du code de 2004, les pouvoirs publics évitent de définir uniformément pour tous les acheteurs un ordre de préférence, tant entre l'objectif d'économie des deniers publics et les objectifs de politiques publiques, qu'entre les objectifs de différentes politiques publiques. En revanche, les relations de préférences entre ces objectifs sont généralement laissées à la libre détermination de chaque acheteur en fonction des circonstances d'espèce. Les pouvoirs publics se bornent désormais juste à formuler, à travers l'élaboration des normes juridiques, une série d'outils au service de la réalisation de ces objectifs. Dans ce cadre, chaque acheteur est libre de choisir tels ou tels outils nécessaires pour la réalisation des objectifs qu'il privilégie. Concernant certains

¹⁴¹² *Ibid.*, p.VI.

¹⁴¹³ Jacques Chevallier, « La régulation juridique en question », *Droit et société* 2001/3 - n°49, p.829.

objectifs de politique importants au niveau étatique, qui demandent une collaboration nationale, le gouvernement central évite aussi d'intervenir directement en donnant priorité à tel ou tel objectif : il préfère toujours les moyens indirects, comme le fait d'établir un instrument de droit souple en incitant les acheteurs à le suivre.

Plus précisément, au début, sous l'empire du code des marchés publics de 2001, l'outil principal au service des objectifs de politique publique était limité à des conditions d'exécution des marchés : « le nouveau code des marchés publics paraît trancher la controverse relative au critère du 'mieux-disant social', (...) en cantonnant ces légitimes préoccupations aux conditions d'exécution du marché ». En revanche, les critères additionnels pour la sélection des offres restent strictement limités à cette époque.¹⁴¹⁴

Avec l'entrée en vigueur du code de 2004, outre l'outil lié aux conditions d'exécution des marchés, le critère des « performances (de l'offre) en matière de protection de l'environnement » est pour la première fois ajouté à la liste des critères énumérés pour la sélection des offres.¹⁴¹⁵ En 2005, à l'occasion de l'intervention directe du législateur, un critère social est ajouté aux critères énumérés. Les critères additionnels pour la sélection des offres sont donc légalisés. D'ailleurs, « l'article 45 permet, quant à lui, d'exiger que, dans les candidatures, des renseignements soient donnés sur la capacité des candidats à respecter l'environnement. »¹⁴¹⁶ Ceci permet à l'acheteur d'insérer les exigences environnementales dans la sélection des candidatures. Enfin, « l'article 54-IV du code permet aux acheteurs de réserver certains marchés ou certains lots d'un marché à des ateliers protégés ou à des centres d'aide par le travail »¹⁴¹⁷. Dès lors, les outils disponibles pour l'acheteur commencent

1414 Sophie Pignon, Denis Bandet, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p.370.

1415 Hélène Pongérard-payet, « Critères sociaux et écologiques des marchés publics : droits communautaire et interne entre guerre et paix », *op.cit.*, numéro 15.

1416 Marie-Pierre Lavoillotte, *op.cit.*, p.2081.

1417 Rép. min. n° 67976 : JOAN Q 12 juill. 2005, p. 6886 (Q. 21 juin 2005, Mme Chantal Robin-Rodrigo) et Rép. min. n° 61799 : JOAN Q 5 juill. 2005, p. 6645 (Q. 5 avr. 2005, M. André Chassaigne).

sensiblement à se multiplier.

Au-delà de ces nouveaux outils, l'innovation la plus essentielle du code de 2004 tient au « changement de philosophie de la commande publique ». Schématiquement, auparavant l'achat public est « un acte purement économique », mais désormais, « différentes marges d'appréciation ou d'initiatives » sont offertes par le code de 2004 à l'acheteur, et il appartient à ce dernier de définir « une véritable politique d'achat. »¹⁴¹⁸ Concrètement, les acheteurs ne sont pas obligés juridiquement de prendre les mesures précitées au service des politiques publiques, ils ont justement « la possibilité d'orienter leurs décisions vers des produits et services protégeant mieux l'environnement en stipulant des critères environnementaux dans leurs offres », ou en allant encore plus loin, « fixant des conditions d'exécution similaires ».¹⁴¹⁹ En bref, il appartient à l'acheteur lui-même d'apprécier et de décider s'il poursuit des objectifs additionnels ou pas, et de mesurer, selon les circonstances d'espèce, les outils adaptés. Ainsi, une véritable politique d'achat sera définie concrètement par l'acheteur. Les tâches de conciliation sont ainsi décentralisées. Les pouvoirs publics reculent devant un rôle de régulateur, qui, selon Jacques Chevalliers, « se borne à (...) imposer certaines règles du jeu ».¹⁴²⁰

Le code de 2006 a bien poursuivi cette nouvelle philosophie. D'ailleurs, dans le même ordre d'idées, il a ajouté que les besoins à satisfaire sont déterminés « en prenant en compte des objectifs de développement durable »¹⁴²¹. Ce changement fondamental vise clairement à inciter l'acheteur à définir dès le stade de détermination des besoins sa propre politique d'achat, en conciliant l'objectif d'économie des deniers publics avec les objectifs issus du développement durable. Comme l'a remarqué le guide « Commande publique et accès à

1418 Vanessa Lebon, Frank Pistone, « Le coût économique de la sécurité juridique des marchés publics », *AJDA* 2005, p.1817.

1419 Marie-Pierre Lavoillotte, *op.cit.*, p.2082.

1420 Jacques Chevallier, « La régulation juridique en question », *op.cit.*, p.829.

1421 Article 5 du code des marchés publics de 2006.

l'emploi des personnes qui en sont éloignées », « il revient à l'acheteur public d'apprécier l'opportunité de mettre en œuvre, quand les conditions légales sont réunies, les articles du code des marchés publics concernant l'insertion des publics éloignés de l'emploi », et « la mise en œuvre des clauses sociales (...) est facilitée par un engagement de nature politique qui résulte souvent d'une délibération exprimant cette volonté, d'une orientation politique en matière de développement durable. »¹⁴²²

De plus, il faut encore rappeler que, comme nous l'avons déjà souligné, ici il s'agit toujours d'une faculté, et non pas d'une obligation restreinte pesant sur l'acheteur. En témoigne la réponse ministérielle du 11 janvier 2007, selon laquelle « (l'acheteur) n'a pas à justifier vis-à-vis des opérateurs économiques, de son impossibilité de prendre en compte des objectifs de développement durable dans les documents de la consultation du marché public. »¹⁴²³ Encore plus clairement, en vertu de la circulaire du 3 août 2006, ce nouvel article donne une occasion à l'acheteur de « s'interroger sur les possibilités d'intégrer des exigences en termes d'environnement, de conditions de travail et de coût global de l'achat. »¹⁴²⁴ L'arrêt du 23 novembre 2011 du Conseil d'Etat l'a également confirmé.¹⁴²⁵ En bref, à travers cet article, l'acheteur est justement invité par les pouvoirs publics à réfléchir à la possibilité de concilier l'objectif d'économie des deniers publics avec les objectifs additionnels, et à définir sa propre politique d'achat. Dans ce processus, l'acheteur garde toujours sa liberté et l'initiative de choisir soit de les utiliser stratégiquement soit de rester fidèle à une dimension purement économique.

1422 Observatoire économique de l'achat public, *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées*, décembre 2010, p.23.

1423 Rép. min. n° 25167 : JO Sénat Q, 11 janv. 2007, p. 75 (Q. 9 nov. 2006, M. Bernard Piras).

1424 Vanessa Barbé, « Les aspects environnementaux et sociaux des marchés publics et des contrats de partenariat », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 48, 24 Novembre 2008, numéro 14.

1425 Charles-André Dubreuil, Lucienne Erstein, Jean-Gabriel Sorbara, « Critère environnemental et choix de l'offre économiquement la plus avantageuse », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 49, 5 Décembre 2011, act. 749, p.7.

Une telle liberté octroyée à l'acheteur se manifeste également dans le régime de l'allotissement. Alors qu'il ne s'agissait en fait que d'une faculté laissée à l'acheteur sous l'empire du code de 2004, le code de 2006 « fait du recours à l'allotissement une obligation ». Néanmoins, malgré cette apparence de resserrement, une marge de manœuvre persiste en faveur de l'acheteur : « le code (de 2006) multiplie en effet les possibilités de déroger à l'obligation d'allotissement », et il s'agit de « dérogations suffisamment larges »¹⁴²⁶, concernant les cas où la passation en lots séparés soit « est de nature à restreindre la concurrence », soit « risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse la réalisation des prestations. »¹⁴²⁷ Ces motifs de dérogation constituent en effet un guide pratique pour l'acheteur dans le choix entre la passation en lots séparés ou la conclusion d'un contrat global, par exemple, le contrat global de performance établi en 2011 par les pouvoirs publics pour la promotion de politique environnementale. En faisant un tel choix, l'acheteur est donc tenu de concilier des considérations diverses, comprenant notamment l'intérêt de la concurrence effective, l'objectif de faciliter l'accès des PME ou d'autres politiques publiques et le meilleur rapport qualité/prix du marché. En tenant compte des circonstances d'espèce, une politique d'achat sera alors concrétisée après l'appréciation de l'acheteur.

Dans le nouveau cadre juridique qui résulte de la réforme de 2015, même si en apparence le recours à l'allotissement reste une obligation pour l'acheteur, sa marge de manœuvre et les outils mis à sa disposition sont considérablement enrichis. Ceci lui permet de pouvoir mieux chercher le point d'équilibre entre différents objectifs.

Plus précisément, en vertu de l'ordonnance de 2015, l'acheteur peut désormais déterminer le nombre maximum de lots sur lesquels un opérateur économique peut candidater, et également limiter le nombre de lots à attribuer à un même opérateur économique. Ce

¹⁴²⁶ Pierre De Baecke, « Comment améliorer encore l'accès des PME à la commande publique ? », *AJDA* 2007, p.1507.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, p.1507.

nouvel outil est évidemment « destiné à limiter les marchés où un seul opérateur économique remporte l'ensemble des lots d'une même consultation. »¹⁴²⁸ Si l'acheteur décide de mettre en œuvre cet outil, l'accès des PME sera certainement mieux protégé. De plus, les pouvoirs publics lui ont encore attribué à un autre outil, ayant pour effet de favoriser les grandes entreprises. En l'occurrence, l'ordonnance de 2015 a consacré « la possibilité de recourir aux offres variables en fonction du nombre de lots à attribuer »¹⁴²⁹. C'est une pratique interdite expressément par les codes de 2001, de 2004 et de 2006 pour éviter les ententes anticoncurrentielles. D'ailleurs, elle est aussi évidemment défavorable aux PME, sachant qu'« avec des offres variables, les entreprises d'une certaine dimension risquent d'être les seules en capacité d'offrir des rabais supplémentaires en cas d'offres variables. »¹⁴³⁰ Il existe donc une contradiction implicite entre ces deux nouveaux outils consacrés par les pouvoirs publics, qui peut même conduire à penser que les pouvoirs publics pourraient être atteints de schizophrénie : « On pourra également (...) se demander, s'agissant du fond, si le soutien aux petites et moyennes entreprises est aussi important que l'annonce le dossier de présentation officiel de la réforme et s'il ne se trouve pas contrebalancé par un plus large recours possible aux marchés globaux. »¹⁴³¹

Cependant, ce phénomène est aisé à saisir de l'optique de la régulation décentralisée. Comme nous l'avons déjà vu, dans le cadre de la régulation décentralisée, les pouvoirs publics se bornent justement à formuler une série d'outils servant à la réalisation d'objectifs divers, mais ne décident pas un ordre de préférence parmi ces objectifs. C'est essentiellement à l'acheteur qu'il appartient, après avoir analysé les circonstances d'espèce, de mettre en ordre des objectifs différents, et de choisir les outils adaptés. En ce qui concerne le régime de

1428 Mathieu Lorient, « L'élargissement de l'obligation d'allotissement par l'ordonnance du 23 juillet 2015 », *AJ Collectivités Territoriales* 2015 p.627.

1429 *Ibid.*, p.627.

1430 *Ibid.*, p.628.

1431 François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, « L'abrogation du code des marchés publics par l'ordonnance du 23 juillet 2015 », *Contrats et marchés publics* octobre 2015, Repère, p.2.

l'allotissement, les pouvoirs publics ont justement bien enrichi dans l'ordonnance les outils disponibles pour l'acheteur, en permettant à celui-ci d'adopter le plus pertinent selon l'objectif qu'il privilégie.

En somme, depuis les années 2000, jusqu'au code de 2006, l'utilisation stratégique des marchés publics ont trouvé écho dans presque tous les stades de la passation du marché : dès la définition des besoins et des spécifications techniques, l'insertion des conditions d'exécution, la détermination de la procédure et la modalité de passation du marché, enfin lors de la sélection des candidats et des offres. La réforme lancée en 2015 a consacré ces efforts, voire encore enrichi les outils mis à la disposition de l'acheteur. De plus, l'acheteur est graduellement mis en position de déterminer par sa propre initiative la politique d'achat, afin de parvenir à un point pertinent d'équilibre entre des objectifs et considérations divers.

b. La régulation pour assurer une concurrence effective

Néanmoins, la consécration d'une liberté à l'acheteur ne signifie pas que ce dernier est absolument affranchi de toute limite, sachant que « la conception de l'Etat régulateur repose sur la nécessité d'un dispositif d'encadrement des mécanismes de marché. »¹⁴³² En l'occurrence, l'acheteur doit toujours respecter les exigences issues de la libéralisation exogène, à savoir notamment les principes de non-discrimination et de la transparence, pour garantir une concurrence effective. Comme un auteur l'a bien commenté, la nature publique du contrat de marché public impose naturellement « le dépassement d'une approche trop strictement 'économico-concurrentielle' », mais il s'agit toujours d'« un dépassement de la concurrence respectueux ... de la concurrence. »¹⁴³³

Donc, si les pouvoirs publics ont abandonné la détermination de l'ordre de préférence de politiques et d'outils concrets pour leur mise en œuvre, ils gardent toujours une limite de base, qui est de maintenir une concurrence effective. Et comme nous allons le voir ci-après, il

1432 Jacques Chevallier, « La régulation juridique en question », *op.cit.*, p.829.

1433 Olivier Guézou, « Contrats publics et politique de la concurrence », *RFDA* 2014, p.639.

appartient spécifiquement au juge de garantir le respect des principes correspondants et de sanctionner les comportements discriminatoires. A cet égard, même si le législateur et le pouvoir réglementaire ont certainement pris en compte les exigences de non-discrimination dans l'élaboration du régime des marchés publics, les normes juridiques élaborées par eux font également l'objet d'un examen du juge. La frontière réelle doit donc en tout cas être précisée par l'intervention du juge dans des cas concrets.

Ci-après, nous allons particulièrement analyser deux questions qui ont provoqué de constantes interventions de juges de tous niveaux. Les arguments cumulés au fil de la jurisprudence ont progressivement précisé la frontière réelle posée par l'exigence de la concurrence effective.

α. La réservation des marchés à l'épreuve de l'exigence concurrentielle

La première question concerne la légalité du régime de réservation des marchés. Particulièrement, on se demande dans quelle mesure un tel régime peut être compatible avec le principe de non-discrimination.

En effet, au nom du principe de non-discrimination, le juge administratif français a déjà sanctionné maintes fois le régime de réservation. Dans l'arrêt *Wanner Isofi Isolation* du 13 mai 1987, le juge administratif a clairement indiqué qu'« en recommandant aux responsables des marchés d'écarter les candidatures de certaines entreprises au seul motif que leur chiffre d'affaires serait trop important au regard du montant des marchés, la directive ministérielle du 15 décembre 1977 a pour effet d'introduire une discrimination qui n'est pas en rapport avec l'objet de la réglementation des marchés publics, et de porter ainsi une atteinte injustifiée à l'égalité de traitement qui doit être assurée entre les entreprises candidates à la présentation d'une offre. »¹⁴³⁴ Ce même argument s'apparaît aussi dans l'arrêt CE du 9 juillet 2007 concernant le régime de réservation en faveur des PME introduit par le code des marchés

1434 CE, 13 mai 1987, *Société Wanner Isofi Isolation*, *Rec.* p. 171.

publics de 2006, dans lequel le juge administratif a posé que le critère de sélection des candidatures attaché à la taille des entreprises « n'est pas toujours lié à l'objet du marché », et dès lors qu'il « revêt un caractère discriminatoire et méconnaît le principe d'égal accès à la commande publique. »¹⁴³⁵

Un tel argument se base pour l'essentiel sur la position traditionnelle de la neutralité du régime des marchés publics, comme en témoigne l'énoncé du juge dans l'arrêt de 1987 : « quel que soit l'intérêt général qui s'y attache, la répartition équilibrée des marchés entre les petites, les moyennes et les grandes entreprises n'est pas au nombre des objectifs que les dispositions du code des marchés publics visent à atteindre. »¹⁴³⁶ Sa logique de base peut ainsi être synthétisée comme suit : comme le régime des marchés publics doit être neutre, et la concurrence s'y appliquer justement sur la base des mérites économiques de chaque concurrent, un concurrent ne doit donc pas être écarté sur la base d'éléments non-économiques, si non, l'accès à la commande publique ne sera plus égal.

Néanmoins, comme nous l'avons déjà vu, le principe de neutralité des marchés publics a déjà été mis en cause aujourd'hui par la CJUE et le Conseil d'Etat. Dans ce contexte, l'achat public n'est plus un acte purement économique, des aspects additionnels au-delà des mérites économiques sont ainsi de plus en plus pris en compte par l'acheteur : l'arrêt de Département de l'Isère de 2013 marque justement un revirement jurisprudentiel du Conseil d'Etat en ce sens. Alors, dans ces conditions, peut-on penser que le régime de réservation en faveur des PME pourrait enfin être légalisé au regard du principe de non-discrimination ?

Pour nous, la réponse n'est pas évidente, parce que le principe de non-discrimination peut toujours possible être violé en raison de la disproportion engendrée par le régime de réservation. En l'occurrence, pour justifier la dérogation au principe d'égalité et de non-discrimination, « l'exigence de proportionnalité entre la discrimination et sa justification

1435 CE, 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP, n° 297711.

1436 CE, 13 mai 1987, Société Wanner Isofi Isolation, *Rec.* p. 171.

est désormais expressément formulée » par le Conseil d'Etat.¹⁴³⁷ Et de manière encore plus précise, le Conseil Constitutionnel a même exprimé que, si « le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales (...) réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées, il ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis. »¹⁴³⁸ Par-là nous pouvons donc retenir qu'une exigence de proportionnalité entre les traitements discriminatoires et la justification sollicitée s'impose certainement dans le cadre du principe de non-discrimination.

A cet égard, il faut admettre que la réservation des marchés se présente très probablement comme non proportionnelle au regard de l'objectif de facilité de l'accès des PME aux marchés publics, pour les trois raisons suivantes. Tout d'abord, l'effet potentiel pouvant être apporté par la réservation à l'accès des PME ne doit pas être surestimé : comme le rapport STOLERU de 2007 l'a bien exprimé, « tout cela pour quoi ? Pour imposer un quota de 23% du montant des marchés publics aux PME alors que ce pourcentage est déjà de 33% en France et de 42% dans l'Union Européenne ». ¹⁴³⁹ Ensuite, « avant d'envisager des solutions drastiques, (que) l'on prenne le soin d'examiner si l'enjeu mérite un tel investissement. »¹⁴⁴⁰ En réalité, il existe encore maints moyens moins discriminatoires qui sont tout aussi capables de faciliter l'accès des PME aux marchés publics. Par exemple, les mesures les plus efficaces peuvent être « l'optimisation de la simplification au profit des PME », d'ailleurs « il est évident qu'un certain nombre de dispositifs techniques d'assistance, peu explorés jusqu'ici,

1437 Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux, *op.cit.*, p.132.

1438 CC n° 2001-452 DC du 06 décembre 2001 sur loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, point 6.

1439 Lionel Stoleru, *Rapport au président de la République : l'accès des PME aux marchés publics*, le 05 décembre 2007, p.3.

1440 Stéphane Braconnier, Rémy Schwartz, Marc Fornacciari, *op.cit.*, p.10.

doivent être développés ». Tout cela peut être résumé en une « Small Business Administration », préconisée par plusieurs auteurs¹⁴⁴¹. Enfin, l'allotissement constitue un outil efficace pour atteindre cet objectif, et il est particulièrement propice à une concurrence effective : dans l'arrêt du 9 juillet 2007, le juge administratif a souligné que le principe de l'allotissement des marchés n'aurait pas en soi « pour effet de créer une discrimination au détriment des entreprises générales, lesquelles, au contraire, sont aptes à soumissionner pour l'ensemble des lots d'un marché »¹⁴⁴². En bref, non seulement il n'est pas discriminatoire, mais il est de plus favorable à une concurrence effective.

Donc, il n'est pas difficile d'estimer que la réservation constitue très probablement un outil peu proportionné au regard de l'objectif de faciliter l'accès des PME. Ainsi le régime de réservation en faveur des PME est donc logiquement difficile à justifier au nom du principe de non-discrimination. Effectivement aujourd'hui, les pouvoirs publics français ont abandonné l'idée d'appliquer la réservation pour soutenir les PME. En revanche, la réforme lancée en 2015 consiste notamment à lancer la simplification du régime des marchés publics, en établissant « un droit plus simple et plus sûr »¹⁴⁴³ ; de plus, elle a encore généralisé la règle de l'allotissement, qui est donc devenu l'outil principal pour faciliter l'accès des PME aux marchés publics.¹⁴⁴⁴

A la différence du cas précédent, l'application du régime de réservation aux « opérateurs employant des travailleurs handicapés ou défavorisés » est beaucoup plus facile à justifier au regard du principe de non-discrimination, parce que tout simplement les employés majoritaires de ces opérateurs sont des travailleurs « qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des

1441 *Ibid.*, p.14-15.

1442 CE, 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP, n° 297711.

1443 « La réforme de la commande publique est lancée ! » *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 30-34, 27 Juillet 2015, act.673, p.11-12.

1444 *Ibid.*, p.673.

conditions normales. »¹⁴⁴⁵ Alors, comme d'un côté l'objectif est d'aider des travailleurs souffrant de conditions objectivement difficiles à s'engager dans une concurrence normale, et d'un autre côté le moyen consiste en un régime de réservation dérogatoire à la concurrence normale, une proportionnalité entre ces deux peut être aisément confirmée. En revanche, au regard des PME, malgré leur écart de taille avec les grands entreprises, les PME restent des opérateurs normaux sur le marché.

β. Les critères additionnels de la sélection à l'épreuve de l'exigence concurrentielle

Par rapport à la seconde question, il s'agit de savoir dans quelles mesures les critères additionnels au service de la sélection des offres pourraient être conciliés avec l'exigence de la concurrence effective. Nous allons constater que, au terme de l'évolution jurisprudentielle, pour garantir une concurrence effective, matériellement, il faut en premier lieu que les critères additionnels soient de nature à pouvoir être appréciés objectivement par l'acheteur, et en second lieu que la mise en œuvre de ces critères n'entraîne pas de façon directe ou indirecte des effets discriminatoires.

Au début, malgré une attitude relativement favorable du juge communautaire, l'attitude du juge national a été restrictive sans détour, en déniait la possibilité de conciliation entre ces deux ordres d'exigence.

En 1988, une question de légalité d'un critère social a déjà été soulevée devant la CJCE. Dans son arrêt *Beentjes*, le juge communautaire, même s'il n'a pas sanctionné un tel critère, a souligné avec insistance les risques impliqués dans ces critères sociaux d'« enfreindre le principe de non-discrimination en raison de la nationalité », notamment « au cas où il s'avérerait qu'une telle condition ne pourrait être remplie que par les soumissionnaires nationaux ou bien qu'elle serait plus difficilement remplissable par des soumissionnaires

1445 Article 36 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

provenant d'autres Etats membres. »¹⁴⁴⁶ Il a ensuite établi deux conditions préalables pour garantir la concurrence effective : premièrement, au niveau formel, les critères additionnels doivent être obligatoirement mentionnés dans l'avis de marché¹⁴⁴⁷ ; deuxièmement, au niveau matériel, le juge national doit vérifier, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, si l'application de ces critères a ou non une incidence discriminatoire directe ou indirecte.¹⁴⁴⁸ Par-là, le juge communautaire a en fait renvoyé au juge national la question la plus délicate, visant à éviter les effets discriminatoires directs ou indirects engendrés par les critères additionnels.

De son côté, le juge national a également constaté la difficulté de concilier ces deux exigences, et il a donc beaucoup hésité à procéder à une conciliation définitive. En 1996, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de trancher la légalité du critère social, mais l'a finalement abandonnée, en jugeant seulement que la circulaire encourageant l'insertion des critères sociaux « est dépourvue de toute valeur réglementaire et ne fait pas grief ». Cependant, le juge administratif tient quand même dans cet arrêt à rappeler l'importance du respect du principe de non-discrimination, en précisant que : « bien évidemment, ce critère additionnel relatif à l'emploi ne doit, en aucun cas, être utilisé comme un moyen de préférence locale ou comme un instrument discriminatoire à l'encontre d'entreprises ressortissant de la Communauté européenne ou d'Etats parties au Code GATT des marchés publics ».¹⁴⁴⁹ Dans le même ordre d'idée, dans un arrêt du TA de Strasbourg en 1999, le juge administratif a une nouvelle fois exprimé une sensibilité particulière envers les risques de discrimination. En l'occurrence, le juge d'espèce estime que la seule existence de critères additionnels de nature sociale « a été de nature à entacher d'illégalité la procédure en dissuadant certaines entreprises de

1446 CJCE, 20 septembre 1988, Beentjes, affaire 31/87, point 30.

1447 CJCE, 20 septembre 1988, Beentjes, affaire 31/87, point 37.

1448 CJCE, 20 septembre 1988, Beentjes, affaire 31/87, point 30.

1449 C.E. 10 mai 1996. Fédération Nationale des travaux publics, req. n° 159979.

soumissionner et en créant ainsi une discrimination entre les candidats potentiels. »¹⁴⁵⁰

De plus, les risques de discrimination impliqués dans ces critères sont particulièrement mis en avant par la doctrine française. Un auteur a argué que « la clause sociale n'est pas en elle-même discriminatoire et ne pourrait donc être censurée par le juge administratif au (même) titre que la 'préférence locale' », mais que néanmoins « on peut légitimement se demander si la mise en œuvre de la clause sociale ne risque pas, presque inmanquablement, de produire des effets discriminatoires entre les candidats. »¹⁴⁵¹ Par exemple, ces critères pourraient favoriser au moins indirectement « les moyennes ou grosses entreprises », « les entreprises locales », ou « les entreprises d'insertion ».¹⁴⁵² Un autre auteur a même estimé que « d'évidence, les entreprises locales, c'est-à-dire celles qui ont leur siège dans le ressort de la collectivité maître d'ouvrage, apparaissent mieux placées pour démontrer leur capacité à utiliser des demandeurs d'emploi locaux. De même, le critère de participation relatif à l'emploi pourrait favoriser les entreprises d'insertion, dans la mesure où celles-ci ont, d'une part, généralement, leur siège dans le ressort des collectivités concernées et, d'autre part, apparaissent bien placées pour remplir cette condition de participation. »¹⁴⁵³

En fin de compte, nous pouvons constater que, dans les années 1990, le conflit entre l'insertion des critères additionnels de nature sociale et la protection d'une concurrence effective semble inconciliable aux yeux à la fois du juge administratif et de la doctrine en France.

Néanmoins, en 2002, le juge de l'UE a expressément validé un critère environnemental, sous réserves que les conditions préalables à y recourir soient manifestement réunies.

1450 François Llorens, « Utilisation du critère du mieux-disant social », *RDI* 2000, p.39.

1451 Sandrine Maljean-Dubois, « La clause du mieux-disant social n'est pas un critère additionnel d'attribution des marchés publics », *AJDA* 1997 p.201.

1452 *Ibid.*, p.201-202.

1453 Laurence Dubin, *op.cit.*, p.496.

Dans l'arrêt Concordia de 2002, outre la condition de transparence déjà mentionnée dans l'arrêt Beentjes de 1988, le juge de l'UE a rappelé les conditions préalables à respecter. Tout d'abord, le juge a posé que les critères environnementaux doivent être destinés à répondre à « certaines exigences environnementales spécifiques et objectivement quantifiables », il en résulte que ces critères ne doivent pas être « de nature à conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix. »¹⁴⁵⁴ Ensuite, par rapport au principe de non-discrimination, et à l'encontre des propositions des gouvernements des Etats membres de le laisser à « l'appréciation de la juridiction nationale »¹⁴⁵⁵, le juge de l'UE cesse de déléguer cette question au juge national comme il l'avait fait dans l'arrêt de 1988. En revanche, après avoir analysé minutieusement le contexte factuel d'espèce, le juge de l'UE a délicatement indiqué que le principe de non-discrimination n'est pas violé du seul fait que le critère additionnel « ne pouvait être rempli que par un petit nombre entreprise. »¹⁴⁵⁶

Dans le même ordre d'idées, l'arrêt EVN AG de 2003 a encore précisé le contrôle issu de l'exigence de la concurrence effective. Comme un auteur l'a bien remarqué, « une première lecture de cette décision peut laisser croire qu'elle apporte une nouvelle pierre à l'admission du critère environnemental, alors qu'en réalité elle lui porte un coup sévère. »¹⁴⁵⁷ En l'occurrence, le juge de l'UE a originalement développé le principe de non-discrimination et d'égalité de traitement, en déclarant que ce principe « signifie que, d'une part, les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur »¹⁴⁵⁸, donc « lorsqu'un pouvoir adjudicateur prescrit un critère d'attribution, en indiquant qu'il n'est ni disposé ni en mesure de vérifier l'exactitude des informations fournies

1454 CJUE, 17 septembre 2002, Concordia bus finland, affaire C-513/99, point 66.

1455 CJUE, 17 septembre 2002, Concordia bus finland, affaire C-513/99, points 74/75.

1456 CJUE, 17 septembre 2002, Concordia bus finland, affaire C-513/99, point 85.

1457 Florian Linditch, « Environnement et marchés publics, une relation contre nature ? », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 11, 8 Mars 2004, 1183. p. 368.

1458 CJUE, 4 décembre 2003, EVN AG, affaire C-448/01, point 47.

par les soumissionnaires, il enfreint le principe d'égalité de traitement. »¹⁴⁵⁹ En bref, l'acheteur « devra pouvoir démontrer que derrière le critère environnemental, il ne masque pas une démarche arbitraire. »¹⁴⁶⁰

Après ces deux arrêts successifs, nous pouvons constater que le critère environnemental et celui d'équité commerciale sont admis par le juge et peuvent désormais être intégrés dans la sélection des offres, mais sous réserves que de plusieurs conditions. Premièrement, les critères additionnels doivent pouvoir être objectivement appréciés par l'acheteur, au nom de la garantie d'une concurrence effective. Précisément, le juge a interdit à la fois les critères additionnels de nature à conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, et les critères additionnels ne permettant pas à l'acheteur de vérifier l'exactitude des informations corrélatives au moment de l'évaluation.

Deuxièmement, d'après l'arrêt *Concordia* de 2002, le juge de l'UE a examiné minutieusement les éléments factuels d'espèce, afin d'identifier tous les effets discriminatoires en résultant. Réside ici en fait une idée partagée par l'arrêt *Beentjes* de 1988 et l'arrêt *Concordia* : la question de savoir s'il existe ou non des incidences discriminatoires doit être soumise à un examen factuel par le juge, compte tenu de toutes les circonstances d'espèce.

Après les jurisprudences précitées, le juge de l'UE a encore ajouté en 2012 un nouvel élément parmi les conditions préalables de recours aux critères additionnels. En l'occurrence, dans l'arrêt *Comm. CE c/ Pays-Bas* de 2012, le juge a posé que la rédaction du critère d'attribution ne peut pas impliquer une appréciation sur la politique générale d'achat des soumissionnaires. A cet égard, l'avocat général a clairement posé qu'« il serait certainement excessif si, dans le cadre de l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, un pouvoir adjudicateur entendait évaluer la politique générale d'achat des soumissionnaires

1459 CJUE, 4 décembre 2003, EVN AG, affaire C-448/01, point 51.

1460 Florian Linditch, « Environnement et marchés publics, une relation contre nature ? », *op.cit.*, p. 368.

potentiels et tenir compte du point de savoir si tous les produits qu'ils distribuent — indépendamment du point de savoir s'ils font l'objet du marché public en cause ou non — sont issus du commerce équitable »¹⁴⁶¹. Dès lors, l'acheteur « doit uniquement prendre en considération leur comportement d'achat en ce qui concerne les produits concrètement à fournir. »¹⁴⁶² Concrètement, selon la CJUE, l'acheteur ne peut pas manipuler, à travers les critères d'attribution, les activités générales des soumissionnaires sur le marché normal, parce que ceci risque de perturber le fonctionnement du marché, et donc d'aboutir très probablement à une distorsion de la distribution des ressources. La concurrence effective du marché serait aussi sensiblement atteinte.

En fin de compte, force est de constater que la tolérance dans l'intégration des critères additionnels s'accompagne immédiatement d'une vigilance redoublée dans leur mise en œuvre. Ceci constitue en fait la stratégie de conciliation adoptée par le juge de l'UE. Ultérieurement, comme nous allons le voir ci-après, le juge administratif en France a suivi la même évolution.

En premier lieu, le juge administratif en France a bien accepté le fait que les critères additionnels doivent pouvoir être objectivement apprécié par l'acheteur.

Précisément, dans un arrêt de 2010, le TA de Caen a jugé que, outre l'obligation de pondération des critères d'attribution, l'acheteur doit de plus « préciser à tout le moins les éléments qu'il entend prendre en compte au titre de la qualité environnementale des offres. »¹⁴⁶³ Cette solution témoigne évidemment d'une certaine rigueur de précision sur les critères additionnels. Dans un autre arrêt de la même année, le TA de Limoges est allé encore plus loin, en exigeant que, même pour un sous-critère, « les conditions tenant à la valeur

1461 CJUE, 10 mai 2012, Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas, affaire C-368/10, point 111.

1462 CJUE, 10 mai 2012, Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas, affaire C-368/10, point 152.

1463 Guillaume Llorens, « Les documents de la consultation doivent indiquer les conditions d'appréciation d'un critère environnemental », *Environnement et développement durable*, n° 5, Mai 2010, comm. 68, p.37.

environnementale des offres présentées (constituent) un véritable critère, qui aurait dû faire l'objet d'une pondération, laquelle devait en outre être portée à la connaissance des candidats sous peine de méconnaître les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. »¹⁴⁶⁴ Suivant la même idée, le TA de Montreuil a jugé en 2010 que l'acheteur ne peut pas « exiger des candidats une certification écolabel sans avoir préalablement vérifié qu'une telle certification existait pour les produits ou les services concernés. »¹⁴⁶⁵ Enfin, dans l'arrêt Département de l'Isère de 2013, le Conseil d'Etat a bien résumé les conditions nécessaires, en déclarant que l'acheteur peut légalement intégrer les critères additionnels dès lors que ce critère « lui permet d'apprécier objectivement ces offres. »¹⁴⁶⁶

En second lieu, les effets discriminatoires susceptibles d'être engendrés par la mise en œuvre des critères additionnels font aussi l'objet d'une surveillance particulière par le juge administratif en France.

Dans l'arrêt Département de l'Isère de 2013, « la Haute juridiction va en premier lieu s'assurer que ce critère ne présentait pas de caractère discriminatoire. Elle constate qu'il était affecté d'une pondération raisonnable (15%) et qu'il était mis en œuvre de manière objective. »¹⁴⁶⁷ Ainsi, une pondération raisonnable des critères additionnels est nécessaire pour éviter les effets discriminatoires dans leur application. Comme la DAJ l'a bien résumé, « la pondération du critère doit être raisonnable pour ne pas être discriminatoire (...) Dans sa décision du 25 mars 2013, Département d'Isère, précitée, le Conseil d'Etat a admis une

1464 TA Limoges, 18 févr. 2010, SARL SOGEO c/ Syndicat d'aménagement du bassin de la Vienne moyenne et a. n° 08-01252.

1465 Guillaume Llorens, « Écolabels et marchés publics », *Environnement et développement durable*, n° 5, Mai 2011, comm. 63, p.30.

1466 C.E. 25 mars 2013 Département de l'Isère, req. n° 364950, point 4.

1467 Willy Zimmer, « Critère de la performance en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté », *Contrats et Marchés publics* n° 5, Mai 2013, comm. 131, p.22.

pondération de 15% de la note finale. »¹⁴⁶⁸ De plus, une telle pondération de 15% semble être la limite supérieure pour les critères additionnels : comme un auteur l'a bien remarqué, « si aucune précision n'est donnée en l'espèce, on peut considérer que ce pourcentage pourra difficilement être supérieur sans risquer d'entraîner l'illégalité du recours au critère d'insertion professionnelle. »¹⁴⁶⁹ Dans ce sens, cet arrêt marque alors une conciliation pertinente entre l'intégration des critères additionnels et la vigilance envers leurs incidences discriminatoires.

En résumé, afin de bien concilier l'intégration des critères additionnels et l'exigence de la concurrence effective, les juges de différents niveaux ont cumulativement proposé une série de solutions. Schématiquement, au niveau formel, les critères additionnels doivent respecter le principe de la transparence, et au niveau matériel, où résident les difficultés majeures, nous pouvons identifier trois conditions concrètes.

En premier lieu, les critères additionnels doivent être de nature à se prêter à une appréciation objective par l'acheteur. Ceci aboutit concrètement à l'interdiction des critères de nature à conférer à l'acheteur une liberté inconditionnée de choix, et des critères pour lesquels l'acheteur ne dispose pas de mesures permettant de vérifier l'exactitude des informations corrélatives au moment de l'évaluation. De plus, ceci demande aussi une précision particulière dans la rédaction des critères ou sous-critères additionnels afin de faciliter leur valorisation, et d'éviter ainsi tout arbitraire dans leur évaluation.

En second lieu, la mise en œuvre des critères additionnels ne doit pas entraîner en l'espèce d'effets discriminatoires directs ou indirects. Ceci exige notamment une pondération raisonnable de ces critères au regard de l'objet du marché et d'autres critères d'évaluation.

Et en dernier lieu, la rédaction des critères additionnels doit rester neutre vis-à-vis de la politique générale des soumissionnaires, et ne doit donc pas être susceptible de perturber les

1468 Atelier de réflexion sur les aspects sociaux de la commande publique, *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées*, version 2.1 octobre 2015, p.33.

1469 Jean Sirinelli, *op.cit.*, p.32.

activités générales de ces derniers sur le marché.

De plus, il convient de rappeler que, la mise en œuvre des conditions précitées demande en réalité toujours l'intervention concrète du juge en tenant compte les éléments factuels d'espèce, tout simplement parce qu'il s'agit d'exigences essentiellement orientales, mais non pas de celles opérables. A cet égard, comme un auteur l'a bien relevé, « l'on mentionnera surtout la difficulté persistante à situer les limites de la juste pondération des critères additionnels ou à tracer la frontière entre la prise en considération générale de la politique sociale ou environnementale d'une entreprise (...) et la valorisation du mieux disant social ou environnemental, qui n'a jamais semblé aussi explicitement encouragée. »¹⁴⁷⁰

Ainsi, nous pouvons imaginer qu'une telle conciliation sera très probablement impossible si le juge ne dispose pas des moyens suffisants pour intervenir immédiatement en l'espèce. Ceci nous conduit en fait à mieux comprendre pourquoi le juge administratif en France était au début restrictif sur la possibilité de conciliation mais a changé l'attitude dans les années récentes : « les transformations contemporaines de l'office du juge administratif en matière contractuelle ont sans doute pu faciliter la revalorisation du critère social. (...) Désormais armé pour garantir, si nécessaire, la continuité des relations contractuelles des personnes publiques, le juge pouvait élargir la possibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs, de recourir aux critères de sélection de l'insertion professionnelle, les exposant par là-même à un risque contentieux accru mais aux conséquences maîtrisées. »¹⁴⁷¹

Effectivement, avec la multiplication des offices du juge administratif en France, un verrou jurisprudentiel est abandonné, et une stratégie d'accompagnement sous une vigilance redoublée a fini par être adoptée.

1470 Pascale Idoux, *op.cit.*, p.269.

1471 Jean Sirinelli, *op.cit.*, p.31-32.

Section 2. La recherche des équilibres en Chine

Dans le processus de recherche d'un point d'équilibre pertinent entre la libéralisation et l'utilisation stratégique des marchés publics, la nature du régime des marchés publics en Chine oscille en réalité entre le concept d'instrument d'approvisionnement et le concept d'outil d'intervention publique (§1). Et en même temps, les pouvoirs publics chinois sont plutôt tolérants sur les effets discriminatoires susceptibles d'être engendrés par la mise en œuvre concrète de l'utilisation stratégique (§2).

§1. L'oscillation sur la nature du régime des marchés publics

En Chine, la nature du régime des marchés publics n'est pas statique. Le marché public est parfois analysé comme un instrument d'approvisionnement, mais parfois plutôt comme un outil d'intervention publique. Un tel état d'oscillation entre deux concepts s'enracine en fait dans la législation initiale relative aux marchés publics de 2003, et persiste jusqu'à aujourd'hui même après l'entrée en vigueur depuis 2004 d'une série de normes juridiques spécifiques destinées à encadrer la mise en œuvre des politiques publiques dans le cadre des marchés publics.

Au début, bien que, le régime des marchés publics s'inscrive dans la logique de finances publiques et la libéralisation endogène, comme nous l'avons expliqué dans la première partie, il faut noter que le régime initial posé dans la loi relative aux marchés publics de 2003 ne s'attache pas uniquement à la considération économique immédiate : des considérations additionnelles ont été prises en compte dès la genèse du régime et sont effectivement inhérentes au régime établi par cette loi.

Plus concrètement, depuis la fin des années 1990, l'objectif visant à privilégier les produits endogènes a été intégré dans le régime des marchés publics en Chine. Selon l'article 6 de l'arrêté ministériel n°363 de 1999 relatif au régime temporaire de l'appel d'offre, les pouvoirs publics chinois ont imposé que « sans autorisation spéciale, il est interdit de se

procurer des fournitures, travaux et services étrangers. »¹⁴⁷² Ceci marque ainsi en Chine la tentative initiale d'utiliser les marchés publics de façon stratégique comme un outil d'intervention publique.

Dans la préparation de la législation de 2003, les considérations additionnelles s'enrichissent encore plus. Comme l'a expressément indiqué le rapport présenté par le vice-directeur de la commission des finances et de l'économie devant le comité permanent de l'A.N.P., l'une des motivations de cette législation tient effectivement à la possibilité d'utilisation stratégique des marchés publics dans la poursuite de politiques publiques de l'Etat.¹⁴⁷³ A cet égard, ce rapport a énuméré les politiques publiques assignées aux marchés publics : il s'agit de politiques « de protection de l'industrie nationale, de protection de l'environnement, d'assistance aux territoires sous-développés et aux régions des minorités ethniques ainsi que aux PME etc. »¹⁴⁷⁴

Enfin, ces considérations sont bien intégrées dans la version définitive de la loi relative aux marchés publics. Au niveau du principe, le premier article de cette loi a déclaré que, outre le but traditionnel d'« amélioration de l'efficacité de l'utilisation des deniers publics », cette loi consacre également « la protection de l'intérêt de l'Etat et de l'intérêt général de la société ».¹⁴⁷⁵ La juxtaposition de ces deux buts dans l'exposé des motifs de la législation témoigne déjà d'une attitude ouverte du législateur sur l'utilisation stratégique des marchés publics comme outil d'intervention publique. Ensuite, dans le premier chapitre intitulé « Les dispositions générales », le législateur a concrétisé ce principe en posant dans l'article 9 que « les marchés publics doivent assister la réalisation des objectifs de politiques publiques de l'Etat liés au développement économique et social, y compris l'objectif de protection

1472 Article 6 de l'arrêté ministériel n°363 de 1999 relatif au régime temporaire de l'appel d'offre (1999 年财预字 [1999]363 号《政府采购管理暂行办法》第 6 条。).

1473 YAO Zhenyan, *op.cit.*, p.44.

1474 *Ibid.*, p.44-45.

1475 Le premier article de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 1 条).

environnementale, les objectifs de soutien au développement des territoires sous-développés et des régions de minorités ethniques, l'objectif d'assistance au développement des PME etc. »¹⁴⁷⁶ L'article 10 suivant y ajoute l'objectif de privilégier les produits endogènes lors de la mise en œuvre des marchés publics.¹⁴⁷⁷

A travers ces dispositions, nous pouvons constater que le régime des marchés publics issu de cette loi ne se borne pas à l'utiliser comme un instrument d'approvisionnement : au contraire, le texte de cette loi a également posé la base juridique pour effectuer l'intervention publique au travers des marchés publics. Donc, force est de constater que la loi de 2003 n'a pas tranché la question de déterminer la nature fondamentale et intangible du régime des marchés publics chinois, le législateur de cette époque restant au contraire ouvert à toute possibilité.

Postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 2003, les pouvoirs publics chinois ont adopté d'autres normes juridiques destinées à mettre en œuvre des politiques publiques dans le cadre des marchés publics. A travers ces normes, la nature du régime des marchés publics est concrétisée par les pouvoirs publics dans le régime spécifique visant à poursuivre une telle ou telle politique. Et nous allons constater que, sa nature se transforme en fonction à la fois de la politique publique poursuivie et des mesures concrètes établies pour sa mise en œuvre.

Tout d'abord, dans la poursuite de l'objectif de protéger l'emploi des handicapés, un droit de préférence est consacré par les pouvoirs publics chinois en faveur des produits fabriqués par les entités employant de façon centralisée les handicapés. Il s'agit spécifiquement d'un droit de préférence « en cas d'offres équivalentes »¹⁴⁷⁸, c'est-à-dire que l'offre déposée par cette sorte d'entité ne peut bénéficier d'un tel droit de préférence que dans

1476 Article 9 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 9 条).

1477 Article 10 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 10 条).

1478 Article 18 du décret n°488 de 2007 relatif aux emplois des handicapés (2007 年国务院令 第 488 号《残疾人就业条例》第 18 条).

le cas où le contenu de cette offre a reçu une évaluation strictement équivalente à la meilleure offre parmi d'autres. Autrement dit, même en appliquant un tel droit de préférence, le titulaire du marché sera toujours l'opérateur qui a déposé la meilleure offre, donc l'offre économiquement la plus avantageuse. La seule différence tient au fait que, si l'entité précitée a déposé simultanément avec un autre opérateur une offre équivalente considérée comme meilleure, elle s'emparera du marché. Par-là, l'objectif de politique publique est ainsi atteint, mais sans porter atteinte à la poursuite des objectifs liés à la logique de finances publiques, à savoir la bonne utilisation des deniers publics et la satisfaction des besoins de l'acheteur. Le régime des marchés publics est alors conçu dans ce cas pour l'essentiel comme un instrument d'approvisionnement, la poursuite de la politique publique en tant qu'outil d'intervention publique ne constituant qu'une fonction accessoire.

Ensuite, dans la poursuite de l'objectif de promotion de l'innovation nationale, de l'objectif d'accroissement de l'accès des PME, de l'objectif d'économie d'énergie et de protection environnementale, les pouvoirs publics chinois ont imposé soit le régime du droit de préférence soit le régime du décompte du prix ou de l'addition de note sur le critère du prix. Le point commun à ces divers cas tient au fait que, pour assurer des effets favorables à la réalisation des politiques publiques, le prix acceptable par l'acheteur d'espèce peut dépasser le prix du marché, mais à condition de ne pas porter atteinte aux exigences de performances de l'offre. Ainsi, la satisfaction des besoins de l'acheteur est toujours garantie dans l'offre retenue, mais à un prix plus élevé que celui du marché, sauf le cas où le surcoût peut éventuellement être remboursé à l'avenir.

Plus précisément, en ce qui concerne le droit de préférence consacré aux produits permettant des économies d'énergie et aux produits bénéficiant d'un label écologique, il s'agit d'un droit de préférence « à équivalence des aspects techniques et de service, etc. »¹⁴⁷⁹.

1479 Article 6 de l'arrêté ministériel n°185 de 2004 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits d'économie des énergies, article 6 de l'arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en

Notamment, les pouvoirs publics chinois ont souligné qu'un tel droit de préférence ne peut s'appliquer qu'à la condition que « les aspects techniques et de service (de l'offre) (soient) capables de satisfaire les besoins de l'acheteur. »¹⁴⁸⁰ Un surcoût du prix résultant de l'offre retenue au regard du prix du marché est alors acceptable pour l'acheteur. Dans le même ordre d'idées, les décomptes du prix effectués pour les offres déposées par les petites ou micro entreprises¹⁴⁸¹ ou pour les offres qualifiées d'innovation nationale¹⁴⁸² constituent aussi un surcoût économique pris en charge éventuellement par l'acheteur, afin d'obtenir en échange des effets favorables à la réalisation de ces politiques publiques. C'est la raison pour laquelle les pouvoirs publics chinois ont particulièrement inséré une disposition particulière, selon laquelle « si, dans l'exécution du budget, un surcoût résultant d'un achat d'innovation nationale est inévitable pour l'acheteur, il peut déposer une demande administrative pour rajuster la distribution budgétaire. »¹⁴⁸³

A cet égard, la logique de base a en fait été révélée par les pouvoirs publics chinois. Selon eux, les surcoûts résultant de ces efforts consacrés à la réalisation de politiques publiques sont seulement temporaires, et destinés à être remboursés à l'avenir dans une perspective intégrant tout le cycle de vie. En témoigne l'instruction de 2007 visant à établir une obligation d'achat public des produits favorisant les économies d'énergie, dans laquelle le

œuvre des marchés publics de produits avec label écologique (2004 年财库[2004]185 号《节能产品政府采购实施意见》第 6 条, 2006 年财库[2006]90 号《关于环境标志产品政府采购实施的意见》第 6 条).

1480 Le point 2 de l'instruction n°51 de 2007 relative à établir l'obligation d'achat public des produits d'économie d'énergie (2007 年国办发[2007]51 号《国务院办公厅关于建立政府强制采购节能产品制度的通知》第二点).

1481 Article 5 de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》第 5 条).

1482 Articles 13 et 14 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)第 13, 14 条).

1483 Article 13 de l'arrêté ministériel n° 29 de 2007 concernant la définition du budget en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]29 号《自主创新产品政府采购预算管理办法》(废止)第 13 条).

Conseil des affaires de l'Etat a expliqué que « si on regarde à court terme, l'achat des produits favorisant l'économie d'énergie va surement augmenter la charge sur les finances publiques, mais si on prend en compte les effets à long term des économies d'énergie, l'efficience économique est en fait évidente. »¹⁴⁸⁴ De façon encore plus claire, dans le régime visant à promouvoir l'innovation nationale, les pouvoirs publics chinois ont expressément posé que « lorsque l'acheteur tend à se procurer un produit dont la durée d'utilisation est relativement longue avec un prix élevé, (dans l'évaluation des offres) il faut prendre en compte le coût de ce produit sur tout le cycle de vie. »¹⁴⁸⁵

Ainsi, dans ce cas, et notamment sur la base de cette explication, les objectifs issus de la logique de finances publiques sont donc bien conciliés avec la poursuite des objectifs liés à la réalisation de politiques publiques. Un point d'équilibre est parachevé entre ces deux exigences, sans ébranler la conception du régime des marchés publics comme instrument d'approvisionnement.

Néanmoins, dans la poursuite de l'objectif de privilégier les produits endogènes, la nature du régime penche plutôt vers une conception en termes d'outil d'intervention publique au détriment de la conception en termes d'instrument d'approvisionnement.

Concrètement, les pouvoirs publics chinois ont attribué un droit de préférence aux produits nationaux dans les marchés publics, en général un droit de préférence systématique. C'est-à-dire que, sauf dans des cas exceptionnels bénéficiant d'une autorisation explicite des services des finances publiques, l'acheteur ne peut pas se procurer de produits importés. En ce qui concerne ces cas exceptionnels, la loi relative aux marchés publics de 2003 a précisément posé que : « si les produits cherchés par l'acheteur visant à satisfaire ses besoins ne peuvent

1484 Le préambule de l'instruction n°51 de 2007 relative à établir l'obligation d'achat public des produits d'économie d'énergie (2007 年国办发[2007]51 号《国务院办公厅关于建立政府强制采购节能产品制度的通知》前言).

1485 L'article 9 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)第 9 条).

pas être fabriqués en Chine ou ne peuvent pas être obtenus sur le marché chinois en contrepartie d'une condition de commerce raisonnable », il peut être dérogé au principe de l'achat national sur obtention d'une autorisation explicite¹⁴⁸⁶. Sur ce point, il faut noter que, même pour les cas remplissant les conditions précitées, l'obtention de cette autorisation n'est pas systématique. Les services des finances publiques vont contrôler la proportion d'autorisations délivrées au regard du volume global des marchés publics. En témoigne le discours du vice-ministre des finances publiques en 2013, selon lequel cette proportion demeure à un niveau très restrictif, à savoir environ 3%.¹⁴⁸⁷ Par-là, nous pouvons constater que le point primordial est devenu d'assurer la réalisation de politiques publiques visant à privilégier les produits endogènes, sachant que, même si la satisfaction des besoins de l'acheteur et l'économie du prix peuvent être prises en compte par les pouvoirs publics chinois, il ne s'agit que de cas exceptionnels devant être soumis à l'examen de l'administration. Ainsi, les objectifs issus de la logique de finances publiques sont sensiblement marginalisés, et le régime des marchés publics se présente dans ce cas plutôt comme un outil d'intervention publique orienté primordialement vers la réalisation de politiques publiques.

Pareillement, dans l'évaluation des offres pour les marchés publics de produits issus de l'innovation nationale, les pouvoirs publics chinois ont autorisé l'acheteur à procéder à l'addition d'une note de 4% à 8% sur le critère technique en faveur de ces produits.¹⁴⁸⁸ Ainsi, la solution technique issue de l'innovation nationale sera évidemment privilégiée, et donc l'offre retenue par l'acheteur est très susceptible de ne pas impliquer la meilleure solution technique sur le marché. En conséquence, la satisfaction des besoins de l'acheteur risque

1486 Article 10 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 10 条).

1487 LIU Kun, « Approfondir les réformes et Réaliser l'innovation institutionnelle, créer la nouvelle situation pour la réglementation des marchés publics », *op.cit.*, p.53.

1488 Article 13 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)第 13 条).

d'être remise en question. On peut alors ici voir que les considérations de politiques publiques sont primordiales, et que le régime des marchés publics penche encore une fois vers une conception en termes d'outil d'intervention publique.

C'est en fait aussi le cas quand le régime de réservation des marchés s'applique. Comme nous l'avons déjà vu, il s'applique dans la poursuite de l'objectif de l'accroissement de l'accès des PME et des entreprises pénitenciaires aux marchés publics, et dans l'objectif de promotion de l'innovation nationale et de l'économie d'énergie. Et dans ces différents cas, la prise en considération de la satisfaction des besoins de l'acheteur et de l'économie du prix par les pouvoirs publics chinois a été au mieux très marginale. Au contraire, la considération dominante derrière le régime de réservation est toujours de favoriser directement une telle ou telle catégorie spécifique d'opérateur. Ainsi le régime des marchés publics se transforme complètement en outil d'intervention publique.

Plus précisément, en ce qui concerne les quotas des marchés accessibles exclusivement aux PME, l'arrêté ministériel n°181 de 2011 n'a pas exigé de l'acheteur qu'il prenne en compte simultanément les considérations liées à l'économie du prix ou à la satisfaction des besoins.¹⁴⁸⁹ C'est également le cas pour les quotas des marchés réservés aux entreprises pénitenciaires.¹⁴⁹⁰

De plus, par rapport à « l'achat impératif de produits favorisant les économies d'énergie (节能产品强制采购) », le Conseil des affaires de l'Etat a juste préconisé que « pour certains produits ayant des effets évidents sur l'économie d'énergie et ayant rempli les exigences de performance, il faut appliquer l'achat impératif, afin de réaliser les économies d'énergie et la

1489 Articles 4 et 5 de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》第 4, 5 条).

1490 Instruction n°68 de 2014 relative à soutenir les entreprises attachées aux prisons à travers les marchés publics (2014 年财库[2014]68 号《关于政府采购支持监狱企业发展有关问题的通知》).

protection environnementale ».¹⁴⁹¹ Bien que dans cette disposition certaines exigences de performance soient imposées afin de pouvoir satisfaire les besoins de l'acheteur, il est évident que la considération de politiques publiques reste prédominante.

Ce constat est encore plus marqué dans le régime de réservation s'appliquant sur les produits d'innovation nationale. A titre d'exemple, en ce qui concerne le « premier achat de produits issus de l'innovation nationale » et la « commande d'avance de produits issus de l'innovation nationale », l'arrêté ministériel n°120 de 2007 a énuméré plusieurs conditions pour identifier les produits éligibles¹⁴⁹², mais parmi lesquelles, on ne trouve pas de conditions concernant la performance de ces produits pour satisfaire les besoins de l'acheteur.

En résumé, force est de constater que, en matière d'utilisation stratégique des marchés publics, la nature du régime en Chine n'est pas statique, mais plutôt en état oscillant entre deux conceptions : celle d'un instrument d'approvisionnement et celle d'un outil d'intervention publique, en fonction notamment de l'importance de la politique publique poursuivie en l'espèce. Plus concrètement, pourvu que la volonté politique estime que politique publique donnée présente une importance suffisante, les pouvoirs publics chinois vont traiter sans aucune hésitation les marchés publics en outil d'intervention publique. Ainsi nous pouvons conclure que la nature du régime des marchés publics est variable en Chine, et de manière encore plus poussée, elle oscille en fonction de la préférence de la volonté politique, qui peut être révélée par les mesures concrètes prises pour sa mise en œuvre.

Tout récemment, notamment depuis 2015, nous pouvons constater de nouveau les signes d'une volonté politique visant à promouvoir une série de politiques publiques. Dans la cinquième session plénière du dix-huitième Comité Central du P.C.C. (十八届五中全会), le

1491 Le point 2 de l'instruction n°51 de 2007 relative à établir l'obligation d'achat public des produits d'économie d'énergie (2007 年国办发[2007]51 号《国务院办公厅关于建立政府强制采购节能产品制度的通知》第二点).

1492 Article 13 de l'arrêté ministériel n°120 de 2007 concernant le premier achat et la commande d'avance des produits d'innovation nationale (2007 年财库[2007]120 号《自主创新产品政府首购和订购管理办法》第 13 条).

président XI a proposé d'établir le programme du treizième plan quinquennal de l'Etat, d'après lequel il a formulé pour la première fois « le nouveau concept de développement (新发展理念) », qui se compose de cinq éléments suivants : « Innovation, Coordination, Ecologie, Ouverture, Partage ». Dans ce contexte, le vice-ministre des finances publiques a expressément déclaré en 2015 qu'« il faut bien saisir que les marchés publics sont des outils importants d'intervention publique pour réaliser les objectifs de l'Etat en matière économique et sociale. Il convient donc de réfléchir comment nous pouvons appliquer dans le cadre des marchés publics le nouveau concept de développement proposé par le programme du treizième plan quinquennal. »¹⁴⁹³ Ainsi, nous pouvons imaginer qu'une nouvelle vague d'utilisation stratégique des marchés publics surgira probablement très bientôt. Du fait d'une telle volonté politique forte, le régime des marchés publics pourra les transformer en un outil d'intervention publique. Dans ce cas, comment devons-nous traiter les effets discriminatoires susceptibles d'être engendrés par ces interventions ? L'attitude des pouvoirs publics chinois à l'égard de ces effets est donc un enjeu pour l'avenir.

§2. La tolérance envers les effets discriminatoires générés par la passation des marchés publics

Comme nous l'avons déjà vu dans la première partie de la présente thèse, la concurrence est extrêmement importante tant pour la libéralisation endogène que pour la libéralisation exogène. A cet égard, en Chine, l'article 3 de la loi relative aux marchés publics de 2003 a notamment posé que « les activités des marchés publics doivent respecter le principe de transparence, le principe de concurrence loyale (...). »¹⁴⁹⁴ Néanmoins, l'utilisation stratégique des marchés publics engendre presque inévitablement des effets discriminatoires, simplement parce que, comme c'est le cas en France, les tentatives visant à utiliser stratégiquement les marchés publics relèvent toujours d'une démarche consistant à remplacer

1493 LIU Kun, « Renover l'idée de la réforme, axée sur les résultats », *op.cit.*, p.21.

1494 Article 3 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 3 条).

l'initiative du marché par l'initiative des pouvoirs publics. Par conséquent, la concurrence est très probablement faussée. Une contradiction s'impose donc entre l'utilisation stratégique des marchés publics et le refus des effets discriminatoires engendrés. L'équilibrage entre ces deux exigences constitue alors une question épineuse.

1. L'équilibrage entre l'utilisation stratégique des marchés publics et les effets discriminatoires engendrés

En effet, aucune disposition législative de la loi de 2003 n'encadre expressément cette question. Néanmoins, les documents de préparation législative peuvent nous donner certaines informations de base. Dans le rapport sur cette proposition de loi présenté par le vice-directeur de la commission des finances et de l'économie devant le comité permanent de l'A.N.P., le rapporteur a marqué que « compte tenu le fait que notre négociation pour l'accès à l'AMP n'a pas encore commencé, le régime des marchés publics actuel de notre pays doit (...) maintenir les mesures protectionnistes en faveur de notre industrie nationale. »¹⁴⁹⁵ Ceci témoigne déjà d'une attitude du législateur de l'époque plutôt tolérante à l'égard des effets discriminatoires impliqués par ces mesures protectionnistes.

Ultérieurement, avec l'entrée en vigueur des normes juridiques spécifiques destinées à mettre en œuvre les politiques publiques dans le cadre des marchés publics, les pouvoirs publics chinois ont davantage concrétisé le point d'équilibre, en fonction notamment de la politique publique poursuivie et de ses mesures concrètes de mise en œuvre. Schématiquement, trois hypothèses devraient être distinguées selon la sphère laissée par l'utilisation stratégique des marchés publics à la mise en œuvre de la concurrence.

a. La concurrence déséquilibrée

Dans le premier cas, il s'agit d'une hypothèse de concurrence déséquilibrée. C'est-à-dire que la concurrence est accessible à tous les opérateurs, elle est donc effectivement mise en

¹⁴⁹⁵ YAO Zhenyan, *op.cit.*, p.45.

œuvre parmi les opérateurs divers, bien que certains opérateurs parmi eux bénéficient d'un traitement préférentiel par rapport à d'autres. Une telle hypothèse existe concrètement dans les trois situations suivantes.

Afin de poursuivre les objectifs de protection environnementale et d'économie d'énergie, les pouvoirs publics chinois ont imposé une série de mesures préférentielles. Tout d'abord, si l'objet d'un marché est tombé dans le catalogue des produits bénéficiant d'un label écologique ou favorisant l'économie d'énergie, l'acheteur doit intégrer dans ses documents de consultation des conditions concernant la qualité des candidatures et des critères de sélection des offres favorisant les produits à économie d'énergie ou liés à la protection environnementale.¹⁴⁹⁶ La concurrence se déroulant dans un tel cadre est ainsi certainement plus favorable à des opérateurs et des produits performants en ces matières. Ensuite, de façon encore plus directe, un droit de préférence est attribué aux produits enregistrés dans ces catalogues, dans les cas d'« équivalence des aspects techniques et de service etc. »¹⁴⁹⁷. Par-là, le déséquilibre de la concurrence peut ainsi être clairement identifié.

Dans le même ordre d'idées, pour faciliter l'accès des PME aux marchés publics, les pouvoirs publics chinois ont imposé l'acheteur de donner un décompte de 6% à 10% sur le critère de prix pour les offres déposées par les petites ou micros entreprises.¹⁴⁹⁸ Ceci engendre naturellement un traitement préférentiel pour les petites ou micros entreprises, et la

1496 Article 7 de l'arrêté ministériel n°185 de 2004 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits d'économie des énergies, article 7 de l'arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique (2004 年财库[2004]185 号《节能产品政府采购实施意见》第 7 条, 2006 年财库[2006]90 号《关于环境标志产品政府采购实施的意见》第 7 条).

1497 Article 6 de l'arrêté ministériel n°185 de 2004 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits d'économie des énergies, article 6 de l'arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique (2004 年财库[2004]185 号《节能产品政府采购实施意见》第 6 条, 2006 年财库[2006]90 号《关于环境标志产品政府采购实施的意见》第 6 条).

1498 Article 5 de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》第 5 条).

mise en œuvre de la concurrence se déséquilibre donc dans ce cas.

On peut faire des constatations semblables dans la poursuite de la promotion de l'innovation nationale. Concrètement, lorsque l'objet du marché est tombé dans le catalogue des produits issus de l'innovation nationale, l'acheteur est d'un côté obligé d'intégrer les critères liés au caractère d'innovation nationale (自主创新评审因素), et d'un autre côté autorisé à ajuster les notes d'évaluation des offres¹⁴⁹⁹, à travers le décompte ou l'addition de notes sur le critère du prix ou le critère technique. Par ces mesures, le cadre de la mise en œuvre de la concurrence penche donc sensiblement vers des produits relevant de l'innovation nationale.

b. La concurrence restreinte

Pour le deuxième cas, il s'agit d'hypothèses de concurrence restreinte, c'est-à-dire que la concurrence ne s'applique que parmi une catégorie spécifique d'opérateurs ou de produits. Ici, à la différence de la première hypothèse, l'accès à la concurrence est strictement restreint. Concrètement, cette hypothèse peut être identifiée dans les cinq situations suivantes.

En vue de faciliter l'accès des PME aux marchés publics, les pouvoirs publics chinois ont directement imposé un quota de marchés réservés aux PME. Précisément, 30% de la valeur du budget final des marchés publics doivent être réservés aux marchés exclusivement accessibles aux PME, au sein desquels 60% de valeur doivent être réservés aux marchés exclusivement accessibles aux petites ou micros entreprises.¹⁵⁰⁰ L'accès à la concurrence est donc clairement limité.

En ce qui concerne la poursuite de l'objectif de l'économie d'énergie, le régime de « l'achat impératif des produits d'économie d'énergie (节能产品强制采购) » constitue en

1499 Article 8 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)第 8 条).

1500 Article 4 de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》第 4 条).

réalité aussi une sorte de réservation des marchés. Plus précisément, dès que l'objet d'un marché public est tombé dans le champ de la section spécifique à l'achat impératif du catalogue des produits favorisant l'économie d'énergie, l'acheteur est obligé de se procurer des produits provenant de fournisseurs enregistrés dans cette section. Même si les pouvoirs publics chinois ont particulièrement imposé que les fournisseurs enregistrés pour un produit spécifique ne peuvent pas être inférieurs à 5 opérateurs¹⁵⁰¹, l'accès à la concurrence reste clairement limité.

Dans la poursuite de l'objectif de promotion de l'innovation nationale, deux situations concrètes peuvent être qualifiées de concurrence restreinte. La première réside dans l'application de la procédure de l'appel d'offres restreinte, le dialogue compétitif et la demande du prix. Précisément, lorsque l'objet du marché est tombé dans le répertoire du catalogue des produits issus de l'innovation nationale, l'acheteur dispose du pouvoir de limiter l'accès à la concurrence en exigeant un nombre minimal de producteurs de produits relevant de l'innovation nationale admis à présenter l'offre ou invité à participer à la négociation ou au dialogue.¹⁵⁰² La seconde situation concerne le régime de « commande d'avance des produits issus de l'innovation nationale ». Ceci vise notamment les produits issus de l'innovation nationale revêtus d'une importance vitale mais qui ne sont pas encore entrés en production ou n'ont pas encore été mis en utilisation.¹⁵⁰³ En appliquant un tel régime, une concurrence accessible aux opérateurs du marché est expressément imposée par les pouvoirs publics chinois ; néanmoins, ils ont quand même posé une série de conditions pour les opérateurs éligibles : l'acheteur doit « attribuer ce marché à un opérateur qui se situe

1501 Le point 3 de l'instruction n°51 de 2007 relative à établir l'obligation d'achat public des produits d'économie d'énergie (2007 年国办发[2007]51 号《国务院办公厅关于建立政府强制采购节能产品制度的通知》第三点).

1502 Article 11 de l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)第 11 条).

1503 Article 4 de l'arrêté ministériel n°120 de 2007 concernant le premier achat et la commande d'avance des produits d'innovation nationale (2007 年财库[2007]120 号《自主创新产品政府首购和订购管理办法》第 4 条).

sur le territoire chinois et a été qualifié de personne morale de droit chinois. »¹⁵⁰⁴ L'accès à la concurrence dans ce cas reste donc relativement restreint.

Enfin, le principe de l'achat national implique aussi une concurrence restreinte, sachant que, sauf dans le cas exceptionnel de l'obtention d'une autorisation explicite des services des finances publiques, l'acheteur ne peut pas se procurer de produits importés.¹⁵⁰⁵ Sur la base de ce principe, on peut ainsi dire que, presque toutes les activités des marchés publics en Chine sont pour l'essentiel soumises à une concurrence restreinte, dans la mesure que où les produits importés sont préalablement exclus en principe.

c. La concurrence fictive

Dans le troisième et le dernier cas, il s'agit d'une hypothèse de concurrence fictive : bien que la passation du marché reste soumise au régime des marchés publics, la concurrence a déjà complètement contournée afin de réaliser un objectif de politique publique. Précisément, cette hypothèse peut être identifiée dans le régime du « premier achat des produits issus de l'innovation nationale », visant à soutenir les produits d'innovation nationale revêtus d'une importance vitale mais se trouvant dans un état encore prématuré et donc incapables de participer à la concurrence sur le marché. D'après ce régime, lorsque l'acheteur souhaite acheter un produit s'inscrivant dans la section spécifique consacrée à cette sorte de produits, l'acheteur doit attribuer directement ce marché à l'opérateur fabricant ce produit qui s'inscrit simultanément dans cette section.¹⁵⁰⁶ Dans ce cas, la concurrence est donc plutôt fictive et n'existe plus en réalité.

Après avoir analysé ces trois hypothèses de concurrence en Chine dans l'utilisation stratégique des marchés publics, nous pouvons constater que les effets discriminatoires

1504 Article 8 de l'arrêté ministériel n°120 de 2007 concernant le premier achat et la commande d'avance des produits d'innovation nationale (2007 年财库[2007]120 号《自主创新产品政府首购和订购管理办法》第 8 条).

1505 Article 10 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 10 条).

1506 Article 11 de l'arrêté ministériel n°120 de 2007 concernant le premier achat et la commande d'avance des produits d'innovation nationale (2007 年财库[2007]120 号《自主创新产品政府首购和订购管理办法》第 11 条).

qu'elles peuvent éventuellement engendrer sont schématiquement amplifiés et renforcés : dans un cas de concurrence déséquilibrée, l'opérateur bénéficie généralement d'une liberté de choix plus ample que celui qui se situe dans le cas de concurrence restreinte, sachant que le premier est au moins libre d'accéder à la concurrence. Et dans le cas de concurrence restreinte, l'opérateur est également plus libre que celui se trouvant dans un cas de concurrence fictive, puisque pour ce dernier il n'existe en réalité aucune marge de concurrence.

De plus, force est de constater que, les effets discriminatoires n'ont pas constitué un tabou ni une limite intangible pour les pouvoirs publics chinois dans l'utilisation stratégique des marchés publics. Comme nous l'avons déjà vu, ils n'ont pas cherché à les éviter ou à les atténuer ; au contraire, les pouvoirs publics chinois ont très amplement employé ces mesures discriminatoires, parfois de façon superposée. A titre de l'illustration, afin de poursuivre l'objectif d'économie d'énergie, les pouvoirs publics chinois ont notamment imposé en même temps des mesures relevant du droit de préférence et de la réservation des marchés, voire de la poursuite de l'innovation nationale : presque tout l'outillage a été appliqué.

2. La réglementation centralisée

Si l'on analyse de manière encore plus profonde, nous pouvons constater que la modalité adoptée en Chine pour équilibrer l'utilisation stratégique des marchés publics avec les effets discriminatoires engendrés revient en fait à une modalité de réglementation centralisée. Concrètement, les pouvoirs publics chinois ont encadré de façon directe la conciliation des conflits entre ces deux exigences, à travers une réglementation unitaire établie par le gouvernement central. Il s'agit notamment d'encadrer à la fois les mesures d'utilisation stratégique des marchés publics et le champ d'application de ces mesures. Sur la base de cet encadrement, la marge de manœuvre laissée à chaque acheteur est en fait très marginale.

Par rapport aux mesures de l'utilisation stratégique des marchés publics, nous avons déjà montré dans le précédent titre qu'elles ont fait l'objet d'une réglementation très minutieuse du gouvernement central, notamment à travers les arrêtés ministériels des finances publiques, et

que les effets discriminatoires engendrés éventuellement par ces mesures sont majoritairement tolérés par lui. Ci-après, il nous faut analyser principalement le champ d'application de ces mesures, qui constitue un autre élément important pour estimer l'ampleur réelle de ces effets discriminatoires.

Schématiquement, le champ d'application de ces mesures est déterminé par le gouvernement central par l'intermédiaire de la distribution des fonds publics et de la formulation des catalogues des produits spécifiques.

Par rapport à la distribution des finances publiques, comme nous l'avons déjà vu, dans la poursuite de l'objectif d'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics, le ministère des finances publiques a imposé par arrêté ministériel à chaque service fonctionnel de mettre de côté, au stade de l'établissement du programme d'achat, au moins 30% du montant de son budget ratifié, pour les réserver à des marchés publics exclusivement accessibles aux PME.¹⁵⁰⁷ La réservation des ressources financières publiques s'applique également dans les marchés accessibles exclusivement aux petites ou micros entreprises ainsi qu'aux entreprises pénitenciaires.

Le second intermédiaire, qui est employé de façon encore plus large, concerne la formulation des catalogues de produits spécifiques par le gouvernement central. Elle constitue en fait l'intermédiaire le plus important dans l'application des mesures stratégiques en Chine.

Concrètement, les catalogues sont formulés par les ministères et commissions du gouvernement central spécifiquement dans la poursuite des objectifs de protection environnementale et d'économie d'énergie, ainsi que de l'objectif de promotion de l'innovation nationale : le catalogue des produits favorisant l'économie d'énergie est établi conjointement par le ministère des finances publiques et la commission nationale pour le

¹⁵⁰⁷ Article 4 de l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》第 4 条).

développement et la réforme (CNDR), sachant que la définition et l'exécution de la politique énergétique de la Chine est soumise à la compétence de la CNDR.¹⁵⁰⁸ Quant au catalogue des produits bénéficiant d'un label écologique, il est établi conjointement par les ministères des finances publiques et de la protection environnementale.¹⁵⁰⁹ Enfin, le catalogue des produits issus de l'innovation nationale est établi conjointement par les ministères des finances publiques et des sciences et technologies.¹⁵¹⁰

Le contenu de ces catalogues détermine effectivement le champ d'application des mesures d'utilisation stratégique des marchés publics liés aux objectifs précités. Précisément, lorsque l'objet du marché rentre dans le répertoire de tel ou tel catalogue, l'acheteur est soumis à une série d'obligations visant à promouvoir l'objectif de politique publique correspondant. En bref, les catalogues constituent le levier capital permettant au gouvernement central de maîtriser l'application de l'utilisation stratégique des marchés publics.

Les ministères compétents vont réexaminer deux fois par an le contenu de ces catalogues, en intégrant les nouveaux types de produit ou les nouveaux opérateurs fabricants les produits inscrits, et en excluant les produits ou opérateurs qui ne sont plus jugés éligibles. Néanmoins, par rapport à ces démarches de formulation et de réexamen, nous allons voir que le gouvernement central dispose d'une marge de manœuvre très large, qui lui laisse donc un espace considérable en le rendant capable de bien maîtriser l'utilisation stratégique des marchés publics.

1508 Article 3 de de l'arrêté ministériel n°185 de 2004 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits d'économie des énergies (2004 年财库[2004]185 号《节能产品政府采购实施意见》第 3 条).

1509 Article 3 de l'arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique(2006 年财库[2006]90 号《关于环境标志产品政府采购实施的意见》第 3 条).

1510 Le premier article de l'arrêté ministériel n°539 de 2006 relative au régime temporaire de certification des produits relevant de l' innovation nationale (dérogé) (2006 年国科发计字[2006]539 号《国家自主创新产品认定管理办法(试行)》(废止)第 1 条).

Tout d'abord, les critères matériels pour sélectionner les produits sont très vagues.

En ce qui concerne les produits favorisant l'économie d'énergie et ceux sous label écologique, les normes juridiques ont imposé trois critères spécifiques : la performance d'un produit en termes d'économie d'énergie ou de protection environnementale, la maturité du marché de ce produit, l'obtention d'un certificat correspondant reconnu par le gouvernement chinois.¹⁵¹¹ Les normes juridiques n'ont pas encore précisé la signification des deux premiers critères, dont l'appréciation est donc laissée au pouvoir discrétionnaire des ministères ou commissions compétents. Le seul critère assez précis tient à l'obtention d'un certificat éprouvant la performance du produit en termes d'économie d'énergie ou de protection environnementale. Néanmoins, dans la formulation et le réexamen des catalogues, les ministères ou commissions compétents ne reconnaissent que « les certificats spécifiques acceptés par l'Etat. »¹⁵¹² Donc, ici les certificats équivalents à l'étranger ou internationaux ne seront pas pris en compte.

En ce qui concerne les produits issus de l'innovation nationale, les critères sont plus précis. Il s'agit principalement de trois critères. Le premier concerne l'origine nationale du produit, et peut être encore précisé en deux sous-critères : les opérateurs chinois doivent premièrement disposer en Chine du droit de propriété intellectuelle sur ce produit ; ils doivent deuxièmement posséder la marque de ce produit. Le second critère concerne l'innovation technique, pour laquelle trois sous-critères sont imposés : la technologie doit être la plus avancée du monde pour la même catégorie de produits ; le degré d'innovation doit être élevé

1511 Article 3 de de l'arrêté ministériel n°185 de 2004 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits d'économie des énergies, et article 3 de l'arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique (2004 年财库[2004]185 号《节能产品政府采购实施意见》第 3 条, 2006 年财库[2006]90 号《关于环境标志产品政府采购实施意见》第 3 条).

1512 Article 3 de de l'arrêté ministériel n°185 de 2004 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits d'économie des énergies, et article 3 de l'arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique (2004 年财库[2004]185 号《节能产品政府采购实施意见》第 3 条, 2006 年财库[2006]90 号《关于环境标志产品政府采购实施意见》第 3 条).

au regard des technologies antérieures ; le produit doit avoir obtenu les certificats de qualité exigés par l'administration. Le troisième critère concerne le potentiel du produit : il doit avoir une grande potentiel d'économie et au regard marché, ou pouvoir remplacer les produits importés de la même catégorie.¹⁵¹³ Bien que ces critères soient plus précis que ceux adoptés dans le cas précédent, ils restent loin d'être la sorte de critères qui peuvent être objectivement appréciés. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration subsiste donc très largement dans l'appréciation de ces critères.

Ensuite, par rapport à la procédure de formulation de ces catalogues, pour l'essentiel il ne s'agit pas d'une procédure de sélection concurrentielle et transparente, mais plutôt d'une procédure administrative interne d'examen et d'autorisation.

En ce qui concerne les catalogues des produits favorisant l'économie d'énergie et ceux sous label écologique, les opérateurs qui souhaitent y figurer doivent tout d'abord déposer une demande pour obtenir le certificat reconnu par les ministères et commissions compétents ;¹⁵¹⁴ ensuite, il appartient à ces derniers de sélectionner parmi les opérateurs qui ont déjà été certifiés, d'après les critères matériels susmentionnés la liste initiale d'opérateurs et de produits éligibles à figurer dans le catalogue ;¹⁵¹⁵ puis, les ministères ou commissions compétents vont procéder à la notification ouverte de cette liste, en demandant à ces opérateurs de fournir d'autres dossiers justificatifs ; en même temps, des avis d'opposition contre tel ou tel produit ou opérateur peuvent aussi être déposés devant l'administration.¹⁵¹⁶

1513 Article 4 de l'arrêté ministériel n°539 de 2006 relative au régime temporaire de certification des produits relevant de l' innovation nationale (dérogé) (2006 年国科发计字[2006]539 号《国家自主创新产品认定管理办法(试行)》(废止) 第 4 条).

1514 Article 1(1) de la guide pour demander d'être enregistré dans le catalogue des marchés publics des produits avec label écologique (« 申报进入“环境标志产品政府采购清单”办事指南 »第 1 条第 1 点).

1515 Article 1(2) de la guide pour demander d'être enregistré dans le catalogue des marchés publics des produits avec label écologique (« 申报进入“环境标志产品政府采购清单”办事指南 »第 1 条第 2 点).

1516 Article 1(3) de la guide pour demander d'être enregistré dans le catalogue des marchés publics des produits avec label écologique (« 申报进入“环境标志产品政府采购清单”办事指南 »第 1 条第 3 点).

Enfin, après l'examen des dossiers complets et des avis d'opposition éventuels, la liste finale des produits et opérateurs sera diffusée dans les sites web des ministères ou commissions compétents.¹⁵¹⁷ Evidemment, il s'agit d'une procédure formaliste établie autour les démarches d'examen et d'autorisation de l'administration.

En ce qui concerne le catalogue des produits issus de l'innovation nationale, la procédure est encore plus formaliste. Les opérateurs qui tendent à y entrer doivent tout d'abord déposer une demande devant les services des sciences et technologies au niveau provincial¹⁵¹⁸ ; ensuite, il appartient à ces derniers d'examiner les dossiers justificatifs et de proposer au ministère des sciences et technologies une liste des opérateurs et produits éligibles¹⁵¹⁹ ; puis le ministère va réexaminer les dossiers justificatifs et formuler la liste initiale d'opérateurs et produits éligibles ; enfin, après notification ouverte de cette liste initiale, à la suite du traitement des avis d'opposition éventuels, la liste définitive sera officiellement diffusée, et comme catalogue des produits issus de l'innovation nationale.¹⁵²⁰

Clairement, sur la base des critères matériels et des procédures formalistes précités, les ministères et commissions compétents gardent un pouvoir discrétionnaire très large pour sélectionner les produits et les opérateurs éligibles, et ils disposent aussi d'une marge de manœuvre procédurale très considérable dans l'élaboration de ces catalogues. A travers un tel intermédiaire, la poursuite des objectifs d'ordre écologique et d'innovation nationale dans le

1517 Article 1(4) de la guide pour demander d'être enregistré dans le catalogue des marchés publics des produits avec label écologique (« 申报进入“环境标志产品政府采购清单”办事指南 »第 1 条第 4 点).

1518 Article 5 de l'arrêté ministériel n°539 de 2006 relative au régime temporaire de certification des produits relevant de l' innovation nationale (dérogé) (2006 年国科发计字[2006]539 号《国家自主创新产品认定管理办法(试行)》(废止)第 5 条).

1519 Article 6 de l'arrêté ministériel n°539 de 2006 relative au régime temporaire de certification des produits relevant de l' innovation nationale (dérogé) (2006 年国科发计字[2006]539 号《国家自主创新产品认定管理办法(试行)》(废止)第 6 条).

1520 Article 8 de l'arrêté ministériel n°539 de 2006 relative au régime temporaire de certification des produits relevant de l' innovation nationale (dérogé) (2006 年国科发计字[2006]539 号《国家自主创新产品认定管理办法(试行)》(废止)第 8 条).

cadre des marchés publics peut être bien contrôlée avec toute facilité par le gouvernement central, notamment par les ministères et commissions compétents.

En ajoutant la distribution obligatoire des fonds publics en faveur des PME imposée par le ministère des finances publiques, force est de constater que le champ d'application de l'utilisation stratégique des marchés publics a été fermement maîtrisé par les ministères et commissions compétents du gouvernement central. Une modalité de réglementation centralisée peut ainsi être clairement identifiée.

Néanmoins, la réglementation centralisée de tous les conflits engendrés éventuellement par l'utilisation stratégique des marchés publics est très susceptible d'engendrer des nouveaux problèmes. En bref, la solution de conciliation imposée par le gouvernement central n'est très probablement pas le produit d'une réflexion rationnelle et synthétique sur la base de tous les éléments pertinents, mais plutôt le résultat d'un compromis entre différentes visées fragmentaires se basant sur des intérêts particuliers et des conflits de forces sectorielles.

En effet, les pouvoirs publics chinois ont déjà réalisé un tel problème :

« Depuis les dernières années, les différents secteurs et collectivités territoriales ont relevé de plus en plus de demandes d'utilisation stratégique des marchés publics pour les nouvelles politiques publiques. Certaines collectivités territoriales ont même mis en vigueur de leur propre initiative une telle utilisation stratégique. Néanmoins, il faut réaliser que certaines de ces pratiques sont contraires à des exigences de l'AMP de l'OMC, ainsi qu'à des promesses d'ouverture données par l'Etat ; elles ont de plus violé le principe de concurrence consacré par la loi relative aux marchés publics de 2003, voire sont utilisées comme un moyen de mettre en œuvre un protectionnisme territorial. »¹⁵²¹

¹⁵²¹ Trésor Public, Bureau des affaires des marchés publics, Direction des affaires juridiques du ministère des finances publiques, Direction des finances et d'économie du bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l'Etat, *op.cit.*, p.22-23.

Dans ce contexte, en vue de stopper ces pratiques abusives, les pouvoirs publics chinois ont décidé de davantage renforcer la réglementation centralisée. Précisément, le décret d'application n°658 de la loi relative aux marchés publics en 2015 a défini expressément l'organe compétent pour établir la politique d'achat unitaire. Selon son article 6, les pouvoirs publics ont posé que : « en prenant en compte des politiques publiques de l'Etat en matière de développement économique et social, le ministère des finances publiques doit établir, en délibérant avec d'autres ministères ou commissions, la politique d'achat. »¹⁵²² Par-là, nous pouvons dégager au moins deux conséquences importantes. En premier lieu, les collectivités territoriales se voient désormais interdire d'assigner de leur propre initiative la mise en œuvre de nouvelles politiques publiques par l'intermédiaire des marchés publics : ainsi, la politique d'achat dans chaque collectivité territoriale ne peut être formulée que dans le cadre défini par le ministère des finances publiques. En second lieu, le ministère des finances publiques se trouve désormais officiellement au centre de la mission de définition de la politique d'achat, au regard d'autres ministères ou commissions. C'est-à-dire que désormais, les différentes initiatives d'utilisation stratégique des marchés publics pour soutenir les nouvelles politiques publiques doivent être rassemblées et toutes soumises au ministère des finances publiques. Il appartient alors à ce dernier de formuler une solution rationnelle et synthétique.

En résumé, en vue de résoudre les problèmes engendrés par la modalité de réglementation centralisée, les pouvoirs publics chinois ont renforcé la structure de base au service de la réglementation centralisée. Ainsi, les effets discriminatoires engendrés éventuellement par l'utilisation stratégique sont tolérables pour les pouvoirs publics chinois, mais sous réserve que le point d'équilibre soit formulé dans le cadre de la modalité de réglementation centralisée, sinon, ils sont inadmissibles.

¹⁵²² Article 6 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 6 条).

Conclusion du premier chapitre

Dans la recherche des équilibres entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics, nous pouvons clairement constater que, les méthodes adoptées en France et en Chine sont entièrement différentes. Ces différences se traduisent principalement par les deux aspects suivants.

En premier lieu, la nature du régime des marchés publics se présente de manière très différente aux yeux des pouvoirs publics de ces deux pays.

En France, le régime des marchés publics est toujours considéré pour l'essentiel comme un instrument d'approvisionnement. Ceci a été cristallisé dans le principe de neutralité des marchés publics, enraciné depuis le début dans le régime des marchés publics en France. Ultérieurement, même face à la tendance à une utilisation stratégique des marchés publics, un critère additionnel ne peut être intégré dans les critères de sélection des offres que sous réserve de l'existence d'un lien entre ce critère et l'objet du marché. En même temps, le juge de différents niveaux a notablement enrichi et élargi les concepts de « l'objet du marché » et de « l'offre économiquement la plus avantageuse », en les faisant sortir du domaine strictement économique et se détacher des caractéristiques intrinsèques d'un produit. Ainsi, ces concepts recouvrent désormais les aspects situés à la périphérie du noyau matériel d'un produit, et les espaces laissés à l'utilisation stratégique des marchés publics sont dès lors considérablement élargis. En bref, dans le cas de la France, les marchés publics peuvent être stratégiquement utilisés en tant qu'un outil d'intervention publique, mais à la condition de ne pas épuiser totalement sa nature d'instrument d'approvisionnement.

En revanche, en Chine, le régime des marchés publics ne s'est pas attaché si strictement à la nature de l'instrument d'approvisionnement. Même dans la genèse du régime, le législateur chinois a déjà prévu une base juridique pour l'utilisation stratégique des marchés publics. Ultérieurement, la nature du régime des marchés publics oscille constamment entre une conception comme instrument d'approvisionnement et une conception comme outil

d'intervention publique, en fonction notamment de l'importance, aux yeux de la volonté politique, de la politique publique poursuivie en l'espèce. Dans ces conditions, on peut même envisager que, pourvu que la volonté politique estime qu'une politique publique donnée présente une importance suffisante, les pouvoirs publics chinois vont transformer sans aucune hésitation les marchés publics en un outil d'intervention publique, au mépris de la fonction de procurement qui leur est traditionnellement assignée.

En second lieu, l'attitude adoptée par les pouvoirs publics français et chinois envers les effets discriminatoires engendrés éventuellement par l'utilisation stratégique des marchés publics est également différente.

En France, sous la surveillance du juge de différents niveaux, les pouvoirs publics français restent très vigilants envers les effets discriminatoires issus de l'utilisation stratégique des marchés publics. A titre d'illustration, le régime de réservation des marchés n'a plus été utilisé depuis 2006 par les pouvoirs publics français afin d'accroître l'accès des PME aux marchés publics, en raison notamment de la disproportionnalité de ses effets discriminatoires au regard de l'objectif poursuivi. De plus, par rapport à la possibilité d'intégration de critères additionnels de sélection des offres, sur la base de l'exigence d'une concurrence effective, le juge de différents niveaux a imposé une série de conditions assez strictes pour encadrer leur utilisation : Premièrement, ces critères additionnels doivent être de nature à pouvoir être objectivement appréciés par l'acheteur, afin d'éviter toute démarche arbitraire dans le processus d'évaluation. Deuxièmement ils ne peuvent pas engendrer en l'espèce d'effets discriminatoires directs ou indirects ; une pondération raisonnable de ces critères est alors exigée, qui dépend essentiellement de l'appréciation concrète du juge d'espèce. Troisièmement, quant à la dernière condition, ils doivent rester neutres quant à la politique générale des concurrents, afin d'éviter de perturber leurs activités générales sur le marché. Force est ainsi de constater qu'une vigilance particulière est apportée en France envers toutes les incidences discriminatoires engendrées éventuellement par l'utilisation stratégique des

marchés publics.

Néanmoins, ce n'est pas le cas en Chine : au regard de leurs homologues français, les pouvoirs publics chinois sont beaucoup plus tolérants envers ces effets discriminatoires. Par exemple, sans examiner le problème de la légalité sur la base du principe de proportionnalité, le régime de réservation des marchés a été largement utilisé en Chine. Un cadre de concurrence restreinte est ainsi formulé dans la poursuite de maintes politiques publiques au travers les marchés publics, notamment la politique d'accroissement de l'accès des PME aux marchés publics. De plus, les critères additionnels sont aussi amplement autorisés, voire imposés, pour être intégrés dans les critères de sélection des offres, sans que leur légalité soit mise en cause au nom de la protection d'une concurrence effective. Ceci débouche alors sur un cadre de concurrence déséquilibrée en faveur de certains opérateurs ou produits. On peut notamment relever, en ce qui concerne la modalité de mise en œuvre de ces critères additionnels, d'un côté, que les proportions de décompte ou l'addition de notes sur l'évaluation de certains critères ont été étroitement imposées de façon unitaire par les pouvoirs publics chinois, et d'un autre côté, que les contenus d'autres critères favorisant une telle ou telle catégorie des produits sont librement fixés par l'acheteur. A cet égard, les pouvoirs publics chinois n'ont exigé ni d'une pondération raisonnable, ni d'objectivité dans l'appréciation et l'évaluation de ces critères.

Derrière cette différence d'attitude, de manière encore plus profonde, nous pouvons même constater que la manière d'équilibrer l'utilisation stratégique des marchés publics avec l'exigence de la concurrence effective est aussi absolument divergente entre ces deux pays.

En France, cette modalité a déjà été transformée par le passage d'une réglementation centralisée à une régulation décentralisée. Précisément, aujourd'hui, au lieu d'essayer de fixer une politique d'achat uniforme, cohérente et rationnelle pour tous les acheteurs au niveau du gouvernement central uniformément, les pouvoirs publics français se bornent désormais à poser les outils juridiques disponibles pour l'acheteur et n'imposent qu'une limite de base liée

à la concurrence effective. Dans ce cadre, chaque acheteur est donc libre de choisir les outils nécessaires pour la réalisation des objectifs de politiques publiques qu'il privilégie, sous réserve de respecter strictement les exigences issues de la concurrence effective.

En Chine, même si les pouvoirs publics chinois ont perçu les problèmes inhérents à la réglementation centralisée, ils n'ont pas cherché à l'abandonner et à la transformer, comme c'est le cas en France, en une régulation décentralisée. Au contraire, les pouvoirs publics chinois persistent à la maintenir, voire à la renforcer : Ainsi, depuis l'entrée en vigueur du décret d'application de la loi relative aux marchés publics de 2015, il appartient désormais officiellement au ministère des finances publiques de concilier les initiatives diverses d'utilisation stratégique des marchés publics et de fixer une politique d'achat rationnelle et synthétique. Une telle politique d'achat sera ensuite imposée uniformément à chaque acheteur par l'intermédiaire de la distribution des fonds publics et des catalogues destinés à permettre la mise en œuvre des politiques publiques. Les mesures concrètes visant à cette mise en œuvre ont également été fixées par les normes juridiques. Dans ces conditions, l'acheteur ne dispose en réalité pas d'une large marge de manœuvre dans la réalisation de l'utilisation stratégique des marchés publics. Il n'existe non plus pour l'acheteur, comme c'est le cas en France, de limite de base liée à la concurrence effective.

En somme, après avoir analysé les deux différences susmentionnées, une observation fondamentale s'impose de toute évidence.

Contrairement à ce qui est le cas en France, les méthodes adoptées en Chine pour équilibrer libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics s'attachent en réalité à une finalité de fond : il faut en définitive assurer que le gouvernement central possède un pouvoir de contrôle dominant sur tous les aspects de l'utilisation stratégique des marchés publics. Se basant sur cette logique, le principe de neutralité des marchés publics ne peut donc pas exister en Chine, parce que tout simplement un tel principe est susceptible de limiter des pratiques destinées à poursuivre certaines politiques publiques jugées importantes par la

volonté politique. Pareillement pour les exigences issues de la concurrence effective, les pouvoirs publics chinois ne vont pas établir pour les acheteurs une limite de base liée à celles-ci, parce que tout simplement ces exigences vont très probablement enchaîner ces mêmes pratiques visant à la poursuite de telle ou telle politique. Dès lors, en ce qui concerne les atteintes à des intérêts divers (comme la bonne utilisation des deniers publics, la satisfaction des besoins de l'acheteur et la concurrence effective du marché etc.), qui résultent éventuellement de ces pratiques illimitées, selon cette logique, nous ne pouvons que toutes les porter à la connaissance du gouvernement central, et lui demander de trouver un point d'équilibre final qui les prenne en compte, au regard des intérêts de politiques publiques poursuivis par l'utilisation stratégique des marchés publics.

Une telle logique observée en Chine nous fait naturellement penser à l'époque des années 1960 en France, où l'Etat était qualifié d'« Etat Démonstrateur »¹⁵²³. A cette époque, l'utilisation des marchés publics était soumise à une logique rationalisée au niveau global de l'Etat. Ainsi, on peut se demander si l'engouement actuel des pouvoirs publics chinois pour ce modèle est simplement dû à la différence de développement du régime des marchés publics en Chine au regard de la France. En effet, au regard de l'histoire de presque deux cents ans que connaît ce régime en France, celui qui est mise en œuvre en Chine reste très récent, ayant seulement une vingtaine d'années. Autrement dit, on peut imaginer que, au fil du temps, le régime des marchés publics chinois va évoluer progressivement et certainement vers une modalité de régulation décentralisée comme c'est le cas en France.

Il existe effectivement des indices en Chine qui nous conduisent à soutenir une telle hypothèse. Premièrement, comme nous l'avons déjà vu dans la première partie de la présente thèse, comme en France, la libéralisation exogène a eu une influence considérable sur le régime des marchés publics en Chine. Ceci aboutit ainsi à une responsabilisation des acheteurs, et logiquement les acheteurs sont ainsi davantage incités à être autonomes dans

1523 Georges Dumas, *op.cit.*, p.347.

leurs activités relatives aux marchés publics. En effet, ce courant a aussi influencé l'utilisation stratégique des marchés publics : le vice-ministre des finances publiques chinois a indiqué dans un discours de 2015 qu'« il convient de préciser la responsabilisation de l'acheteur (主体责任), et d'augmenter les initiatives de chaque acheteur dans l'exécution de la politique d'achat. »¹⁵²⁴ Et deuxièmement, la sévère pression internationale a effectivement forcé le gouvernement chinois à abandonner, au nom du refus du protectionnisme international, son initiative de poursuivre à travers les marchés publics sa politique de promotion de l'innovation nationale. Une série de mesures particulièrement interventionnistes destinées à la réalisation de cette politique a ainsi été totalement paralysée. Ceci témoigne clairement encore une fois de l'influence sensible de la tendance à la libéralisation exogène sur l'utilisation stratégique des marchés publics en Chine.

En fin de compte, il convient sérieusement de se demander si, dans la tendance actuelle à la convergence dans la libéralisation des marchés publics, les différences précitées entre ces deux pays sur les méthodes d'équilibrage seront aussi balayées à l'avenir. Précisément, est-ce que les méthodes d'équilibrage adoptées en Chine évolueront pour à l'avenir se rapprocher davantage de celles adoptées en France ?

Pour répondre à une telle question, nous sommes incités en fait à nous demander s'il existe certains obstacles substantiels à la transplantation des méthodes d'équilibrage en France vers le régime des marchés publics en Chine. Nous allons constater qu'il existe effectivement de tels obstacles, et qu'ils s'attachent étroitement à une série de particularismes nationaux sous-jacents au droit chinois.

1524 LIU Kun, « Renover l'idée de la réforme, axée sur les résultats », *op.cit.*, p.22.

Chapitre 2. Les divergences de fond entre la France et la Chine liées aux particularismes nationaux

Il existe effectivement une série de divergences de fond entre les régimes juridiques de la France et de la Chine. En matière de marchés publics, ces divergences constituent alors des obstacles substantiels ayant pour effet de freiner la transposition vers la Chine des méthodes adoptées en France d'équilibrer libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics.

Plus précisément, ces obstacles peuvent être cristallisés en deux points plus concrets. Il s'agit en premier lieu de l'absence en Chine d'une structure au service de l'équilibre, qui a été en revanche fermement installée en France (Section 1), et en second lieu de la différente attitude sur l'idéologie du libéralisme adoptée par le droit public en France comme en Chine (Section 2).

Section 1. Les structures divergentes au service de l'équilibre

Après avoir analysé la recherche d'équilibre en France et en Chine dans le chapitre précédent, nous pouvons retenir que les concepteurs du régime des marchés publics en France tendent en fait à parachever l'équilibre à travers une structure fondée sur les principes et règles juridiques, alors qu'en Chine, on confie plutôt cette mission à la volonté politique pour réaliser un équilibre essentiellement pragmatique. Alors, dans la recherche d'un équilibre entre libéralisation et utilisation des marchés publics, est-il possible d'établir en Chine une structure d'équilibre similaire à celle qui existe en France ?

Afin de répondre à cette question, il est nécessaire de réexaminer la structure de l'équilibre établi en France. Schématiquement, une telle structure peut être résumée autour des deux points suivants : d'un côté, la définition de la politique d'achat est décentralisée à chaque acheteur, auquel il revient désormais d'arbitrer entre les objectifs de politiques publiques en fonction de circonstances d'espèce ; et d'un autre côté, une limite de base est fixée pour toutes les activités relevant des marchés publics, afin d'assurer une concurrence effective, et il appartient spécifiquement au juge de sanctionner tous les comportements discriminatoires.

En ce qui concerne le premier point, des réformes similaires viennent d'être déclenchées en Chine, à travers notamment les réformes en matière de droit budgétaire et d'organisation interne des acheteurs. Comme nous l'avons déjà montré, à partir de 2014, la responsabilisation des collectivités territoriales a été sensiblement accélérée par la réforme des relations budgétaires entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il s'agit notamment d'une régularisation des voies d'emprunt pour les collectivités territoriales¹⁵²⁵, et de la détermination d'un plafond du montant d'emprunt qui leur est permis,¹⁵²⁶ ainsi que de la mise en place au

1525 Instruction n°43 de 2014 des avis de renforcer la réglementation des dettes des gouvernements locaux (2014 年 9 月 21 日国发[2014]43 号《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》。).

1526 Articles 34 et 35 de la loi relative au budget public de 2015 (2015 年《预算法》第 34、35 条。).

plus vite un système d'alerte sur la dette des collectivités territoriales.¹⁵²⁷ De plus, l'arrêté ministériel consistant à établir une structure de contrôle interne chez tous les acheteurs est entré en vigueur en 2014¹⁵²⁸ : la réforme visant à responsabiliser les acheteurs est donc aussi en chantier.

Néanmoins, en ce qui concerne le second point, nous n'avons pas constaté de réformes en ce sens en Chine jusqu'à maintenant. En réalité, dans le régime de recours actuel, il appartient principalement aux services des finances publiques de régler les conflits issus des activités des marchés publics, et le juge ne possède qu'un statut marginal. Plus précisément, nous allons voir ci-après que, même si un régime de recours est établi à l'instar de celui qui est consacré par l'AMP de l'OMC (§1), il pose beaucoup de problèmes en pratique dans la protection de la concurrence effective en matière de marchés publics (§2). Ceci a ainsi rendu impossible d'équilibrer en Chine de façon structurelle la libéralisation avec l'utilisation stratégique des marchés publics.

§1. Le régime de recours en droit positif chinois

En Chine, le régime de recours en matière de marchés publics est établi particulièrement par la loi relative aux marchés publics de 2003. Il s'agit pour l'essentiel d'un compromis réalisé par le législateur entre les exigences des normes internationales et les contraintes du régime juridique national.

Tout d'abord, un tel régime de recours a été conçu en suivant des conditions posées par l'AMP. En réalité, à l'époque de l'adoption de la législation de 2003, après l'accès historique de la Chine à l'OMC en 2001, on a généralement préparé la participation de la Chine à l'AMP : par exemple, un auteur a estimé que l'accès officiel de la Chine pourrait intervenir

¹⁵²⁷ La circulaire n°88 de 2016 relative au programme de traitement d'urgence face au risque des dettes des gouvernements locaux (2016 年 10 月 27 日国办函[2016]88 号《地方政府性债务风险应急处置预案》。).

¹⁵²⁸ Arrêté ministériel n°21 de 2012 relative aux régime temporaire de la structure de contrôle intérieur pour l'établissement public (2012 年 11 月 29 日财会[2012]21 号《行政事业单位内部控制规范 (试行)》。).

entre 2010 et 2020.¹⁵²⁹ Dans ce contexte, le régime de recours prévu dans la loi de 2003 a donc largement pris en compte les exigences posées par l'AMP : le rapporteur de la proposition de législation relative aux marchés publics a même souligné que « dans le futur, lorsque la Chine sera devenue officiellement l'Etat membre de l'AMP de l'OMC, on ne sera obligé d'effectuer qu'une modification partielle (afin de remplir les exigences de l'AMP), la stabilité d'ordre juridique ne sera pas affectée de manière très grave. »¹⁵³⁰

Précisément, d'après l'article 20 de l'AMP de 1994, qui est valable à l'époque de la législation relative aux marchés publics de 2003, le régime de recours consacré par l'AMP est divisé en deux stades, à savoir la Consultation et la Contestation. Dans le premier, les opérateurs sont encouragés à régler les conflits en consultation avec l'acheteur.¹⁵³¹ Dans le second, les opérateurs peuvent toujours contester devant « un tribunal ou (...) un organe d'examen impartial et indépendant n'ayant aucun intérêt dans le résultat de l'adjudication et dont les membres sont à l'abri d'une influence extérieure pendant la durée du mandat »¹⁵³². Et spécifiquement pour garantir l'impartialité de l'examen de l'organe en dehors de tribunal, l'AMP exige qu'un tel organe « ou bien (...) fera l'objet d'un examen judiciaire, ou bien (...) appliquera des procédures en vertu desquelles » les garanties d'une procédure régulière et équitable seront respectées¹⁵³³.

En transposant une telle modalité en Chine, le législateur chinois a formulé la structure basique du régime de recours actuel. Dans les articles 52, 53 et 54 de la loi de 2003, la voie de recours en consultation est établie pour régler les conflits de façon amicale entre les parties aux marchés publics : « l'opérateur peut déposer une demande de consultation par écrit devant

1529 ZHANG Zhaodong, ZHANG Xiaodong, « La Chine et l'AMP », *Marchés publics en Chine* n°5 2001, p.21. (张照东, 郭小东: “中国与政府采购协议”, 《中国政府采购》2001年第5期, 第21页。).

1530 YAO Zhenyan, *op.cit.*, p.45.

1531 Article XX 1 de l'AMP de l'OMC de 1994.

1532 Article XX 6 de l'AMP de l'OMC de 1994.

1533 Article XX 6 de l'AMP de l'OMC de 1994.

l'acheteur, s'il considère que les documents de consultation, la procédure de passation et les résultats de l'attribution des marchés publics ont porté atteinte à son droit ou ses intérêts. »¹⁵³⁴

De plus, la voie de recours en contestation est ensuite établie dans les articles 55, 56 et 57 : « l'opérateur peut toujours contester devant les organes chargés de la réglementation des marchés publics la réponse donnée par l'acheteur après la consultation ou, à défaut, le refus de répondre après la consultation. »¹⁵³⁵

Par cet article, il faut cependant retenir qu'en Chine le pouvoir de traiter ces contestations n'a pas été confié au tribunal, mais a été confié aux services des finances publiques de chaque niveau du gouvernement, qui sont chargés normalement de la réglementation des marchés publics.

Même si, quant à l'attribution de cette compétence, il y a eu un débat au stade de la préparation de la législation¹⁵³⁶, l'opinion dominante reste d'octroyer cette compétence aux services des finances publiques.¹⁵³⁷ La raison principale de ce choix résulte essentiellement du fait que, comme nous l'avons déjà constaté dans la première partie de la présente thèse, depuis la genèse du régime des marchés publics en Chine le ministère des finances publiques se trouve toujours au centre des réformes en cette matière. A titre d'illustration, on peut notamment rappeler que l'établissement du régime des marchés publics a initialement été considéré comme un élément de la réforme des dépenses publiques, qui relève naturellement

1534 Article 52 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 52 条).

1535 Article 55 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 55 条).

1536 YAO Shen, « Les problèmes majeurs dans l'établissement du cadre général du régime des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°3 2001, p.17 (姚胜: “建立我国政府采购法律制度框架的几个问题”, 《中国政府采购》2001 年第 3 期, 第 17 页。).

1537 YAO Shen, « Les problèmes majeurs dans la législation actuelle relative aux marchés publics », *op.cit.*, p.10-11. WU Tao, « Synthèse des débats sur la législation relative aux marchés publics en Chine », *Marchés publics en Chine* n°4 2001, p.20. CHI Haibing, « L'avancement et les caractéristiques de la législation relative aux marchés publics en Chine », *Marchés publics en Chine* n°4 2001, p.6 (姚胜: “当前我国政府采购立法中应注重的几个问题”, 《中国政府采购》2001 年第 2 期, 第 10-11 页; 吴韬: “我国政府采购立法综述”, 《中国政府采购》2001 年第 4 期, 第 20 页; 迟海滨: “政府采购立法进展与特点”, 《中国政府采购》2001 年第 4 期, 第 6 页。).

de la compétence du ministère des finances publiques.¹⁵³⁸ Ainsi, dès le début, le statut dominant du ministère des finances publiques a déjà été posé dans la réglementation des activités des marchés publics en Chine. En conséquence, la mise en œuvre du régime des marchés publics nécessite naturellement le soutien du ministère des finances publiques, ce qui constitue en fait une contrainte pratique qui s'impose aux concepteurs du régime des marchés publics en Chine. Dans ces conditions, il est ainsi aisé de comprendre l'attribution aux services des finances publiques de la compétence de régler les conflits en la matière. Et par ailleurs, certainement, à cause de cette attribution de compétence, le statut dominant du ministère des finances publiques dans la réglementation des activités des marchés publics en Chine est encore consolidé.

Néanmoins, afin de se conformer aux exigences issues de l'AMP sur le cas où un organe autre qu'un tribunal dispose de pouvoir d'examiner la contestation, le législateur a expressément prévu, pour les décisions rendues sur la contestation par les services des finances publiques, une voie de recours devant le pouvoir juridictionnel. Précisément, selon l'article 58, « la personne qui a déposé la contestation peut légalement demander un réexamen administratif ou déposer une requête devant la cour populaire, si elle n'est pas satisfaite de la décision rendue par les services des finances publiques sur sa contestation, ou si ces derniers n'ont pas donné de réponse dans le délai prévu. »¹⁵³⁹

Concernant cette voie de recours juridictionnel, il faut noter qu'il ne s'agit pas d'une création législative spécifiquement destinée à traiter les conflits issus des marchés publics. En réalité, ici le législateur n'a procédé qu'à une articulation du régime de contestation en matière de marchés publics avec le régime du contentieux administratif existant déjà dans le droit public chinois : la décision de la contestation rendue par les services des finances publiques est qualifiée de décision administrative, donc c'est un acte administratif unilatéral,

1538 ZHANG Tong, *op.cit.*, p.5.

1539 Article 58 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 58 条).

qui constitue justement l'objet du contentieux administratif en Chine, posé par l'article 11 de la loi relative au contentieux administratif de 1989¹⁵⁴⁰. L'article 58 précité de la loi relative aux marchés publics de 2003 a ainsi seulement donné une confirmation explicite de ce lien juridique. A travers cela, le régime de recours, de consultation et de contestation en matière de marchés publics est donc bien articulé avec les voies de recours existant déjà dans le régime juridique chinois : ils ont ainsi constitué ensemble le régime de recours en matière de marchés publics en Chine.

En fin de compte, nous pouvons voir que, en s'inspirant du modèle consacré par l'AMP, le régime de recours visant à traiter les conflits issus des activités des marchés publics s'est en réalité bien intégré dans le régime existant du droit chinois, en respectant à la fois le statut dominant des services des finances publiques en cette matière et le régime de recours déjà existant dans le droit public chinois. Dans ce sens, nous pouvons donc dire qu'il s'agit d'un résultat de compromis réalisé par le législateur chinois entre les exigences des normes internationales et les contraintes du régime juridique national.

Par les efforts précédents, le régime de recours en matière de marchés publics en Chine a été édifié par le législateur. Un tel régime se compose précisément de trois stades successifs.

Par rapport au premier stade, à savoir la Consultation, « l'opérateur peut déposer une demande de consultation par écrit devant l'acheteur, s'il considère que les documents de consultation, la procédure de passation ou les résultats de l'attribution des marchés publics ont porté atteinte à son droit ou ses intérêts. Une telle demande de consultation ne peut être déposée que pendant 7 jours ouvrés à partir de la date à laquelle il a constaté le préjudice ou doit le constater. »¹⁵⁴¹ L'acheteur est tenu de donner la réponse dans un délai de 7 jours

1540 Article 11 de la loi relative au contentieux administratif de 1989 (1989 年《行政诉讼法》第 11 条), voir aussi, YING Songnian, *Le droit administratif et le droit du contentieux administratif* 2^e édition, Law Press 2009, p.462-463 (应松年：《行政法与行政诉讼法》，第二版，法律出版社 2009 年，第 462-463 页。).

1541 Article 52 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 52 条).

ouvrés à partir de la réception de la demande, et aucun secret commercial ne peut être invoqué dans la réponse.¹⁵⁴²

Ensuite, dans le deuxième stade, à savoir la Contestation, à partir de l'expiration des délais de 7 jours précités, l'opérateur peut continuellement contester, dans un délai de 15 jours ouvré, devant les services des finances publiques de même niveau de l'acheteur, la réponse donnée par l'acheteur après la consultation ou, à défaut, le refus de répondre après les délais prévus.¹⁵⁴³ Le service des finances publiques compétent est obligé de traiter la contestation en 30 jours ouvré.¹⁵⁴⁴ Et pendant le traitement de la contestation, en considération de circonstances d'espèce, le service des finances publiques compétent peut ordonner à l'acheteur de suspendre l'exécution des activités de ce marché public, à la seule condition que la durée de la suspension ne puisse pas dépasser le délai de 30 jours.¹⁵⁴⁵

Enfin, pour mettre en cause la décision rendue par les services des finances publiques sur la contestation, deux voies alternatives sont fournies par le législateur. Pour la première, l'opérateur qui n'est pas satisfait par la décision de la contestation peut saisir, dans les 60 jours qui suivent le moment où il a connaissance, ou doit avoir connaissance, de la décision contestée, le service des finances publiques supérieur du service des finances publiques compétent, ou le gouvernement au même niveau de ce dernier, pour demander un réexamen administratif.¹⁵⁴⁶ Dans le cas où il est insatisfait du résultat de réexamen, l'opérateur peut continuer à saisir le juge administratif dans un délai de 15 jours pour contester la légalité de la décision de réexamen. Deuxièmement, l'opérateur qui n'est pas satisfait par la décision prise sur sa contestation peut saisir directement le juge administratif afin de contester la légalité de la décision rendue par le service des finances publiques, dans les trois mois qui suivent le

1542 Article 53 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 53 条).

1543 Article 55 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 55 条).

1544 Article 56 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 56 条).

1545 Article 57 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 57 条).

1546 Article 9 de la loi relative au réexamen administratif de 1999 (1999 年《行政复议法》第 9 条).

moment où il a connaissance, ou doit avoir connaissance, de la décision contestée.¹⁵⁴⁷

§2. Les déficiences du recours dans les pratiques juridictionnelles en Chine

Néanmoins, un tel régime de recours a posé beaucoup de problèmes en pratique en Chine, notamment dans la protection de la concurrence effective en matière de marchés publics. Nous allons les analyser concrètement ci-après.

1. L'inefficacité du régime de recours

Il faut indiquer que l'efficacité de ce régime de recours dans la protection de la concurrence effective est en réalité très limitée. Comme nous l'avons déjà vu, ce régime de recours se compose de trois stades successifs, et il faut encore ajouter que la hiérarchie de ces trois stades est strictement imposée par les normes juridiques. L'action de contournement est donc absolument interdite : précisément, une des conditions pour déposer la contestation devant les services des finances publiques est que cet opérateur ait déjà demandé la consultation devant l'acheteur¹⁵⁴⁸ ; et dans la même logique, avant de saisir au juge administratif ou de déclencher le réexamen administratif, l'opérateur doit avoir déjà déposé une contestation devant le service des finances publiques compétent.¹⁵⁴⁹

L'application rigoureuse de cette hiérarchie des voies de recours a entraîné deux conséquences plus concrètes, qui ont porté une atteinte considérable à l'efficacité de recours dans la protection de la concurrence effective.

Quant à la première conséquence, à cause de la hiérarchie imposée entre les voies de recours, les moyens invoqués dans les stades postérieurs doivent avoir déjà été invoqués aux

1547 Article 39 de la loi relative au contentieux administratif de 1989 (1989 年《行政诉讼法》第 39 条).

1548 Article 10 de l'arrêté ministériel n°20 de 2008 relatif au régime de traiter la contestation déposée par les fournisseurs dans le cadre des marchés publics (2008 年财政部令第 20 号《政府采购供应商投诉处理办法》第 10 条).

1549 Article 24 de l'arrêté ministériel n°20 de 2008 relatif au régime de traiter la contestation déposée par les fournisseurs dans le cadre des marchés publics (2008 年财政部令第 20 号《政府采购供应商投诉处理办法》第 24 条).

stades précédents, ce qui a sensiblement restreint la marge de recours laissée à l'opérateur lésé pour contester la régularité des activités des marchés publics.

En effet, la loi relative aux marchés publics de 2003 n'a pas expressément imposé une telle limitation sur les moyens pouvant être invoqués, bien que les termes employés dans les dispositions corrélatives nous incitent effectivement à penser que l'objet de la contestation devant les services des finances publiques se borne éventuellement aux contenus déjà soumis à consultation. Toutefois, la clarification sur ce point est bien accomplie par le ministère des finances publiques à travers la publication d'une instruction n°01 de 2007 relative au travail de réception et d'examen des contestations déposées par l'opérateur. Selon son article 3, « les services des finances publiques doivent examiner si les moyens invoqués dans la contestation se conforment absolument à ceux inscrits dans la consultation déjà faite. Quant aux moyens de contestation qui ont dépassé ceux déjà invoqués dans la consultation, il faut les qualifier de moyens inopérants. »¹⁵⁵⁰

Une telle position restrictive a été acceptée par le juge administratif en Chine. A titre d'illustration, dans un arrêt du 16 février 2015 « Société DENGCHUAN Technique à Chongqing », le juge administratif a reconnu que le service des finances publiques de la commune de Rongchang a rendu une décision sur la contestation en examinant un moyen que l'opérateur n'a pas invoqué dans la Consultation précédente, et se basant sur ce point, la décision d'espèce est jugée illégale et ainsi annulée par le juge administratif.¹⁵⁵¹ De façon encore plus claire, dans un autre arrêt du 17 mars 2015 « Société YUANSHUO Technique à Shanghai », le juge administratif a indiqué dans son argumentation que « dans l'examen de la Contestation, les services des finances publiques ne peuvent examiner que les moyens déjà

1550 Article 3 de l'instruction n°1 de 2007 relative au travail de la réception et de l'examen des contestations déposées par l'opérateur(2007 年财库[2007]1 号《关于加强政府采购供应商投诉受理审查工作的通知》第3 条).

1551 L'arrêt Société DENGCHUAN Technique à Chongqing et le service des finances publiques de la commune de RONGCHANG, n°00068 de 2014, rendu par la cour de base de la commune de Rongchang (重庆市荣昌县人民法院 (2014) 荣法行初字第 00068 号, “重庆登川科技有限公司与荣昌县财政局案”).

invoqués par l'opérateur requérant au stade de la Consultation. »¹⁵⁵²

Dans le même ordre d'idées, le juge administratif a de même restreint les moyens pouvant être invoqués dans le contentieux administratif. Dans un arrêt du 5 août 2015, le juge administratif a conclu que « le requérant a soulevé un moyen selon lequel il n'y a que deux soumissionnaires dans la procédure de passation d'espèce, et a argué que ceci a violé la règle qui impose que dans la procédure d'appel d'offres ouvert il faut avoir au moins trois soumissionnaires à la concurrence. Néanmoins, ce moyen n'a pas été invoqué par le requérant dans la Contestation devant le service des finances publiques de la commune de SHANGRAO, il s'agit donc d'un moyen nouveau, qui n'a pas de rapport à la légalité de la décision sur la Contestation actuellement examinée devant le juge. »¹⁵⁵³ Par-là, nous pouvons déduire que les moyens qui n'ont pas été invoqués au cours de la Contestation ne peuvent pas être soulevés dans le contentieux administratif pour contester la décision prise dans ce cadre.

Après tout, l'opérateur lésé doit invoquer tous les moyens utiles dès le début de la procédure de recours, savoir le stade de la Consultation, sinon, il ne peut plus les invoquer ni dans la Contestation devant les services des finances publiques ni dans le contentieux administratif devant le juge.

Néanmoins, à cet égard, il faut ajouter que les règles encadrant les délais de recours pour demander la Consultation sont également très restrictives, ce qui augmente les obstacles au recours pour l'opérateur lésé.

Précisément, au stade de la Consultation, l'opérateur lésé ne dispose que de 7 jours ouvré

1552 L'arrêt Société YUANSUO Technique à Shanghai et le service des finances publiques de la province de JIANGSU, n°00031 de 2015, rendu par la cour supérieure de la province de JIANGSU (江苏省高级人民法院 (2015) 苏行终字第 00031 号, “上海缘硕科技有限公司与江苏省财政厅行政处罚案”).

1553 L'arrêt Société des instruments de laboratoire de Trois Couleurs de l'Université de Zhejiang et le service des finances publiques de la commune SHANGRAO, n°36 de 2015, rendu par la cour de base du district de Keqiao de SHAOXING (绍兴市柯桥区人民法院 (2015) 绍柯行初字第 36 号, “杭州浙大三色仪器有限公司与绍兴市上虞区财政局案”).

pour déposer la demande de la consultation devant l'acheteur, « s'il considère que les documents de consultation, la procédure de passation ou les résultats de l'attribution des marchés publics ont apporté atteinte à son droit ou ses intérêts. » Selon cette disposition, les trois catégories de moyens opérants sont ainsi précisés, il s'agit d'irrégularités soit dans les documents de consultation, soit concernant la procédure de passation, soit dans les résultats de l'attribution des marchés. Et pour chaque catégorie de moyen, l'opérateur doit l'invoquer dans les 7 jours « à partir de la date à laquelle il a constaté le préjudice ou doit le constater. »¹⁵⁵⁴ Par-là, l'opérateur est ainsi obligé d'invoquer immédiatement (en 7 jours), par exemple, l'irrégularité des documents de consultation dès qu'il reçoit ces documents, parce que généralement on peut estimer qu'à partir à cette date l'opérateur est en mesure de juger si ces documents ont apporté atteinte à son droit ou ses intérêts. Il en va de même pour les deux autres catégories de moyen, selon le décret d'application de la loi relative aux marchés publics de 2015 : les délais de 7 jours sont calculés respectivement à partir de la date à laquelle la procédure de passation est terminée et la date d'expiration de la publicité du résultat de l'attribution du marché.¹⁵⁵⁵

Nous pouvons ainsi constater que, pour calculer les délais de dépôt de la demande de la Consultation, le processus de passation des marchés publics est divisé par les concepteurs en trois étapes concrètes, à savoir la publication ou la transmission des documents de consultation, le déroulement de la procédure de passation, la publication du résultat de l'attribution des marchés. Pour déclencher le recours de Consultation, les moyens liés à une étape concrète doivent en fait être invoqués dès cette étape ou dans une période maximale de 7 jours après la clôture de cette étape, et si l'on passe à la prochaine étape sans les invoquer, la possibilité d'invoquer les irrégularités liées à l'étape précédente disparaît. A travers un tel mécanisme de délais de recours, la marge de recours laissée à l'opérateur lésé est ainsi encore

¹⁵⁵⁴ Article 52 de la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》第 52 条).

¹⁵⁵⁵ Article 53 du décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》第 53 条).

plus sévèrement restreinte.

Quant à la seconde conséquence, la hiérarchisation des voies de recours a injustement prolongé la durée du recours, ce qui conduit notamment l'opérateur lésé à ne pas pouvoir obtenir de solution définitive et satisfaisante sur ses demandes de recours pendant une très longue période. L'efficacité de recours est ainsi considérablement diminuée.

Schématiquement, la chaîne de recours en matière de marchés publics en Chine peut être prolongée au plus à six chaînons, si les parties des conflits persistent à débattre. Pour le premier, l'opérateur lésé doit déposer la demande de Consultation devant l'acheteur ; ensuite, il peut continuellement contester la réponse à la Consultation devant le service des finances publiques compétent ; et puis, un réexamen administratif peut être déclenché à son initiative ou à l'initiative de la partie perdante à l'issue de la Contestation ; le résultat de ce réexamen peut ensuite faire l'objet d'un contentieux administratif soit par l'opérateur lésé soit par la partie perdante du réexamen administratif soit par tous les deux ; ensuite, les deux parties ont droit de faire appel si elles ne sont pas satisfaites du jugement en premier ressort, et le juge administratif d'appel va rendre son jugement en dernier ressort ;¹⁵⁵⁶ enfin, concernant ce jugement en dernier ressort, les deux parties peuvent encore en demander la cassation soit devant la cour populaire de dernier ressort, soit devant la cour populaire à l'échelon supérieur.¹⁵⁵⁷ Evidemment, à travers ces six chaînons, la durée de recours peut être considérablement prolongée.

Pire, à travers ces recours pouvant considérablement prolongés, l'opérateur lésé n'est pas assuré de pouvoir obtenir une solution satisfaisant directement à son besoin de corriger la méconnaissance de l'obligation de publicité et de mise en concurrence. La raison tient essentiellement à la nature du contentieux administratif en Chine, qui est pour l'essentiel un recours pour excès de pouvoir : l'objet du contentieux administratif se borne ainsi à une

1556 Article 58 de la loi relative au contentieux administratif de 1989 (1989 年《行政诉讼法》第 58 条).

1557 Articles 62, 63 de la loi relative au contentieux administratif de 1989 (1989 年《行政诉讼法》第 62, 63 条).

décision administrative concrète de nature unilatérale, qualifiée par ZHANG Li d'« acte administratif concret ».¹⁵⁵⁸ Dans ces conditions, théoriquement, lorsque le juge administratif en Chine est saisi pour mettre en cause la décision prise sur la Contestation, il ne peut examiner que la légalité de cette décision et ne peut pas étendre sa compétence pour traiter des questions de légalité liées aux activités du marché public d'espèce, sachant que ces dernières ne font l'objet d'un examen qu'aux stades de la Consultation et de la Contestation.

Ce raisonnement conservateur se basant sur la théorie a aussi été accepté par la jurisprudence en pratique. A titre d'illustration, dans l'arrêt du 14 août 2013 « Société de travaux de GUANGSHA à Guangxi », le juge administratif a expressément indiqué qu'« en raison du fait que les conclusions formulées par le requérant ne concernent ni les conclusions déposées par lui dans la Contestation devant le service des finances publiques, ni la décision rendue par ce dernier sur la Contestation, il n'appartient pas à la compétence juridictionnelle dans l'affaire d'espèce de les examiner, et la présente cour populaire ne les prend donc pas en considération. »¹⁵⁵⁹ En témoigne aussi un autre arrêt du 19 mars 2015, dans lequel le juge administratif a conclu que « le requérant a demandé dans sa conclusion de requête d'ordonner au service des finances publiques d'annuler la procédure de passation de l'hôpital de LIU AN et de mettre fin à toutes les activités illégales corrélatives. Comme une telle conclusion n'appartient pas à la compétence juridictionnelle dans l'affaire d'espèce, elle ne peut donc pas être soutenue par la cour populaire. »¹⁵⁶⁰

Une telle position conservatrice du juge administratif conduit ainsi à une conséquence

1558 ZHANG Li, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs en Chine*, BRUYLANT 2009, p.109-116.

1559 L'arrêt Société de travaux de GUANGSHA à Guangxi et le service des finances publiques de la commune de Teng n°12 de 2013 rendu par la cour intermédiaire de la ville de Wuzhou de la province de GUANGXI (广西壮族自治区梧州市中级人民法院 (2013) 梧行终字第 12 号广西广厦建筑工程有限责任公司不服藤县财政局案).

1560 L'arrêt Société de la technique de KANGYUN et le service des finances publiques de la ville de LIU AN, n°00005 de 2015 rendu par la cour de base du district de Jinan de la ville de Liu an de la province de ANHUI (安徽省六安市金安区人民法院 (2015) 六金行初字第 00005 号南京康韵科技有限公司诉被告六安市财政局财政行政管理纠纷案).

insupportable : à travers le long processus de recours devant le juge administratif, il est néanmoins très probable que l'opérateur lésé ne pourra pas obtenir une solution en mesure de satisfaire directement ses besoins en corrigeant les méconnaissances des obligations de publicité et de mise en concurrence dans les activités du marché public comme la suppression des clauses ou prescriptions incitant les effets discriminatoires dans les documents de consultation, ou l'annulation d'une décision se rapportant à la passation du marché qui a néanmoins méconnu l'obligation de mise en concurrence etc. En pratique, le juge administratif va au plus annuler la décision sur la Contestation, si elle est jugée illégale. Il appartient ensuite au service des finances publiques compétent de tirer les conséquences pertinentes de l'annulation, par exemple, en prenant une nouvelle décision sur la contestation.¹⁵⁶¹

Evidemment, force est de constater que l'efficacité du régime de recours en Chine est considérablement diminuée dans la protection de la concurrence effective. Dans ces conditions, il nous apparaît difficile d'envisager la possibilité d'équilibrer de façon structurelle la libéralisation avec l'utilisation stratégique des marchés publics, sachant que, comme nous l'avons déjà indiqué, ceci demande une vigilance particulière imposée à travers notamment le régime de recours pour assurer la limite de base liée à la protection de la concurrence effective.

2. L'abstention du juge administratif dans la résolution des conflits des marchés publics

A part l'inefficacité du régime de recours dans la protection de la concurrence effective, l'abstention du juge administratif en Chine dans la résolution des conflits relatifs aux marchés publics nous incite encore plus à douter de la possibilité d'établir un équilibre structurel. C'est

¹⁵⁶¹ L'arrêt Société de l'impression de CHUANYIN et le service des finances publiques de JINTANG, n°3 de 2015 rendu par la cour de base de la ville de Pengzhou de la province de SICHUAN (四川省彭州市人民法院 (2015) 彭州行初字第3号“四川川印印刷有限公司与金堂县财政局不履行投诉处理职责案”).

parce qu'à défaut d'une intervention persistante d'un organe impartial et neutre comme le juge dans la protection de la concurrence effective, la structure au service de l'équilibre devient bancal et est ainsi susceptible de s'effondrer. A cet égard, nous pouvons distinguer deux aspects concrets pour effectuer une analyse plus claire.

En premier lieu, à la différence du cas français où le juge administratif a une bonne maîtrise de la résolution des conflits issus des marchés publics, les services des finances publiques possèdent en Chine un statut dominant dans la résolution de ces conflits.

Comme nous l'avons déjà vu, sous le régime de recours en Chine, si les parties en conflit persistent à se battre, la durée de recours peut être largement prolongée. Néanmoins, dans les affaires relatives aux marchés publics, un recours qui dure trop longtemps est inutile au sens économique, parce qu'au fil du temps les intérêts commerciaux de l'opérateur lésé vont disparaître davantage. De plus, afin de garantir la stabilité de la relation contractuelle, dès que le marché est signé, bien que la méconnaissance des obligations soit constatée, les services des finances publiques ne peuvent plus mettre en cause la validité du marché, mais seulement ordonner l'indemnisation des opérateurs lésés pour les préjudices qui en résultent.¹⁵⁶² Alors, en vue d'éviter de s'enliser dans un recours trop long, la majorité des opérateurs lésés va abandonner les voies de recours ultérieures. Ainsi, la plupart des conflits issus des marchés publics sont en fait résolus au stade de la Contestation par les services des finances publiques.

Néanmoins, si l'on cherche à équilibrer de façon structurelle la libéralisation avec l'utilisation stratégique des marchés publics, le statut dominant des services des finances publiques dans la résolution des conflits posera certainement des problèmes. La raison tient au fait que, comme nous l'avons déjà vu, les services des finances publiques, faisant partie du pouvoir administratif, se voient également confier la mission de mettre en œuvre des politiques publiques. Ainsi, s'ils se chargent simultanément de la protection de la concurrence

¹⁵⁶² Article 18 de l'arrêté ministériel n°20 de 2008 relatif au régime de traiter la contestation déposée par les fournisseurs dans le cadre des marchés publics (2008 年财政部令 第 20 号《政府采购供应商投诉处理办法》第 18 条).

effective à travers la résolution des conflits, l'équilibre entre ces deux exigences sera réalisé principalement au sein des services des finances publiques et décidé par sa propre volonté. Dans ce cas, il n'existe plus d'équilibre structurel mais seulement un équilibre volontariste, qui est ainsi très susceptible de dégénérer en un compromis résultant de la préférence conjoncturelle de la volonté politique.

De plus, en second lieu, même si, comme nous l'avons évoqué, sous le modèle du REP, le juge administratif ne peut examiner que la légalité de la décision de la contestation, l'appréciation donnée par le service des finances publiques dans cette décision sur les activités des marchés publics est toujours soumise au contrôle du juge administratif. A travers cela, le juge administratif garde donc quand même un chemin lui permettant de contrôler les irrégularités de ces activités, bien qu'il s'agisse d'un chemin tout à fait sinueux. On peut alors se demander s'il est possible que le juge administratif chinois puisse réaliser un équilibre structurel satisfaisant par cette voie de contrôle ?

Outre les obstacles résultant de la hiérarchisation des voies de recours, nous allons constater que, dans le traitement des conflits issus des marchés publics, l'intensité du contrôle juridictionnel du juge administratif chinois reste essentiellement restreinte, notamment par rapport à celui qui est effectué par ses homologues en France. Ceci limite ainsi considérablement sa capacité à promouvoir l'équilibre face à des tentatives d'utilisation stratégique des marchés publics. Par-là, nous pouvons conclure que le juge administratif en Chine n'a pas en réalité été suffisamment préparé pour la mission de réalisation d'un tel équilibre.

Précisément, par rapport à l'intensité du contrôle du juge administratif, il y a des hypothèses où le juge administratif effectue un examen similaire tant en France qu'en Chine. Toutefois, dans d'autres hypothèses, le juge administratif français effectue un contrôle sensiblement plus intense que le juge administratif chinois.

Tout d'abord, en ce qui concerne les hypothèses soumises à un contrôle minimal du juge

administratif, les situations sont principalement similaires en France et en Chine. En France, comme un auteur l'a bien remarqué : « ne peut être discutée devant lui l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur, à l'issue de la consultation, sur les mérites respectifs de chacun des candidats »¹⁵⁶³. Pareillement, « le juge du référé précontractuel (...) ne contrôle pas la méthode de notation des offres choisies par le pouvoir adjudicateur, sauf cas d'erreur de droit ou de discrimination illégale. »¹⁵⁶⁴

Les situations en Chine sont globalement similaires : le juge administratif chinois n'exerce qu'un contrôle minimal sur le choix de la méthode de notation et les appréciations portées par l'acheteur sur les mérites des candidats et des offres. A titre d'exemple, dans un arrêt du 11 mars 2011, le juge administratif a bien avancé qu'il faut généralement respecter l'appréciation de la commission d'appel d'offres sur les mérites de chaque offre sauf s'« il y (a) des preuves démontrant que les membres de la commission ont une préférence évidente pour telle ou telle offre, ou (si) les règles de fonctionnement de la commission sont violées. »¹⁵⁶⁵ Dans un autre arrêt du 8 avril 2015, bien que les normes techniques du produit fourni par le titulaire du marché nuancent sur quelques points de détails les exigences formulées dans les documents de consultation, le juge administratif soutient quand même l'appréciation apportée par la commission d'appel d'offres sur ce produit en concluant que « l'appréciation et la notation effectuées par la commission d'appel d'offres sur le produit fourni par la société YANG YANG sont conformes à la méthode et aux critères de notation posés par les documents de consultation. La conclusion du requérant doit ainsi être

1563 Jean-Paul Pietri, « Pouvoir du juge en cas d'éviction d'un candidat pour capacité technique insuffisante », *Contrats et Marchés publics* n° 7, Juillet 2013, comm. 203, p.35.

1564 Willy ZIMMER, « Régularité de la méthode de notation », *Contrats et Marchés publics* n° 3, Mars 2014, comm. 77, p.31.

1565 Arrêt Société des médicaments de BOSAILUO à guangzhou et le service de la santé publique n°5 de 2011 rendu par la cour intermédiaire de la ville de Nanjing de la province de JIANGSU (江苏省南京市中级人民法院 (2011) 宁行初字第 5 号 “广州柏赛罗药业有限公司与江苏省卫生厅卫生行政管理案”).

rejetée. »¹⁵⁶⁶

Ensuite, en ce qui concerne les hypothèses où le juge administratif exerce un contrôle normal, les situations sont aussi généralement identiques en France et en Chine. En France, il s'agit premièrement d'un contrôle sur le respect des obligations procédurales dans la passation des marchés publics. Par exemple, dans l'examen des offres anormalement basses, « le juge exerce un contrôle complet sur le respect de la procédure (de demande de précisions) ». ¹⁵⁶⁷ Deuxièmement, « le juge du référé contrôle (...) le bien-fondé des motifs de la décision d'exclusion ou de la non-exclusion (d'une candidature). (...) De même, le juge du référé précontractuel peut apprécier si une offre est irrégulière, inacceptable ou inappropriée. (...) Il se prononce également sur tous les manquements du pouvoir adjudicateur qui affectent la liste des offres qu'il devra apprécier et comparer, soit que ce manquement l'ait amené à maintenir dans la compétition une entreprise dont la candidature ou l'offre aurait dû être écartée, soit au contraire qu'il se soit traduit par une exclusion. » ¹⁵⁶⁸ En bref, l'accès et l'exclusion d'une candidature ou d'une offre à la concurrence pour les marchés publics sont généralement soumis en France à un contrôle normal du juge administratif.

Dans les hypothèses analogues en Chine, le juge administratif chinois exerce aussi un contrôle normal. Premièrement, en ce qui concerne les obligations procédurales, particulièrement dans le cas de l'examen des offres anormalement basses, le juge administratif chinois a avancé dans un arrêt du 17 juin 2014 que « dans le cas où les prix déposés par certaines soumissionnaires sont considérablement inférieurs à la fois aux prix déposés par

1566 Arrêté Société des matériaux pédagogiques de JIUDING et le service des finances publiques du district de Dazhu de la ville de CHONGQING, n°00115 de 2014 rendu par la cour de base du district de Dazhu de la ville de CHONGQING (重庆市大足区人民法院 (2014) 足法行初字第 00115 号 “重庆九鼎教具有限公司与重庆市大足区财政局财政行政处罚案”).

1567 Brigitte ROMAN-SÉQUENSE, « Quelles mesures pour lutter contre les offres anormalement basses ? », *Contrats et Marchés publics* n° 12, Décembre 2013, comm. 331, p.54.

1568 Jean-Paul Pietri, « Pouvoir du juge en cas d'éviction d'un candidat pour capacité technique insuffisante », *op.cit.*, p.35.

d'autres soumissionnaires et au prix estimé du budget correspondant (...), la commission d'appel d'offre est obligée de déclencher la procédure de demande de précisions et d'explications. »¹⁵⁶⁹ A défaut en l'espèce, le juge administratif a validé la décision du service des finances publiques consistant à sanctionner cette procédure de passation. Deuxièmement, en ce qui concerne le contrôle sur l'accès ou l'exclusion d'une candidature ou d'une offre, à titre d'illustration, dans l'arrêt du 13 janvier 2014, le juge administratif a examiné la conformité entre l'offre déposée par un soumissionnaire requérant et les spécifications techniques formulées dans les documents de consultation : après cet examen, le juge administratif a argué que « le défendeur (le service des finances publiques) a à juste titre conclu que le produit fourni par le requérant ne se conforme pas à des exigences substantielles formulées dans les documents de consultation ». ¹⁵⁷⁰ Par-là, une appréciation sur l'irrégularité de l'offre est donc effectuée par le juge administratif chinois. Dans le même ordre d'idées, le juge administratif chinois a même procédé de sa propre initiative à une interprétation des dispositions de documents de consultation décrivant les exigences applicables à la sélection des candidatures. Ainsi, les interprétations de ces dispositions adoptées par l'acheteur et le service des finances publiques compétent dans l'exclusion des candidatures sont aussi soumises à l'examen du juge administratif.¹⁵⁷¹

Néanmoins, dans d'autres hypothèses, le contrôle effectué par le juge administratif français est clairement plus profond que celui exercé par le juge administratif chinois. Et la

1569 Arrêt Société de technique de SHENTIAN à Pékin et le service des finances publiques du district de la ville de Foshan n°126 de 2014 rendu par la cour intermédiaire de la ville de Foshan de la province de GUANGDONG (广东省佛山市中级人民法院 (2014) 佛中法行终字第 126 号 “北京华胜天成科技股份有限公司与佛山市顺德区财税局财政行政处理案”).

1570 Arrêt Société de commerce de XIANDAIWOUER à Pékin et le ministère des finances publiques n°3543 de 2013 rendu par la première cour intermédiaire de Pékin (北京市第一中级人民法院 (2013) 一中行初字第 3543 号 “北京现代沃尔经贸有限责任公司与财政部案”).

1571 Arrêt Société de la vente aux enchères de JIASHEN et le service des finances publiques de la commune de PUYANG n°00031 de 2015 rendu par la cour intermédiaire de la ville de PUYANG de la province de HENAN (河南省濮阳市中级人民法院 (2015) 濮中法行终字第 00031 号 “河南加盛拍卖有限公司与濮阳县财政局政府采购投诉处理案”).

carence du contrôle sur ces hypothèses par le juge administratif chinois risque de provoquer des atteintes considérables à la concurrence effective.

Plus précisément, en France, « le juge du référé précontractuel exerce (...) un contrôle restreint (...) en ce qui concerne l'obligation faite au pouvoir adjudicateur de fixer des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du contrat, (...ou) encore, en ce qui concerne la définition par le pouvoir adjudicateur de ses besoins. »¹⁵⁷² Cela signifie que les erreurs manifestes d'appréciation de l'acheteur en ces matières sont quand même soumises au contrôle du juge administratif français. De plus, les critères de sélection des offres, « doivent être liés à l'objet du marché, ne pas être discriminatoire, (...et) ne doivent pas conférer une liberté trop large au pouvoir adjudicateur pour éviter que son choix ne devienne discrétionnaire. (...) Le juge des référés ne peut (...) sanctionner (l'illégalité d'un critère) que si elle résulte d'une erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur dans le choix des critères et de leurs modalités de mise en œuvre. »¹⁵⁷³

Cependant, les recherches sur la jurisprudence en Chine montrent que le juge administratif chinois a pratiquement renoncé à effectuer un contrôle en ces matières.

Concrètement, en ce qui concerne les exigences de niveau minimal de capacité, dans un arrêt du 31 mars 2012, le juge administratif a validé la décision du service des finances publiques consistant à écarter un concurrent requérant à cause des faux documents justificatifs de candidature : néanmoins, dans les argumentations, il n'a même pas pensé à examiner la légalité des niveaux minimaux de capacité de candidature imposés en l'espèce par l'acheteur, bien qu'ils incluent en réalité une série d'exigences ayant pour effet de restreindre la

1572 Stéphane Braconnier, *Précis du droit de la commande publique*, 5^e édition, Le Moniteur, p.496-497.

1573 Jean-Paul Pietri, « Contrôle juridictionnel des critères d'attribution », *Contrats et Marchés publics* n° 4, Avril 2013, comm. 117, p.35.

concurrence, le concurrent requérant étant très probablement écarté injustement.¹⁵⁷⁴ Dans un autre arrêt du 22 septembre 2013, la situation est presque identique : le concurrent requérant a fourni de faux documents justificatifs de candidature afin de remplir les exigences de capacité minimale imposées en prouvant qu'il possède trois ans d'expérience comme prestataire du service d'impression des factures fiscales dans la région où le marché concerné aura lieu. Le juge administratif a validé la décision du service des finances publiques consistant d'écarter ce concurrent sur la base du dépôt de faux documents justificatifs, mais sans examiner la proportionnalité de cette exigence de capacité minimale. Les effets restrictifs qui en ont résulté sur la concurrence effective sont ainsi ignorés par le juge administratif chinois.¹⁵⁷⁵

En ce qui concerne la définition des besoins, le juge administratif chinois s'abstient aussi d'effectuer un contrôle. En témoigne un arrêt du 9 septembre 2014, dans lequel l'objet du marché est la prestation du service de soins de jour (日间照料服务) pour les handicapés : l'acheteur considère que le concurrent requérant qui ne possède que l'expérience du soin pour les handicapés ne remplit pas les exigences de candidatures, et l'écarter, et le service des finances publiques valide ce choix dans sa décision sur la Contestation. Néanmoins, dans le contentieux administratif ultérieur, ce concurrent requérant a argué qu'« en réalité, même l'acheteur et le service des finances publiques n'ont pas bien éclairé le contenu précis de ce service dit 'soin du jour' » ; le juge administratif a adopté cet argument en concluant que la décision sur la Contestation prise par le service des finances publiques doit être annulée en raison d'une erreur de fait, puisque selon le juge la non inconformité entre le service proposé par le concurrent requérant et l'objet du présent marché, en tant que fondement du fait de la

1574 Arrêt Société des équipements électromécaniques de GUANYA et le service de construction et de l'urbanisme de la ville de Pinghu, n°9 de 2011 rendu par la cour de base de la ville de Pinghu de la province de ZHEJIANG (浙江省平湖市人民法院 (2011) 嘉平初字第 9 号 “浙江冠亚机电设备有限公司与平湖市住房和城乡建设局行政合同案”).

1575 Arrêt Société de l'impression de JINHUI à AN HUI et le service de la transaction des ressources publiques, n°00055 de 2014 rendu par la cour de base du district de la ville de HEFEI de la province de l'AN HUI (安徽省合肥市庐阳区人民法院 (2014) 庐行初字第 00055 号 “安徽金辉印务有限公司不服合肥市公共资源交易监督管理局作出投诉处理案”).

décision contestée, n'a pas été suffisamment établie par le service des finances publiques.¹⁵⁷⁶ Cependant, il est en fait assez évident que l'origine de l'illégalité dans le cas d'espèce réside dans l'imprécision des besoins définis par l'acheteur, et que celle-ci risque de fausser sensiblement la concurrence dans la passation de ce marché. Toutefois, l'imprécision des besoins définis n'a pas fait l'objet du contrôle du juge administratif chinois en l'espèce, qui l'a simplement ignorée.

En ce qui concerne les critères de sélection des offres, une carence du contrôle peut aussi être identifiée dans la jurisprudence en Chine. Dans un arrêt du 11 mars 2011, il est rappelé que « la commission d'appel d'offres doit donner une notation pour chaque offre en considération des éléments divers, comme l'échelle de fabrication d'entreprise fournisseur, (...) la réputation de la marque du produit fourni etc. »¹⁵⁷⁷ Ces deux critères, qui sont en fait assez fréquents dans la passation des marchés publics en Chine, ont sûrement pour effet de fausser la concurrence effective : les petites ou moyennes entreprises ainsi que les nouveaux entrants sur le marché sont évidemment traités de façon discriminatoire. Néanmoins, le juge administratif d'espèce n'a pas sanctionné le choix de ces critères, et l'appréciation de la commission d'appel d'offres se basant sur ces critères est validée par le juge.¹⁵⁷⁸

En fin de compte, non seulement le régime de recours actuel en Chine est très inefficace dans la protection de la concurrence effective, mais le statut dominant des services des finances publiques dans la résolution des conflits peut de plus entraîner l'effondrement de

1576 Arrêt Centre de service communautaire du district de LONGXIANG de la ville de SHENZHEN et le service des finances publiques du district de FUTIAN de la ville de SHENZHEN, n°399 de 2014 rendu par la cour intermédiaire de SHENZHEN de la province de GUANGDONG (广东省深圳市中级人民法院 (2014) 深中法行终字第 399 号“深圳市龙岗区龙祥社工服务中心与深圳市福田区财政局案”).

1577 Arrêt Société des médicaments de BOSAILUO à guangzhou et le service de la santé publique n°5 de 2011 rendu par la cour intermédiaire de la ville de Nanjing de la province de JIANGSU (江苏省南京市中级人民法院 (2011) 宁行初字第 5 号“广州柏赛罗药业有限公司与江苏省卫生厅卫生行政管理案”).

1578 Arrêt Société des médicaments de BOSAILUO à guangzhou et le service de la santé publique n°5 de 2011 rendu par la cour intermédiaire de la ville de Nanjing de la province de JIANGSU (江苏省南京市中级人民法院 (2011) 宁行初字第 5 号“广州柏赛罗药业有限公司与江苏省卫生厅卫生行政管理案”).

l'ensemble de la structure d'équilibre, dans la mesure où ils se chargent simultanément de la mission de protection de la concurrence effective à travers la résolution des conflits et de la mise en œuvre des politiques publiques. Quant au juge administratif chinois, bien qu'il garde quand même une voie indirecte de contrôle sur la légalité des activités des marchés publics, l'intensité de son contrôle reste essentiellement limitée en ce qui concerne la protection de la concurrence effective, notamment au regard de ses homologues français. Ainsi, il apparaît qu'il n'est pas encore suffisamment préparé pour la réalisation de cet équilibre.

Dans ce contexte, il est dès lors difficile d'envisager d'établir en Chine une structure d'équilibre comme c'est le cas en France. En apparence, les déficiences du régime de recours actuel en Chine constituent les obstacles principaux. Néanmoins, de manière encore plus profonde, le régime de recours actuel est en réalité le fruit des particularismes nationaux du régime juridique chinois.

Comme nous l'avons déjà analysé, le statut dominant du ministère des finances publiques dans la réglementation des activités des marchés publics en Chine a été bien formulé dès le tout début des réformes relatives aux marchés publics : la distribution de la compétence de règlement des conflits en cette matière est presque inévitable d'un point de vue pratique. De plus, le régime de contentieux administratif chinois constitue aussi un contexte institutionnel dans la mesure où il fait partie du régime juridique infrastructurel de la Chine : l'articulation des régimes de Contestation et de Consultation avec celui-ci est presque automatique à l'époque de l'adoption de la législation de 2003. Ainsi, si on compte réformer le régime de recours chinois en matière de marchés publics sur le modèle français, il faut non seulement affaiblir de manière décisive le poids du ministère des finances publiques dans la réglementation des activités des marchés publics chinois en laissant plus de place au juge administratif, mais aussi développer le recours de plein contentieux en Chine en multipliant les offices du juge administratif chinois.

De toute évidence, une telle réforme doit toucher l'institution fondamentale du régime

juridique chinois, mais la difficulté extrême que cela implique constitue un obstacle substantiel, pouvant sensiblement bloquer la transposition vers la Chine des méthodes adoptées en France pour équilibrer libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics.

Section 2. Des idéologies sous-jacentes différentes

Outre la difficulté d'établir en Chine une structure au service de l'équilibre, l'obstacle encore plus essentiel à la transposition vers la Chine des méthodes d'équilibre appliquées en France tient à la différence des idéologies sous-jacentes adoptées par le droit public de ces deux pays.

Plus concrètement, en France, derrière la limite de base liée à la protection de la concurrence effective, il existe nettement une conviction selon laquelle la valeur concurrentielle est à la fois fondamentale et intangible. Néanmoins, en Chine, en vertu de la modalité d'équilibre que nous avons précédemment présentée, la valeur concurrentielle peut parfaitement être contrebalancée par d'autres objectifs et valeurs, pourvu que le gouvernement central l'estime nécessaire. Par-là, nous pouvons constater une attitude différente dans ces deux pays envers l'idéologie du libéralisme économique.

Il n'est pas difficile de saisir qu'en France la conviction de la valeur de la concurrence est substantiellement soutenue par l'idéologie du libéralisme. De manière générale, d'après le libéralisme, « les systèmes libéraux sont ceux dans lesquels (les) normes ne portent que sur certaines matières et dans ces matières seulement sur les principes fondamentaux laissant le reste à l'autonomie des personnes privées. »¹⁵⁷⁹ Sur la base d'une telle société libre, un système de marché peut ainsi être formulé dans le domaine économique : comme le néo-libéralisme l'a bien présenté, ce système de marché permet « à chaque individu de profiter des talents et des connaissances des autres, sans même les connaître et quelle que soit

1579 Francis Hamon, Michel Troper, *Droit constitutionnel* 34^e édition, L.G.D.J Lextensoédition, p.84.

la diversité de leurs buts, indépendants du sien. »¹⁵⁸⁰ Par-là, le jeu de la concurrence s'apparaît naturellement : « les gains que ses efforts valent à chaque joueur agissent comme autant de signaux, qui lui permettent de contribuer à la satisfaction de besoins dont il n'a pas connaissance, et d'y contribuer en tirant parti de situations qu'il ne connaît, elles aussi, qu'indirectement : à savoir, par leur reflet dans les prix des facteurs de production à employer. »¹⁵⁸¹ Et comme Hayek l'a bien expliqué, c'est un jeu doté d'un « caractère de productivité »¹⁵⁸², ou de façon plus directe, « un jeu de créateur de richesse ».¹⁵⁸³ Ici se trouve ainsi l'origine de notre conviction sur la concurrence, et de toute évidence, l'acceptation de l'idéologie du libéralisme se présente comme la condition préalable à la naissance de cette conviction.

Schématiquement, nous pouvons dire que depuis la fin du XVIIIe siècle l'idéologie du libéralisme s'est enracinée dans le droit public français. Après la Révolution française de 1789, la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen a déjà consacré le libéralisme en déclarant que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits »¹⁵⁸⁴, et « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».¹⁵⁸⁵ Au cours du XIXe siècle, plus concrètement en matière de droit administratif, le Conseil d'Etat et la justice administrative sont aussi critiqués par les défenseurs du libéralisme : « les libéraux de tendance individualiste revendiquaient sa suppression, en raison de l'insuffisance de garanties apportées à l'individu. »¹⁵⁸⁶ Il faut attendre jusqu'à l'établissement de la Troisième République pour que, « transformée parallèlement à la libéralisation du régime politique, la juridiction

1580 Friedrich August Hayek, *Droit, législation et liberté une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, op.cit., p.533.

1581 *Ibid.*, p.546.

1582 *Ibid.*, p.546.

1583 *Ibid.*, p.546.

1584 Le premier article de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

1585 Article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

1586 Magali Jorat, « Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats », *RFDA* 2008, p.456.

administrative (commence) à devenir une des pièces essentielles d'un régime libéral. »¹⁵⁸⁷ Dans ce contexte, la loi du 24 mai 1872 a officiellement consolidé la libéralisation du Conseil d'Etat en consacrant le passage à la justice déléguée. Et désormais, « le débat doctrinal s'éloigne quelque peu des critiques libérales originelles. »¹⁵⁸⁸ En suivant cet esprit libéral, le Conseil d'Etat a même déclaré dans l'arrêt Baldy du 10 août 1917 que « la liberté est la règle, la restriction de police l'exception ». ¹⁵⁸⁹

Néanmoins, il faut aussi constater qu'entrant dans le XXe siècle l'idée du service public a pris davantage une importance essentielle dans le droit public français.¹⁵⁹⁰ Et sur la base de cette idée, une tendance des pouvoirs publics à l'interventionnisme a été justifiée et mise en place au XXe siècle, notamment en matière économique. Ceci a ainsi abouti à la formulation du « service public à la française »¹⁵⁹¹, qui se compose principalement des « grands services publics industriels et commerciaux de réseaux, traditionnellement organisés sous la forme de monopoles gérés par des entités publiques employant un personnel au statut dérogatoire au droit commun ». ¹⁵⁹² Toutefois, depuis la fin du XXe siècle, la situation commence à se transformer. Sous l'influence du néo-libéralisme introduit notamment par le droit de l'UE, les services publics susmentionnés s'engagent graduellement dans une évolution en se rapprochant des standards communautaires.¹⁵⁹³ Comme un auteur l'a bien résumé, « le droit de l'UE repose sur le mythe de la bienfaisance des 'forces du marché'. Il est admis a priori que la concurrence finit toujours par déboucher sur un optimum économique bienfaisant pour le consommateur. »¹⁵⁹⁴ Ainsi, en mettant en cause les monopoles traditionnels ou séparant les

1587 *Ibid.*, p.461.

1588 *Ibid.*, p.461.

1589 CE, 10 août 1917, Baldy, requête numéro 59855, rec. p. 638.

1590 René Chapus, « Le service public et la puissance publique », *RDP* 1968, p.238.

1591 Jean-philippe Colson et Pascale Idoux, *op.cit.*, p.95.

1592 *Ibid.*, p.95.

1593 *Ibid.*, p.95.

1594 Laurent Richer, *L'Europe des marchés publics*, *op.cit.*, p.69.

activités sous monopole de celles qui sont ouvertes à la concurrence, le mode d'organisation de ces services s'adapte progressivement à l'ouverture à la concurrence.¹⁵⁹⁵ Aujourd'hui, force est de constater que le service public à la française est déjà « devenu largement 'euro-compatible'. »¹⁵⁹⁶ Autrement dit, il est déjà largement soumis à la logique du néo-libéralisme.¹⁵⁹⁷

A cause du renforcement du libéralisme sous l'influence du droit de l'UE, le statut du principe de libre concurrence en France est effectivement de plus en plus élevé. Aujourd'hui, même si le Conseil d'Etat se réfère assez peu au principe de libre concurrence, « il a totalement intégré le droit de la concurrence dans le bloc de la légalité administrative »¹⁵⁹⁸. Même au niveau constitutionnel, malgré l'ambiguïté habituelle de l'attitude du Conseil constitutionnel sur la valeur constitutionnelle de ce principe, « la position (de ce dernier) semble (...) s'être récemment orientée vers une consécration implicite de la libre concurrence, comme composante de la liberté d'entreprendre elle-même dotée d'une valeur constitutionnelle. »¹⁵⁹⁹ La reconnaissance de la valeur de ce principe « n'est (ainsi) qu'une affaire de temps. »¹⁶⁰⁰

1595 Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux, *op.cit.*, p.95-97.

1596 *Ibid.*, p.97.

1597 Même si, comme un auteur l'a bien indiqué, la libéralisation du service public à la française est accompagnée « de l'ouverture croissante du droit communautaire à la logique du service public », il faut saisir que ceci ne signifie pas le rejet du libéralisme au sein du droit de l'UE, mais que le refus de l'idée de l'ultra-libéralisme qui « s'oppose à toute intervention de l'Etat en matière économique sociale ». En effet, concernant les objectifs de l'UE, en reprenant le propos de CJUE dans l'arrêt du 8 avril 1976 Gabrielle Defrenne, l'UE « ne se (limite) pas à une union économique, mais (doit) assurer en même temps, par une action commune, le progrès social et poursuivre l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi des peuples européens, ainsi qu'il est souligné par le préambule du traité. » Ainsi, restant toujours dans l'orbite de l'idéologie du libéralisme, pour le droit de l'UE « une constante existe : le libre-échange est nécessaire, mais il ne fonctionne bien qu'avec une régulation étatique. » Voir, Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux, *Droit public économique*, (8^e édition), L.G.D.J 2016, p.97 et Laurent Richer, *L'Europe des marchés publics*, L.G.D.J Lextenso, 2009, p.4-5.

1598 Jean-Philippe Colson et Pascale Idoux, *op.cit.*, p.37.

1599 *Ibid.*, p.123.

1600 *Ibid.*, p.123.

Toutefois, la situation en Chine est différente. A la différence du cas français, l'idéologie du libéralisme n'a pas vraiment été consacrée par le droit public chinois. En réalité, aujourd'hui il y a de plus en plus de publicistes chinois qui considèrent que la Constitution chinoise de 1982, c'est-à-dire la Constitution en vigueur pour l'instant, n'est qu'une Constitution de transition, que la préoccupation essentielle de cette Constitution n'est donc pas la protection des libertés individuelles, et que le libéralisme ne constitue pas par conséquent l'idéologie dominante de cette Constitution. Ainsi, dans ce contexte, la concurrence ne peut pas bénéficier un statut privilégié comme c'est le cas en France. Ceci constitue en fait l'obstacle le plus important ayant pour effet de bloquer la transposition vers la Chine des méthodes adoptées en France afin d'équilibrer libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics.

Plus concrètement, concernant la nature de la Constitution de 1982, il existe en effet des débats très dynamiques en Chine entre les différentes écoles de pensée du droit constitutionnel. Une analyse précise de ces débats peut nous aider mieux comprendre le statut du libéralisme dans la Constitution chinoise, ainsi nous permettre de bien percevoir les difficultés de la transposition des méthodes d'équilibre de la France vers la Chine.

Les enjeux de ces débats peuvent être cristallisés autour de deux problèmes concrets. Pour le premier, si l'on reprend la distinction adoptée par Bruce Ackerman dans l'ouvrage « *We the people* » entre les périodes de « Constitutional Politics » et « normal politics », on peut se demander dans quelle période le processus du constitutionnalisme de la Chine se trouve en l'état actuel (§1). Pour le second, au fil de l'évolution du constitutionnalisme en Chine, une Constitution libérale ou une Constitution étatiste, on peut se demander quelle nature la Constitution chinoise va finalement privilégier (§2).

§1. Période actuelle : « constitutional politics » ou « normal politics » ?

C'est une distinction de base adoptée par Bruce Ackerman dans la description des différentes périodes de l'évolution du constitutionnalisme aux Etats-Unis. Schématiquement,

dans la période de « normal politics », nous sommes « surrounded by an ongoing regime – people occupying government offices, declaring themselves rightful rulers of the territory ; others plotting and scheming to replace the present incumbents ; the masses looking on with resigned indifference : politics as usual ».¹⁶⁰¹ Mais lorsqu'une partie du peuple n'accepte plus la légitimité du régime en place, une révolution est susceptible d'être déclenchée. Après laquelle, « the old regime has collapsed ; established legalities have disintegrated »¹⁶⁰², et les révolutionnaires réclament leur propre légitimité. Néanmoins, ils vont aussi immédiatement réaliser que « revolution is a game any number can play. Juste as you challenged established authority, so can the next fellow »¹⁶⁰³. Ainsi, il y a deux solutions possibles pour les révolutionnaires ayant réussi : soit celle de la « révolution permanente », soit celle de l'« amnésie révolutionnaire ». Dans la première solution, « the elite did not require legal forms earlier to declare themselves the People's true representatives. It was enough to present themselves to irregular assemblies as people of special virtue in pursuit of the public good. » Et « anybody who stands in the way is a counterrevolutionary, who must be consigned to the past or reeducated for life in a brave new world. »¹⁶⁰⁴ Mais dans la seconde solution, les révolutionnaires qui ont réussi vont demander au peuple d'oublier la révolution, en réaffirmant que « the law is the law. If you do not like the law, try to change it through the (newly) established forms. »¹⁶⁰⁵ Ainsi, la révolution s'est apaisée, les travaux d'établissement d'une nouvelle forme du régime nous ramènent à une période de « constitutional politics », pendant laquelle « the higher lawmaking system encourages an engaged citizenry to focus on fundamental issues » comme la définition de principes fondateurs (« foundational principles »)¹⁶⁰⁶ afin d'établir une nouvelle forme constitutionnelle. Dès que ces travaux sont

1601 Bruce Ackerman, *We the people 1 Foundations*, Belknap Press of Harvard University Press 1991, p.170.

1602 *Ibid.*, p.170.

1603 *Ibid.*, p.170.

1604 *Ibid.*, p.171.

1605 *Ibid.*, p.171.

1606 Bruce Ackerman, *We the people 2 Transformations*, Belknap Press of Harvard University Press 1998, p.6.

finis, on entre de nouveau dans une période de « normal politics » sous une nouvelle constitution.

A travers cette distinction, est clairement déployée une perspective historique du processus de constitutionnalisme d'une nation. En la reprenant pour interpréter le constitutionnalisme en Chine, les publicistes chinois ont approfondi leur compréhension du droit constitutionnel chinois. En effet, antérieurement à l'apparition de cette distinction dans les débats doctrinaux du droit constitutionnel chinois, le courant principal doctrinal était l'école normativiste du droit constitutionnel (规范宪法学), qui propose une compréhension essentiellement statique de la Constitution. Mais se basant sur la distinction entre les périodes de « constitutional politics » et « normal politics », une compréhension historique et évolutionniste de la Constitution s'est largement répandue. De ce fait, notamment depuis 2008, une « école politique » du droit constitutionnel (政治宪法学) émerge en Chine¹⁶⁰⁷, qui estime que la Constitution de 1982 n'est qu'une constitution de transition, et que nous ne sommes pas actuellement dans une période de « normal politics » mais demeurons au contraire dans une période de « constitutional politics ».

Pour mieux comprendre les débats entre ces deux écoles, il convient tout d'abord de présenter schématiquement la théorie proposée par l'école normativiste du droit constitutionnel.

Pour l'essentiel, l'école normativiste du droit constitutionnel préconise d'analyser le droit constitutionnel en se focalisant « sur les normes constitutionnelles (围绕规范) ».¹⁶⁰⁸ Ceci implique deux dimensions de signification. D'une part, à travers les analyses des normes constitutionnelles, nous pouvons entériner l'autonomie des recherches du droit constitutionnel.

1607 GAO Quanxi, « La genèse et l'évolution de l'école politique du droit constitutionnel », *SJTU Law Review*, n°1 2012, p.23 (高全喜: “政治宪法学的兴起与嬗变”, 《交大法学》2012 年第 1 期, 第 23 页。).

1608 LIN Laifan, ZHENG Lei, « Axant sur les normes : la méthodologie de l'école normativiste du droit constitutionnel », *Revue académique de Zhejiang*, n°4 2005, p.139 (林来梵, 郑磊: “所谓围绕规范——续谈方法论意义上的规范宪法学”, 《浙江学刊》2005 年第 4 期, 第 139 页。).

Précisément, en cherchant à formuler une dogmatique du droit constitutionnel, la méthodologie adoptée par cette école est l'interprétation et la systématisation des normes constitutionnelles.¹⁶⁰⁹ Par-là, les recherches du droit constitutionnel sont dotées d'un caractère objectif et scientifique, les discours politiques dominant auparavant en cette matière sont alors écartés des débats du droit constitutionnel.¹⁶¹⁰ Par ailleurs, l'objectivité de la dogmatique peut aussi contraindre les pouvoirs publics en visant à éviter toutes les démarches arbitraires dans l'application du droit constitutionnel.¹⁶¹¹ D'autre part, se basant sur les normes constitutionnelles, les recherches du droit constitutionnel doivent être normativistes (规范主义). Ainsi, il ne s'agit pas d'une recherche absolument neutre au niveau de l'idéologie. Cette école refuse de reculer à une position purement positiviste¹⁶¹² ; en revanche, le libéralisme est consacré comme le noyau de valeur de cette école. Dans ses recherches, les normes consacrant les droits fondamentaux possèdent une place privilégiée parmi toutes les normes de la Constitution de 1982¹⁶¹³ : le but ultime de cette école est de garantir la mise en œuvre effective des droits fondamentaux pour les citoyens.¹⁶¹⁴

Néanmoins, l'existence d'une série d'actions inconstitutionnelles bénignes a gêné les fidèles de l'école normativiste : La validité de ces actions doit être préservée, même si elles ont dérogé à la Constitution valable à l'époque.

Plus précisément, à l'aube de l'exécution de la politique de « réforme et ouverture (改革开放) », le Comité permanent de l'Assemblée Nationale Populaire a voté maintes lois afin de

1609 ZHANG Xiang, « Les notions élémentaires de la dogmatique du droit constitutionnel », *Revue juridique de l'Université de Pékin*, n°5 2013, p.918 (张翔: “宪法教义学初阶”, 《中外法学》2013 年第 5 期, 第 918 页。).

1610 HAN Dayuan, « L'évolution de la méthodologie du droit constitutionnel en Chine depuis les trente dernières années », *Forum de la science juridique*, n°1 2013, p.5 (韩大元: “近三十年我国宪法学方法论的演变”, 《法学论坛》2013 年第 1 期, 第 5 页。).

1611 ZHANG Xiang, *op.cit.*, p.924.

1612 LIN Laifan, ZHENG Lei, *op.cit.*, p.140.

1613 *Ibid.*, p.143-144.

1614 *Ibid.*, p.140.

faire avancer les réformes, bien que, selon l'article 25 de la Constitution de 1978, la Constitution valable à cette époque, le comité n'aie que le pouvoir d'expliquer la loi et de produire des ordonnances¹⁶¹⁵-- le pouvoir de produire la loi n'a officiellement été attribué au comité permanent qu'après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1982.¹⁶¹⁶ Des exemples de même nature existent aussi au niveau des collectivités territoriales : selon la version initiale de la Constitution de 1982, l'Etat est le propriétaire de toute la terre, il est aussi interdit de la céder ou de la louer à l'individu. Néanmoins, afin de faire avancer la réforme du système économique, le gouvernement de SHENZHEN dans la province du GUANGZHOU a dérogé à cette restriction en décidant de louer un terrain à l'individu¹⁶¹⁷ : il s'agit alors d'une action inconstitutionnelle. De plus, dans la version initiale de la Constitution de 1982, l'article 15 posait que « l'État pratique une économie planifiée fondée sur le système socialiste de la propriété publique », mais depuis 1992, les dirigeants de l'Etat ont plusieurs fois mentionné publiquement que la réforme du système économique parviendra à l'économie de marché. Au sens strict, ceci peut aussi être qualifié de violation de la norme constitutionnelle.¹⁶¹⁸

Brièvement, il s'agit d'actions favorables à la libéralisation du régime ancien, notamment du régime économique planifié. Bien qu'ils aient été légalisés ultérieurement à travers les révisions constitutionnelles, ce sont en tout cas d'actes inconstitutionnels à l'époque où ils sont pris, et qui doivent donc, d'après la théorie de l'école normativiste, être annulés en raison de l'inconstitutionnalité. Evidemment, c'est une solution inopérante, sachant que ces actions de réforme sont indispensables à cette époque-là et l'annulation de ces actions risque de provoquer une crise constitutionnelle aboutissant éventuellement à une régression de la réforme.¹⁶¹⁹ C'est la raison pour laquelle un auteur les a qualifiées

1615 HAO Tiechuan, « inconstitutionnalité bénigne », *Recherches de la science juridique*, n°4 1996, p.89 (郝铁川：“论良性违宪”，《法学研究》1996年第4期，第89页。）。)

1616 *Ibid.*, p.89.

1617 *Ibid.*, p.89.

1618 *Ibid.*, p.89.

1619 *Ibid.*, p.89-90.

d'« inconstitutionnalités bénignes ».¹⁶²⁰ Néanmoins, il s'agit d'un oxymore, sachant qu'en vertu de la théorie de l'école normativiste les inconstitutionnalités quelles que soit leur nature doivent être considérées comme négatives et dépourvues de validité juridique.

En revanche, si l'on adopte le point de vue de l'école politique du droit constitutionnel, une perspective historique du constitutionnalisme s'impose, sur la base de laquelle le phénomène des « inconstitutionnalités bénignes » est plus facile à saisir.

Précisément, selon l'école politique du droit constitutionnel, nous nous trouvons actuellement dans une période de « constitutional politics », autrement dit, la structure constitutionnelle reste immature et en cours de réforme, et la Constitution n'est donc pas prête à appliquer : « nous devons regarder le constitutionnalisme comme un processus dynamique, les réformes concrètes adoptées à l'étape initiale constituent ainsi des expérimentations dans l'évolution de la Constitution, les révisions formelles intervenant ultérieurement ne sont qu'une confirmation et une diffusion des résultats des expérimentations. »¹⁶²¹ Dans cette perspective, les actions considérées comme « inconstitutionnelles » aux yeux de l'école normativiste sont ainsi essentiellement des expérimentations dans l'évolution de la Constitution. Avant de parvenir à la maturité de la Constitution, il n'y a donc pas de lieu de juger de leur inconstitutionnalité.

Selon CHEN Duanhong, professeur de l'Université de Pékin, un des membres de l'école politique du droit constitutionnel, l'évolution expérimentale de la Constitution chinoise est fondée sur une institution de double-représentation spéciale à la Chine. Concrètement, il préconise de considérer que le peuple chinois en tant que titulaire de la souveraineté de la Chine est représenté simultanément par deux organes représentatifs : le premier est

¹⁶²⁰ *Ibid.*, p.90.

¹⁶²¹ CHEN Duanhong, « La Constitution, en tant que droit fondamental et droit suprême de l'Etat », *Revue juridique de l'Université de Pékin*, n°4 2008, p.500 (陈端洪：“论宪法作为国家的根本法与高级法”，《中外法学》2008年第4期，第500页。).

l'Assemblée Nationale Populaire, et le second est le comité central du Parti communiste chinois. Il faut souligner que la relation entre ces deux organes n'est pas parallèle : le comité central du P.C.C. est le représentant du pouvoir constituant du peuple, mais l'A.N.P. n'est qu'un organe constitué, donc le représentant des pouvoirs constitués du peuple.¹⁶²² Ainsi, le statut du comité central du P.C.C. est naturellement plus élevé que celui de l'A.N.P. : en reprenant le propos de CHEN Duanhong, « l'A.N.P. est sous la direction du comité central du P.C.C. ». ¹⁶²³ Plus précisément, « dans les occasions normales, le parti gouvernant (P.C.C.) fonctionne dans le cadre juridique défini par la Constitution et les lois, mais lorsque le contenu de la Constitution s'oppose gravement avec la situation de l'Etat (国情), le parti gouvernant (P.C.C.) peut utiliser le pouvoir constituant en représentant le peuple pour trancher définitivement (总决断) de la destinée de la nation par la redéfinition des politiques publiques. Ultérieurement, lorsque les conditions sont prêtes, le parti gouvernant (P.C.C.) propose à l'A.N.P. de réviser officiellement la Constitution ou d'établir une nouvelle Constitution (en absorbant le contenu de ces politiques publiques). » ¹⁶²⁴ Selon lui, les phénomènes d'« inconstitutionnalité bénigne » sont ainsi des conséquences naturelles résultant spécifiquement de l'écart temporel entre les interventions de ces deux organes représentatifs. Pendant cet écart temporel, les mesures de réforme sont mises en œuvre de façon expérimentale au titre des politiques publiques, mais en raison du manque de fondement constitutionnel, ces mesures dérogent ainsi aux normes constitutionnelles valables à cette époque, jusqu'à la révision de la Constitution ou l'établissement de la nouvelle Constitution.¹⁶²⁵

En bref, dans la perspective de l'école politique du droit constitutionnel, les phénomènes

¹⁶²² CHEN Duanhong, « Le repère intellectuel du droit constitutionnel : Le dialogue entre un politologue et un juriste sur le pouvoir constituant », *L'époque ouverte*, n°3 2010, p.96-97 (陈端洪：“宪法学的知识界碑：政治学者与宪法学者关于制宪权的对话”，《开放时代》2010年第3期，第96-97页。).

¹⁶²³ *Ibid.*, p.96.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, p.96.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, p.96.

d'« inconstitutionnalité bénigne » ne sont pas une question gênante, mais simplement une étape naturelle de l'évolution de la Constitution.

Néanmoins, est-ce que toutes les mesures expérimentales peuvent être légalisées ultérieurement par la révision constitutionnelle ou l'établissement d'une nouvelle Constitution ? En bref, quels sont les critères permettant au pouvoir constituant chinois d'identifier les mesures pouvant être absorbée dans les nouvelles normes constitutionnelles ? A cet égard, pour maîtriser bien l'évolution de la Constitution, selon GAO Quanxi, professeur de l'Université de Jiaotong Shanghai, un autre membre de l'école politique du droit constitutionnel, « nous devons déterminer du point de vue de l'évolution historique la signification de la Constitution réformatrice s'inscrivant dans le processus du constitutionnalisme »¹⁶²⁶. Autrement dit, selon CHEN Duanhong, il convient d'identifier l'esprit de la Constitution chinois à partir de l'histoire de l'évolution du constitutionnalisme en Chine : seules les mesures qui se conforment à « l'esprit de la Constitution chinoise » peuvent être ultérieurement intégrées dans les nouvelles normes constitutionnelles.¹⁶²⁷ Ces auteurs avancent ensuite que la Constitution chinoise est essentiellement une Constitution de survie (生存的法), qui constitue ainsi l'esprit de la Constitution chinoise, s'opposant aux modèles étrangers tels que « the constitution of liberty » au Royaume-Uni ou la « law of freedom » des Etats-Unis.¹⁶²⁸

Cet esprit de survie peut être identifié dans le préambule de la Constitution de 1982 : « A partir de 1840, la Chine féodale s'est progressivement transformée en un pays semi-colonial et semi-féodal. Et le peuple chinois a lutté vaillamment, en reformant sans cesse ses rangs, pour l'indépendance du pays, la libération nationale et les libertés démocratiques. »¹⁶²⁹ Ainsi, selon

1626 GAO Quanxi, « La genèse et l'évolution de l'école politique du droit constitutionnel », *op.cit.*, p.43.

1627 CHEN Duanhong, « La Constitution, en tant que le droit fondamental et le droit suprême de l'Etat », *op.cit.*, p.500.

1628 *Ibid.*, p.498.

1629 Paragraphe 2 du préambule de la Constitution de 1982 en Chine.

CHEN Duanhong, « l'objectif original du mouvement du constitutionnalisme en Chine est de 'sauver la patrie pour qu'elle puisse survivre (救亡图存)', il s'agit donc de la survie de toute la nation ». ¹⁶³⁰ Dans cet esprit de survie, il identifie de plus une dimension dynamique et ambitieuse, visant à réaliser la prospérité et la puissance de la nation chinoise (民族富强). ¹⁶³¹ Les réformes économiques précitées ayant lieu à l'aurore de l'exécution de la politique de « réforme et ouverture (改革开放) » ont été prouvées favorables au développement de l'économie de l'Etat, et « ainsi, au niveau le plus élevé et le plus profond, la réforme économique se conforme à l'esprit de la Constitution » ¹⁶³². C'est la raison fondamentale pour laquelle ces mesures de réforme précitées ont ultérieurement été légalisées par l'établissement de la nouvelle Constitution de 1982 à la place de celle de 1975, et par la révision constitutionnelle de 1993.

Dès lors, quelle est la place de l'idéologie du libéralisme dans la Constitution actuelle ? Selon GAO Quanxi, dans cette période de « constitutional politics », au lieu des problématiques liées à l'interprétation des normes constitutionnelles ou à l'établissement d'une justice constitutionnelle, c'est « le rapport entre le pouvoir politique et la Constitution (qui) doit être le problème essentiel aux yeux de l'école politique du droit constitutionnel » ¹⁶³³. Autrement dit, l'importance de la protection des droits fondamentaux à travers une justice constitutionnelle reste assez faible en l'état actuel des choses. De manière encore plus directe, CHEN Duanhong a aussi indiqué que « bien que la Constitution actuelle ait intégré certains éléments libéraux, le contrôle judiciaire (se basant sur la Constitution) est nécessaire à un certain degré, mais il faut constater que l'espace qui lui est laissé est en réalité très limité. » ¹⁶³⁴ En bref, nous pouvons en déduire qu'en raison de la période de « constitutional

¹⁶³⁰ CHEN Duanhong, « La Constitution, en tant que droit fondamental et droit suprême de l'Etat », *op.cit.*, p.499.

¹⁶³¹ *Ibid.*, p.499.

¹⁶³² *Ibid.*, p.500.

¹⁶³³ GAO Quanxi, « La genèse et l'évolution de l'école politique du droit constitutionnel », *op.cit.*, p.24-25.

¹⁶³⁴ CHEN Duanhong, « La Constitution, en tant que droit fondamental et droit suprême de l'Etat », *op.cit.*, p.485-486.

politics » l'idéologie du libéralisme ne possède qu'une place marginale dans la Constitution de 1982 actuellement en vigueur.

Néanmoins, on peut encore se demander, si la structure constitutionnelle est aujourd'hui est en cours de réforme, la nature que la Constitution chinoise va finalement parachever : une Constitution libérale ou une Constitution étatiste ? Nous allons voir qu'en fonction de la réponse donnée à cette question, l'école politique du droit constitutionnel peut être clairement divisée en deux groupes opposés.

§2. L'avenir de la Constitution : étatisme ou libéralisme ?

En fonction de la perspective retenue sur l'avenir de la Constitution chinoise, l'école politique du droit constitutionnel peut elle-même être divisée en deux groupes. Selon GAO Quanxi, le premier groupe peut être intitulé l'école politique du normativisme et représenté par lui ; le second groupe, intitulé l'école politique de l'existentialisme, est représenté par CHEN Duanhong¹⁶³⁵. Par ailleurs, il convient d'ajouter à ce dernier les recherches sociologiques sur le droit constitutionnel, qui sont étroitement liées avec l'école politique de l'existentialisme.¹⁶³⁶ Généralement, l'école politique du normativisme préconise que la Constitution chinoise doit parvenir dans l'avenir à une Constitution libérale, dominée ainsi par l'idéologie du libéralisme ; en revanche, l'école politique de l'existentialisme n'a pas nettement répondu à cette question, et se concentre plutôt sur la structure constitutionnelle existante en Chine, qui penche cependant très probablement à l'avenir vers une Constitution étatiste.

Concernant l'école politique de l'existentialisme, comme nous l'avons déjà mentionné, CHEN Duanhong préconise de considérer que dans la structure constitutionnelle actuelle le

¹⁶³⁵ GAO Quanxi, « L'école politique du droit constitutionnel : la théorie politique de la Constitution ? Ou le constitutionnalisme politique ? », *Revue académique de l'Université de Tsinghua*, n°5 de 2015, p.30-31 (高全喜：“政治宪法学：政治宪法理论，抑或政治立宪主义？”，《清华大学学报》2015年第5期，第30-31页。).

¹⁶³⁶ GAO Quanxi, « La genèse et l'évolution de l'école politique du droit constitutionnel », *op.cit.*, p.25.

comité central du P.C.C. est l'organe représentatif du pouvoir constituant du peuple, et qu'il se trouve au-dessus des organes des pouvoirs constitués comme l'A.N.P.¹⁶³⁷ Sur la base de cette idée, il défend de façon persistante l'idée que la première règle fondamentale de la Constitution chinoise doit être la suivante : « le peuple chinois est sous la direction du Parti communiste »¹⁶³⁸. En témoignent, selon lui, notamment le préambule et le premier article de la Constitution de 1982.

D'après le préambule tout d'abord, le statut dirigeant du P.C.C. résulte de l'histoire des révolutions et de la construction du socialisme : « sous la direction du Parti communiste chinois ayant pour guide le président Mao Zedong, les différentes nationalités de Chine, après de longues années de luttes difficiles et pleines de vicissitudes, par les armes et par d'autres formes de lutte, sont parvenues finalement, en 1949, à renverser la domination de l'impérialisme, du féodalisme et du capitalisme bureaucratique, à remporter la grande victoire de la Révolution démocratique nouvelle et à fonder la République populaire de Chine. Dès lors, le peuple chinois, qui détient le pouvoir de l'État, est maître du pays. »¹⁶³⁹ Même après la fondation de la République populaire de Chine, « les réalisations obtenues dans l'oeuvre du socialisme sont toutes dues au fait que les différentes nationalités de Chine (sont) dirigées par le Parti communiste chinois »¹⁶⁴⁰

Ensuite, s'appuyant sur ces réussites historiques, le peuple chinois a réaffirmé dans le préambule son choix du P.C.C. en tant qu'entité dirigeante : « les différentes nationalités de Chine, dirigées par le parti communiste chinois (...) maintiendront la dictature démocratique populaire, poursuivront dans la voie socialiste, (...) afin de transformer la Chine en un État

1637 CHEN Duanhong, « Le repère intellectuel du droit constitutionnel : Le dialogue entre un politologue et un juriste sur le pouvoir constituant », *op.cit.*, p.96.

1638 CHEN Duanhong, « La Constitution, en tant que le droit fondamental et le droit suprême de l'Etat », *op.cit.*, p.494.

1639 Paragraphe 5 du préambule de la Constitution de 1982 en Chine.

1640 Paragraphe 7 du préambule de la Constitution de 1982 en Chine.

socialiste puissant et prospère, démocratique et civilisé. »¹⁶⁴¹ Une telle volonté exprimée par le peuple chinois est enfin consacrée officiellement par le premier article de la Constitution de 1982, d'après lequel, « la République populaire de Chine est un État socialiste de dictature démocratique populaire, dirigé par la classe ouvrière et basé sur l'alliance des ouvriers et des paysans. »¹⁶⁴² En tant que parti de la classe ouvrière basé sur l'alliance des ouvriers et des paysans, le P.C.C. est donc clairement désigné comme le dirigeant du peuple chinois et de l'Etat chinois.

En se joignant au travail de CHEN Duanhong, les recherches sociologiques du droit constitutionnel ont aussi démontré dans une perspective sociologique le statut dirigeant du P.C.C. sur le peuple et l'Etat chinois, et notamment dans les œuvres de QIANG Shigong, professeur à l'Université de Pékin, qui a minutieusement décrit les relations complexes en l'état actuel entre l'Etat et le P.C.C.

Plus précisément, QIANG Shigong a tout d'abord clarifié la théorie classique communiste sur les relations entre le parti et l'Etat : « d'après les théories du Marxisme et du léninisme, le parti et l'Etat se trouvent toujours dans une relation d'antagonisme. D'un côté, antérieurement à la disparition des classes et à la réalisation du communisme, la classe du prolétariat doit parachever son objectif politique par l'intermédiaire de l'Etat, c'est-à-dire que, selon Marx, (...) la classe du prolétariat doit détruire l'ancien appareil d'Etat et en établir un nouveau. Mais, d'un autre côté, l'appareil d'Etat implique par son existence même des éléments de pourriture, (...) notamment le fait que certains petits groupes sont susceptibles de le contrôler en l'utilisant pour protéger leurs intérêts propres, une nouvelle 'classe' apparaît ainsi même après la révolution. »¹⁶⁴³ Dès lors, d'une part, « comme Lénine l'a souligné, après l'établissement de l'Etat socialiste, il existe une longue période de transition jusqu'à

1641 Paragraphe 7 du préambule de la Constitution de 1982 en Chine.

1642 Le premier article de la Constitution de 1982 en Chine.

1643 QIANG Shigong, « Une modalité du constitutionnalisme à la chinoise ? », *Revue juridique de l'Université de Pékin*, n°5 2012, p.957 (强世功: “中国宪政模式?”, 《中外法学》2012 年第 5 期, 第 957 页。).

l'abolition de l'Etat lors de la réalisation du communisme, et pendant cette période de transition, le parti du prolétariat se présente toujours comme un groupe de pionniers pour éclairer la voie du progrès, (...et) le parti communiste doit donc toujours bénéficier d'un statut dirigeant. »¹⁶⁴⁴ Mais d'autre part, « le vrai problème pour une telle structure Parti-Etat est le risque de l'altération d'un 'parti d'avant-garde' en un 'parti de classe' se substituant au premier. »¹⁶⁴⁵ Selon Larry Catá Backer, professeur à la Pennsylvania State University, la raison principale de l'échec du parti communiste de l'URSS réside effectivement dans l'intégration absolue du parti de l'URSS dans la machine de l'Etat, et notamment dans le fait que, dépourvu de l'idée de « rule of law », le parti communiste de l'URSS a fini par se transformer en un « parti de classe ». ¹⁶⁴⁶

Alors, afin d'éviter un échec similaire à celui du parti communiste de l'URSS, selon ces auteurs, d'un côté le P.C.C. doit rester toujours en dessus de la machine de l'Etat, et d'un autre côté la relation entre le P.C.C. et l'Etat doit être formulée et réglée par le droit. Aux yeux de QIANG Shigong, c'est effectivement le chemin aujourd'hui pratiqué par le P.C.C., qui « surpasse le cadre étatique en s'enracinant dans le peuple, (...) mais sans négliger le 'rule of law'. »¹⁶⁴⁷ Plus concrètement, selon QIANG Shigong, les relations entre le P.C.C. et l'Etat se traduisent dans les trois dimensions suivantes.

En premier lieu, le P.C.C. se charge de déterminer les politiques publiques importantes, mais il appartient cependant à l'Etat de les mettre en œuvre : « ainsi, dans l'application des politiques publiques, l'Etat et la société peuvent bénéficier d'une certaine mesure d'autonomie et d'indépendance. Dans ce cas, l'Etat et la société doivent fonctionner en

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*, p.958.

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*, p.958.

¹⁶⁴⁶ Larry Catá Backer, « The Party as Polity, The Communist Party, and the Chinese Constitutional State: A Theory of State-Party Constitutionalism », *Journal of chinese and comparative law*, vol 16.1, 2009, p.120-122.

¹⁶⁴⁷ QIANG Shigong, « Une modalité du constitutionnalisme à la chinoise ? », *op.cit.*, p.959.

suivant les règles de droit ». ¹⁶⁴⁸

En deuxième lieu, le P.C.C. entraîne et sélectionne les cadres supérieurs d'après ses propres procédures et modalités, ensuite le parti les désigne dans les postes de l'appareil d'Etat. Mais, en même temps, l'Etat fonctionne quand même en suivant des règles juridiques pour pourvoir ces postes : ainsi, les cadres supérieurs désignés par le P.C.C. doivent pouvoir obtenir simultanément l'acceptation de l'appareil d'Etat, par exemple, ils doivent pouvoir passer l'élection de l'Assemblée populaire avec succès. ¹⁶⁴⁹

En troisième lieu, même si le P.C.C. n'intervient pas dans le détail des affaires en matière de l'économie et sociale, les cellules du P.C.C. pénètrent dans tous les champs de la société. L'objectif principal de ces cellules du P.C.C. est de former un consensus social à partir des valeurs et intérêts divers existant au sein de la société actuelle. Ainsi, d'un côté, ces cellules peuvent rapporter ce consensus aux dirigeants du parti afin de lui permettre de déterminer les politiques publiques ; d'un autre côté ces cellules peuvent aussi transmettre la volonté politique des dirigeants du parti à la société afin de conduire la société vers une orientation jugée correcte par le parti. ¹⁶⁵⁰ Ici, il faut particulièrement noter que, selon la théorie classique du Marxisme, à la différence des partis occidentaux, le parti communiste n'est pas le représentant de tel ou tel groupe d'intérêt d'une classe de la société, mais un groupe de pionniers avec une mission historique dans la poursuite de certaines valeurs finalistes. ¹⁶⁵¹ A cet égard, QIANG Shigong a souligné que, sur la base des expériences de l'URSS, « la véritable difficulté aujourd'hui pour le P.C.C. est de former une valeur politique effective dans une société de plus en plus multipliée sur les idées de valeur. (...) Une fois la valeur politique du P.C.C. perd la puissante cohésion, le 'vanguard party' va très probablement se dénaturer à

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*, p.965.

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*, p.965.

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*, p.965-966.

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, p.961.

un 'classe party'. »¹⁶⁵²

En tout état de cause, à travers ces descriptions d'un point de vue sociologique sur les relations actuelles entre l'Etat et le parti, force est de constater que le P.C.C. occupe une place fondamentale et dominante dans la structure constitutionnelle actuelle. Ci-après, de manière encore plus poussée, nous allons voir que, en s'appuyant sur ce statut dirigeant du P.C.C. au regard du peuple chinois, l'évolution de la Constitution chinoise peut parfaitement être ramenée à un modèle étatiste. En témoigne spécifiquement le système des cinq règles fondamentales de la Constitution chinoise, développé par CHEN Duanhong.

Comme nous l'avons déjà vu, la première règle fondamentale est que « le peuple chinois est sous la direction du Parti communiste ». De surcroît, CHEN Duanhong a continué à identifier d'autres règles fondamentales, établissant ainsi un système de cinq règles fondamentales de la Constitution chinoise. Plus concrètement, selon CHEN Duanhong, la deuxième règle fondamentale est le régime socialiste, qui a été consacré par le premier article de la Constitution de 1982 : « le régime socialiste est le système fondamental de la République populaire de Chine et il est interdit à toute organisation ou à tout individu de lui porter atteinte. »¹⁶⁵³ Puis, la troisième règle fondamentale tient au principe du centralisme démocratique consacré par l'article 3 : « les organes d'État de la République populaire de Chine fonctionnent suivant le principe du centralisme démocratique. »¹⁶⁵⁴ La quatrième règle fondamentale pose la tâche fondamentale de l'Etat, formulée par le préambule de la Constitution : « l'État a pour tâche fondamentale de concentrer ses efforts sur la modernisation socialiste »¹⁶⁵⁵ Enfin, la cinquième règle fondamentale est la protection des droits fondamentaux, dont témoigne le chapitre II de la Constitution intitulé « Des droits et des

1652 *Ibid.*, p.965.

1653 Le premier article de la Constitution de 1982 en Chine.

1654 Article 3 de la Constitution de 1982 en Chine.

1655 Préambule de la Constitution de 1982 en Chine.

devoirs fondamentaux des citoyens ».¹⁶⁵⁶

Parmi ces règles, il existe une logique de fond pouvant permettre de bien les articuler les unes avec les autres. Plus précisément, à travers la consécration du statut dirigeant du P.C.C. sur le peuple chinois, l'autorité absolue du P.C.C. est ainsi confirmée pour trancher les enjeux politiques (政治决断). Il est précisément compétent à la fois pour déterminer le régime institutionnel fondamental de l'Etat et les politiques publiques importantes.

Concernant les éléments institutionnels influencés par le P.C.C., ils vont être intégrés dans la définition du « régime socialiste », qui a été consacré comme deuxième règle fondamentale. Ici, il faut notamment noter que le « régime socialiste » désigne en réalité « la voie du socialisme de style chinois (中国特色社会主义道路) », s'opposant ainsi au régime socialiste dogmatique.¹⁶⁵⁷ Dès lors, selon CHEN Duanhong, « en tant que deuxième règle fondamentale de la Constitution chinoise, son application dépend de la volonté politique »¹⁶⁵⁸. Autrement dit, il appartient au P.C.C. de déterminer politiquement les contenus concrets du régime socialiste en fonction des situations et des pratiques en Chine. A titre d'illustration, après le deuxième amendement du 29 mars 1993, « l'économie socialiste de marché » s'est substituée à « l'économie planifiée fondée sur le système socialiste de la propriété publique » comme système fondamental gouvernant l'économie. Derrière cette apparence de révision constitutionnelle portant sur l'article 15, le changement du système fondamental de l'économie est profondément déterminé par le P.C.C. au niveau politique. En d'autres termes, le P.C.C. a développé de façon créative « la voie du socialisme de style chinois ».

Puis, en ce qui concerne les politiques publiques décidées par le P.C.C., elles doivent être mises en œuvre par l'appareil d'Etat, qui s'organise sur la base du « principe du centralisme démocratique ». Comme CHEN Duanhong l'a bien expliqué, « au niveau à la fois horizontal

¹⁶⁵⁶ Chapitre II de la Constitution de 1982 en Chine.

¹⁶⁵⁷ CHEN Duanhong, « La Constitution, en tant que droit fondamental et droit suprême de l'Etat », *op.cit.*, p.496.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, p.496.

et vertical de l'organisation de l'institution de l'Etat, la Chine n'applique pas le principe de séparation des pouvoirs, mais seulement le principe du centralisme démocratique (...) (qui) souligne la coopération entre les organes de différents secteurs et de différents niveaux, en mettant l'accent sur l'unité finale de toutes les actions. »¹⁶⁵⁹ En témoigne particulièrement le dernier paragraphe de l'article 3 : « la répartition des attributions entre les organismes d'Etat relevant de l'autorité centrale et ceux relevant des autorités locales se fait (...) tout en maintenant la direction unique du pouvoir central. » En bref, d'après ce principe, les organes de l'Etat doivent coopérer étroitement sous la direction unique du gouvernement central, pour réaliser les politiques publiques décidées par le P.C.C..

Par la suite, les déterminations du régime institutionnel de l'Etat et des politiques publiques importantes sont essentiellement pilotées par cette tâche fondamentale qu'est « la modernisation socialiste », dont le contenu est éclairé par le préambule de la Constitution de 1982, consistant à « transformer la Chine en un Etat socialiste puissant et prospère, démocratique et civilisé. » Selon la logique de la Constitution de survie, CHEN Duanhong a particulièrement souligné les objectifs de prospérité et de puissance de l'Etat, en les désignant comme la tâche fondamentale.¹⁶⁶⁰

Se basant sur ces quatre premières règles fondamentales, nous pouvons clairement identifier dans la Constitution chinoise une idéologie étatiste. Comme CHEN Duanhong l'a bien synthétisé, « en confiant le pouvoir absolu à un appareil d'Etat puissant, dont les organes coopèrent étroitement, (...) l'Etat intervient dans la société de manière dynamique, voire le cas échéant, de manière absolue, (...). La Constitution a aussi légalisé le contrôle centralisé par l'Etat de toutes les ressources économiques. En effet, le système fondamental gouvernant l'économie est inévitablement une partie essentielle de la Constitution, (...) en raison du contexte aujourd'hui lié à la fois au régime socialiste et à la tâche fondamentale de réaliser la

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, p.497.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, p.498-499.

prospérité et la puissance de l'Etat. »¹⁶⁶¹

Dès lors, il est évident que dans la Constitution chinoise l'espace laissé aux droits fondamentaux des citoyens doit être très limité. Certes la Constitution a établi un chapitre énumérant tous les droits fondamentaux à valeur constitutionnelle, que CHEN Duanhong a qualifié de cinquième règle fondamentale, mais ce dernier a cependant aussi indiqué que, « nous pouvons constater que, dans le préambule, le constituant n'a pas explicitement mentionné la protection des droits. »¹⁶⁶² Ceci implique ainsi le déclin de l'importance de la protection des droits fondamentaux dans la Constitution de 1982.

Cependant, à la différence de l'approche existentialiste adoptée par CHEN Duanhong et QIANG Shigong, GAO Quanxi a préconisé une approche normativiste de l'école politique du droit constitutionnel. Précisément, d'un côté, il admet pareillement que la Constitution chinoise se trouve actuellement dans une période de « constitutional politics », et que la protection des droits individuels à travers la justice constitutionnelle n'est donc pas la préoccupation capitale du droit constitutionnel en l'état actuel. Néanmoins, d'un autre côté, il insiste sur le fait que la Constitution chinoise doit se transformer davantage, passant d'une Constitution de survie à une Constitution libérale. Ainsi, selon lui, le P.C.C. doit accepter de limiter progressivement ses pouvoirs en s'intégrant complètement dans l'appareil d'Etat. Pour ce faire, « l'école politique du droit constitutionnel doit avancer une approche normativiste, en sortant du réalisme politique et s'engageant dans l'établissement d'un système normatif visant à apprivoiser les pouvoirs ». ¹⁶⁶³ Autrement dit, selon lui, il faut formuler une pression normative sur la structure constitutionnelle existante à partir de l'idée de Constitution libérale. En critiquant strictement l'approche existentialiste, GAO Quanxi a remarqué que CHEN Duanhong et QIANG Shigong se concentrent essentiellement sur la structure constitutionnelle

¹⁶⁶¹ *Ibid.*, p.499-500.

¹⁶⁶² *Ibid.*, p.498.

¹⁶⁶³ GAO Quanxi, « La genèse et l'évolution de l'école politique du droit constitutionnel », *op.cit.*, p.33.

existante et tendent de ce fait à la justifier ; ils ont donc abandonné l'initiative de développer une perspective critique. La raison essentielle d'une position existentialiste tient au fait qu'ils n'ont pas réalisé le courant historique en Chine consistant à transformer la Constitution de survie en une Constitution libérale.

L'enjeu de l'approche proposée par GAO Quanxi réside ainsi essentiellement dans la conviction de l'existence de ce courant historique. Selon lui, une telle conviction est fondée sur des interprétations des textes constitutionnels chinois d'un point de vue historique.

Tout d'abord, on peut constater que les textes constitutionnels initiaux impliquaient déjà un esprit visant à apaiser la révolution et à ramener la Chine dans une période de « normal politics », et le professeur GAO a continuellement soutenu qu'un tel esprit se manifeste dans la Constitution de 1982. En associant ces deux constats, un tel courant historique peut ainsi être identifié.

Concrètement, au cours de la révolution chinoise de 1911 (辛亥革命), sous les pressions en résultant, l'empereur de QING a décidé d'abdiquer la couronne de sa propre initiative, mettant ainsi un terme à la dynastie QING. Le décret impérial d'abdication de la couronne publié par le gouvernement de QING constitue alors un texte constitutionnel important dans la transition pacifique des pouvoirs entre la dynastie QING et la République de Chine (中华民国), fondée officiellement le 1^{er} janvier 1912. Selon GAO Quanxi, en conciliant les revendications excessives des révolutionnaires de cette époque visant à expulser l'ethnie mandchoue, et la velléité de certains membres de la famille impériale tendant à rétablir une monarchie constitutionnelle, le décret impérial a déclaré transférer pacifiquement le pouvoir gouvernant la Chine de la famille impériale de QING à un Etat républicain et constitutionnel (共和立宪国体) : « Au moment de la révolution chinoise de 1911, un radicalisme révolutionnaire commence à se répandre, l'empereur de QING a cependant choisi une voie ignominieuse mais honorable en abdiquant la couronne, ainsi un esprit de paix est intégré dans la Constitution de la Chine moderne, et constitue l'esprit de base de la Constitution de la

République de Chine. »¹⁶⁶⁴ Ainsi, en apaisant l'élan révolutionnaire, cet esprit de paix vise clairement à ramener la Chine dans une période de « normal politics » : c'est la raison pour laquelle GAO Quanxi a qualifié la révolution chinoise de 1911 de « Glorieuse Révolution » chinoise.¹⁶⁶⁵

GAO Quanxi a continuellement avancé que la Constitution de 1982 a hérité de cet esprit de paix : « Pour l'essentiel, la Constitution de 1982 est une Constitution conservatrice visant à réfréner la révolution. (...) Les anciennes Constitutions de 1975 et de 1978 ne peuvent plus contenir les nouvelles tentatives de réforme et les nouvelles circonstances, en bref, le peuple chinois veut maintenant sortir de la révolution culturelle, il demande de posséder le droit de propriété privée, il demande d'établir la démocratie et l'Etat de droit (...La) Constitution de 1982 a en réalité répondu à ces revendications : elle a imposé une durée de mandat stricte pour les dirigeants, elle a mis le P.C.C. sous la Constitution, elle a établi le comité permanent de l'A.N.P., elle a également donné un statut relativement élevé au pouvoir judiciaire. En bref, la Constitution de 1982 tend à réinstaurer l'ordre normal, afin d'assurer que la Chine puisse rentrer dans une période de 'normal politics' ». ¹⁶⁶⁶ GAO Quanxi a enfin conclu que « la stabilité et l'autorité de la Constitution de 1982 (...) proviennent en réalité de sa structure constitutionnelle destinée à mettre un terme à la révolution et à en garder les fruits. »¹⁶⁶⁷ Autrement dit, c'est l'engagement de la volonté politique visant à rentrer dans une période de « normal politics » qui a conféré et consolidé la légitimité de la Constitution de 1982. Dès lors, cela implique que les dirigeants risquent de perdre leur légitimité s'ils s'éloignent

¹⁶⁶⁴ GAO Quanxi, « Le décret impérial d'abdication la couronne dans la perspective de l'école politique du droit constitutionnel », *Global Law Review*, n°5 2011, p.28 (高全喜: “政治宪法学视野中的清帝逊位诏书”, 《环球法律评论》2011 年第 5 期, 第 28 页。).

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, p.28.

¹⁶⁶⁶ GAO Quanxi, « L'autorité de la Constitution : la réflexion sur l'école politique du droit constitutionnel », *Forum de la Politique et le Droit*, n°1 2014, p.53 (高全喜: “论宪法的权威——一种政治宪法学的思考”, 《政法论坛》2014 年第 1 期, 第 53 页。).

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, p.53.

ultérieurement d'un tel engagement. C'est effectivement dans ce sens qu'une pression normative impliquée dans le courant de l'histoire est identifiée par l'école politique du normativisme.

Selon GAO Quanxi, les dirigeants ont insisté sur cet engagement dans les périodes ultérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1982, comme en témoignent notamment les révisions constitutionnelles qui sont dominées par l'idée de rentrer dans une période de « normal politics ». Précisément, il s'agit des révisions constitutionnelles ayant lieu respectivement en 1988, 1993, 1999 et 2004.¹⁶⁶⁸ Selon GAO Quanxi, ces quatre amendements ont introduit une esquisse de la nouvelle structure constitutionnelle, qui se traduit concrètement dans les trois dimensions suivantes.¹⁶⁶⁹

En premier lieu, les révisions constitutionnelles ont redéfini la signification profonde de la « République populaire ». D'une part, le pouvoir constituant a confirmé que « la Chine est pour longtemps à la première étape du socialisme » ; et d'autre part, la théorie de Deng Xiaoping, le principe des « Trois Représentations » et la politique de réforme et d'ouverture sur le monde extérieur ont été intégrés dans le préambule de la Constitution. Selon GAO Quanxi, à travers ces réaménagements, « la 'République populaire' s'est désormais transformée du relais nécessaire vers l'utopie de la société communiste en un Etat séculier et rationnel. »¹⁶⁷⁰ Autrement dit, les rêves révolutionnaires ont largement cédé la place à des considérations séculières, les politiques et institutions de la « République populaire » sont ainsi corrélativement soumises à une logique rationnelle.

En deuxième lieu, les révisions constitutionnelles ont aussi procédé à une séparation préliminaire de la société avec l'Etat. Ceci résulte principalement de la révision

¹⁶⁶⁸ GAO Quanxi, « Révolution, Réforme et Constitutionnalisme : Constitution de 1982 et sa logique d'évolution », *Revue juridique de l'Université de Pékin*, n°5 2012, p.923-924 (高全喜：“革命，改革与宪制：八二宪法及其演进逻辑”，《中外法学》2012年第5期，第923-924页。).

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*, p.924.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, p.924.

constitutionnelle de 1993 portant sur le système fondamental d'économie, qui a été transformé d'une économie planifiée en une économie socialiste de marché. A travers cette réforme, le marché se développe davantage en Chine, et la société civile acquiert ainsi un certain degré d'autonomie au regard de l'Etat.¹⁶⁷¹

En troisième et dernier lieu, les révisions constitutionnelles ont introduit un esprit libéral dans la Constitution. Précisément, par l'amendement de 1999, l'Etat de droit socialiste est prescrit dans l'article 5 de la Constitution ; ensuite, grâce à l'amendement de 2004, la propriété privée est qualifiée par la Constitution d'inviolable sous la protection juridique de l'Etat ; enfin, également par l'amendement de 2004, la déclaration que « l'Etat respecte et garantit les droits de l'Homme » est introduite à l'article 33 de la Constitution. Ainsi, au fil de ces révisions constitutionnelles, une tentative pour intégrer davantage l'esprit libéral à la Constitution peut être clairement identifiée.

Schématiquement, après ces révisions constitutionnelles, les rêves révolutionnaires ont graduellement cédé la place à un Etat séculier et rationnel ; l'autonomie de la société civile et du marché est aussi progressivement consolidée ; les initiatives privées sont également davantage libéralisées et activées. Ainsi, selon GAO Quanxi, ces révisions constitutionnelles sont essentiellement cohérentes avec l'esprit de fond de la Constitution de 1982, à savoir terminer la révolution et rentrer dans une période de « normal politics ». En remontant au décret impérial de 1911, un tel esprit a donc traversé une centaine d'années de l'histoire du constitutionnalisme en Chine. Se basant sur une telle conscience historique, GAO Quanxi a avancé qu'il existe un courant de l'histoire en Chine consistant en la transformation d'une Constitution de survie en une Constitution libérale.¹⁶⁷²

Sur la base d'une telle conviction, on ne peut pas donc s'arrêter à la structure constitutionnelle existante, résultant de la Constitution de survie, comme le font CHEN

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, p.924.

¹⁶⁷² GAO Quanxi, « La genèse et l'évolution de l'école politique du droit constitutionnel », *op.cit.*, p.39-40.

Duanhong et QIANG Shigong. En particulier, selon GAO Quanxi, « le degré très limité d'ouverture politique dans la structure actuelle forme une frontière infranchissable pour l'évolution de l'Etat de droit en Chine. »¹⁶⁷³ Ainsi, si l'on cherche à consolider les avancements déjà acquis dans l'évolution vers une structure constitutionnelle au service de la période de « normal politics »¹⁶⁷⁴, il faut s'efforcer, selon lui, de réformer la structure actuelle du Parti-Etat¹⁶⁷⁵, en soumettant complètement le P.C.C. à la régulation de la constitution et des lois et en intégrant totalement le P.C.C. dans l'appareil d'Etat.¹⁶⁷⁶ Concrètement, concernant les recherches du droit constitutionnel, on doit donc développer une approche critique sur la base des exigences de la Constitution libérale, afin de stimuler davantage la réforme de la structure constitutionnelle existante.

En fin de compte, après avoir analysé les débats sur la nature de la Constitution chinoise, deux observations s'imposent à nous.

Premièrement, les chercheurs en droit constitutionnel ont en fait généralement admis que la Constitution chinoise ne se trouve pas actuellement dans une période de « normal politics » mais plutôt dans une période de « constitutional politics ». Même pour les fidèles de l'école politique du normativisme, rentrer dans la période de « normal politics » n'est qu'un objectif à poursuivre mais pas la situation actuelle déjà réalisée. Par rapport à l'école normativiste du droit constitutionnel, la période de « normal politics » est aussi plutôt imaginaire, parce que le défaut de justice constitutionnelle en Chine aujourd'hui a sensiblement limité l'effectivité des normes constitutionnelles dans la pratique juridique.¹⁶⁷⁷ Ainsi, un consensus peut être identifié : dans une période de « constitutional politics », la protection des droits individuels

1673 GAO Quanxi, « Réforme de l'Etat de droit et expériences chinoises », *Revue académique de CUPL*, n°2 2009, p.80 (高全喜: “法制变革及中国经验”, 《中国政法大学学报》2009年第2期, 第80页。).

1674 *Ibid.*, p.86.

1675 *Ibid.*, p.81.

1676 *Ibid.*, p.82.

1677 ZHANG Xiang, *op.cit.*, p.933.

ne constitue pas la préoccupation majeure du droit constitutionnel à l'heure actuelle, l'idéologie du libéralisme reste donc marginale dans la Constitution chinoise aujourd'hui.

Deuxièmement, concernant l'orientation future de l'évolution de la Constitution chinoise, même s'il demeure une question en suspens, l'idéologie étatiste va très probablement garder sa place dominante dans la Constitution chinoise, au moins à moyen terme.

D'un côté, pour n'importe quelle approche de l'école politique du droit constitutionnel, les auteurs ont en réalité tous accepté l'enracinement de l'esprit de survie dans la Constitution de 1982, et de plus, ils s'accordent pour reconnaître que cet esprit reste en réalité dominant dans la période actuelle de « constitutional politics ». Nous pouvons donc imaginer que dans le contexte actuel où les menaces politiques comme économiques envers la Chine n'ont pas été véritablement dissipées, il serait peu possible pour le peuple chinois d'abandonner l'étatisme en embarrassant le libéralisme.

D'un autre côté, même s'il existe une approche normativiste de l'école politique du droit constitutionnel qui a préconisé l'adoption d'une perspective historique sur l'évolution libérale de la Constitution chinoise, GAO Quanxi partage en fait avec CHEN Duanhong et QIANG Shigong un même constat concernant le régime actuel : aujourd'hui le P.C.C. se situe quand même en dehors de l'Etat et possède un statut dominant au moins au niveau politique. Ainsi, selon GAO Quanxi, si une réforme vers la Constitution libérale peut enfin être déclenchée, cette réforme sera « extrêmement difficile pour ceux qui sont au pouvoir », sachant qu'il s'agit essentiellement d'« une révolution contre les révolutionnaires. »¹⁶⁷⁸ De plus, même dans le cas où le gouvernant pencherait plutôt vers une position libérale, il convient aussi de noter que, selon GAO Quanxi, pour éviter de retomber dans le piège des révolutions permanentes, la libéralisation de la Constitution chinoise ne peut être déployée que de

¹⁶⁷⁸ GAO Quanxi, « Révolution, Réforme et Constitutionnalisme : la Constitution de 1982 et sa logique d'évolution », *op.cit.*, p.916.

manière progressive et par la voie de réformes (渐进改良).¹⁶⁷⁹ Ainsi, la mise en œuvre d'une telle évolution libérale occupera certainement une longue période.

En résumé, dans la Constitution chinoise, l'idéologie du libéralisme reste marginale en l'état actuel, et la Constitution de 1982 demeure dominée par l'esprit de survie. Même si l'évolution vers une Constitution libérale se manifeste davantage à travers les révisions constitutionnelles récentes, la libéralisation de la Constitution chinoise sera effectivement difficile dans le futur. Ainsi, en attendant l'achèvement de la libéralisation, une idéologie étatiste constitue l'idéologie sous-jacente de la Constitution chinoise, donc aussi l'idéologie sous-jacente de l'ordre juridique chinois.

¹⁶⁷⁹ GAO Quanxi, « La genèse et l'évolution de l'école politique du droit constitutionnel », *op.cit.*, p.37.

Conclusion du second chapitre

Dans ce chapitre, nous avons analysé les divergences de fond entre les régimes juridiques de la France et de la Chine, qui sont de fait l'obstacle essentiel à la transposition vers la Chine des méthodes adoptées en France pour équilibrer libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics.

En premier lieu, en ce qui concerne la structure d'équilibre, une série de particularités du régime juridique infrastructurel chinois a entraîné des difficultés sérieuses pour établir un équilibre structurel comme c'est le cas en France. Schématiquement, en raison du statut dominant des services des finances publiques dans la réglementation des activités des marchés publics, le juge administratif en Chine n'est pas effectivement intervenu pour régler les conflits issus des marchés publics. Par ailleurs, sous le régime actuel du contentieux administratif en Chine, l'office du juge administratif correspond plutôt à la modalité de REP en France, ce qui a également restreint la possibilité pour le juge d'intervenir pour régler ces conflits de façon satisfaisante. Ainsi, il n'est pas difficile d'imaginer que, au moins en l'état actuel, le juge administratif chinois soit incapable de jouer le même rôle que le juge administratif en France au sein de la structure d'équilibre.

En second lieu, en ce qui concerne l'idéologie sous-jacente de l'ordre juridique, le statut marginal du libéralisme dans la Constitution chinoise a également constitué un obstacle essentiel pour la transposition des méthodes adoptées en France vers la Chine. En effet, même si à travers une série de révisions constitutionnelles récemment adoptées, l'esprit libéral est davantage intégré dans la Constitution de 1982, il faut retenir qu'en l'état actuel l'esprit de survie reste dominant dans cette constitution, ce qui se traduit dans une idéologie étatiste implicite dans l'ordre juridique chinois. Dans ces conditions, la valeur de la concurrence effective n'a pas à être considérée comme intangible : en revanche, cette valeur est toujours mise en équilibre par le gouvernement central avec d'autres valeurs et objectifs. Ainsi, l'équilibre structurel en France, qui se fonde sur une limite liée à la concurrence effective, ne

peut être véritablement accepté par le droit chinois.

En résumé, si l'on cherche à transposer les méthodes d'équilibre adoptées en France vers la Chine, leur intégration complète est aujourd'hui presque impossible en raison des particularismes nationaux du droit chinois, qui tiennent à la fois au régime juridique infrastructurel spécifique à la Chine et à l'idéologie étatiste sous-jacente à l'ordre juridique chinois.

Conclusion du Titre II

De toute évidence, après avoir analysé la recherche d'équilibre entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics, nous avons tout d'abord constaté qu'en France et en Chine les méthodes adoptées pour cet équilibre sont résolument différentes. Et de surcroît, comme on vient de le démontrer dans le chapitre précédent, la transposition de celles pratiquées en France vers la Chine est presque impossible en raison des particularismes profonds du droit chinois. D'ailleurs, si l'on associe ces particularismes nationaux du droit chinois aux méthodes d'équilibre adoptées en Chine, on va voir que ces dernières sont en fait bien justifiées par ces particularismes.

Concrètement, tout d'abord, pour parachever un point d'équilibre pertinent, en France, la nature initiale des marchés publics en tant qu'instrument d'approvisionnement est davantage conciliée avec les besoins de l'utilisation stratégique des marchés publics, et d'ailleurs, la définition de la politique d'achat a été progressivement décentralisée à chaque acheteur, sous réserve de maintenir une concurrence effective vérifiée par le juge administratif. Au contraire, en Chine, dans le cadre d'une réglementation centralisée, le gouvernement central garde toujours un pouvoir de contrôle dominant sur tous les aspects de l'utilisation stratégique des marchés publics. Ainsi, en cette matière, ni le principe de neutralité ni les exigences issues de la concurrence effective ne peuvent restreindre ce pouvoir absolu. Il appartient donc également au gouvernement central de déterminer un équilibre final, en prenant en compte toutes les considérations pertinentes, parmi les divers intérêts et objectifs liés à la libéralisation et l'utilisation stratégique des marchés publics. En bref, en claire opposition avec l'équilibre structurel pratiqué en France, un équilibre volontariste s'applique en Chine.

De plus, les différences entre les méthodes d'équilibre de ces deux pays sont plutôt consistantes, et la convergence entre elles semble presque impossible, au moins en l'état actuel des choses. Même si l'on a constaté aujourd'hui des efforts en Chine afin de consacrer l'autonomie de chaque acheteur dans les activités relatives aux marchés publics, il faut

souligner que, pour réaliser un équilibre structurel comme c'est le cas en France, l'intervention du juge administratif est cruciale dans le maintien d'une concurrence effective. Or, comme on l'a montré, en raison d'une série de particularismes nationaux du droit chinois, le juge administratif en Chine n'est pas encore bien préparé à jouer le même rôle que son homologue en France. Comme, de plus, la valeur de la concurrence effective n'est même pas une valeur intangible dans l'ordre juridique chinois, des obstacles essentiels s'opposent à la convergence, et l'ont rendue presque impossible en l'état actuel des choses.

Enfin, de manière encore plus poussée, les méthodes d'équilibre adoptées en Chine peuvent en fait être bien justifiées par l'idéologie étatiste et l'esprit de survie sous-jacents à l'ordre juridique chinois. Ceux-ci ont donc donné une base solide à la modalité de réglementation centralisée pratiquée en Chine. Plus précisément, comme la théorie développée par CHEN Duanhong l'a éclairé, afin d'établir un puissant appareil d'Etat visant à réaliser la tâche nationale, la Constitution chinoise a consacré le principe du centralisme démocratique comme règle fondamentale. Selon ce principe, tous les organes de l'Etat doivent coopérer étroitement sous la direction unique du gouvernement central, afin de réaliser les politiques publiques décidées par le P.C.C.. Ce principe a donc expliqué pourquoi en Chine la définition de l'équilibre à établir entre les divers intérêts et objectifs liés à la libéralisation et l'utilisation stratégique des marchés publics doit être réservée au gouvernement central. A cet égard, CHEN Duanhong a encore indiqué que « la réalité de la structure politique de la Chine peut être résumée comme la suivante : sous la direction du P.C.C., le République populaire de Chine est un Etat législatif et administratif, employant simultanément la planification et le marché. »¹⁶⁸⁰ Par-là, nous pouvons ainsi clairement retenir que, la modalité d'équilibre de réglementation centralisée en matière de marchés publics est en réalité tributaire de la structure constitutionnelle chinoise, elle-même nettement centralisée et réglementée. Les méthodes d'équilibre adoptées en Chine en matière de

1680 CHEN Duanhong, « La Constitution, en tant que droit fondamental et droit suprême de l'Etat », *op.cit.*, p.485.

marchés publics sont alors pour l'essentiel le prolongement naturel de l'idéologie étatiste et de l'esprit de survie.

Conclusion de la Partie II

De manière générale, aujourd'hui, la France comme la Chine sont englobées dans les vagues de la globalisation, nous partageons donc aussi des problèmes analogues suscités par ce mouvement. Ceci nous incite à prendre des mesures comparables pour leur faire face, et l'utilisation stratégique des marchés publics constitue en effet une partie de ces mesures.

En la matière, au terme des recherches précédemment menées dans cette partie, nous pouvons tout d'abord constater qu'une homogénéité existe entre la France et la Chine sur à la fois les objectifs additionnels poursuivis à travers les marchés publics et les mesures adoptées pour leur mise en œuvre. Une tendance à la convergence entre ces deux pays est ainsi mise en lumière. Cependant, il faut aussi noter qu'il existe certaines différences dans ce domaine : schématiquement, les pouvoirs publics chinois soulignent particulièrement l'importance des objectifs de promotion de l'innovation nationale et des produits endogènes, et par ailleurs, ils préfèrent notamment les mesures d'intervention directe pour la mise en œuvre de ces objectifs additionnels. Ceci révèle ainsi des effets discriminatoires considérables impliqués par l'utilisation stratégique des marchés publics en Chine.

Alors, est-ce que les méthodes d'équilibre adoptées en France peuvent aider les pouvoirs publics chinois à mieux équilibrer la libéralisation avec l'utilisation stratégique des marchés publics ?

Sur cette question, nous avons tout d'abord constaté que les méthodes d'équilibre adoptées en France et en Chine sont résolument différentes : en Chine, dans le cadre de la réglementation centralisée, l'équilibre est réalisé de façon volontariste par le gouvernement central en prenant en compte toutes les considérations d'ensemble liées à la libéralisation et à l'utilisation stratégique des marchés publics. Mais en France, dans le cadre de la régulation décentralisée, l'équilibre est parachevé de façon structurelle avec des interventions séparées des divers acteurs des marchés publics, et le juge administratif joue un rôle essentiel dans la

protection de la concurrence effective.

De plus, à travers des analyses plus profondes, nous avons encore pu percevoir qu'il est en fait presque impossible d'inciter la Chine à adopter l'équilibre structurel développé en France. Les difficultés résident en fait dans des obstacles essentiels liés aux particularismes nationaux du droit chinois : au niveau structurel, les services des finances publiques en Chine gardent un rôle prédominant dans la résolution des conflits relatifs aux marchés publics, mais le juge administratif chinois n'intervient pas effectivement, et il n'est même pas capable d'effectuer d'intervention satisfaisante. La structure d'équilibre s'effondrerait alors dans ces conditions. De surcroît, au niveau de l'idéologie sous-jacente, la valeur de la concurrence n'est pas intangible aux yeux des pouvoirs publics chinois, en raison du fait que l'idéologie du libéralisme n'a pas été véritablement consacrée par la Constitution chinoise.

De manière encore plus profonde, il est même impossible d'amener la Chine à abandonner les méthodes d'équilibre volontariste pratiquées à l'heure actuelle dans ce pays. C'est essentiellement parce que l'équilibre volontariste et la modalité de réglementation centralisée sont en réalité fondés sur l'idéologie étatiste enracinée profondément dans l'ordre juridique chinois. Particulièrement, comme la théorie développée par CHEN Duanhong l'a bien démontré, la quatrième règle fondamentale de la Constitution chinoise tient à la tâche fondamentale donnée à l'Etat de réaliser « la modernisation socialiste », et notamment la prospérité et la puissance de l'Etat. Ainsi, tant que l'idéologie sous-jacente n'est pas transformée, il est par nature impossible de substituer les méthodes d'équilibre qui en découlent.

Enfin, sur la base d'une telle idéologie étatiste, associé aux différences précitées manifestées dans l'utilisation stratégique des marchés publics, il est aisé de saisir l'importance particulière attribuée par les pouvoirs publics chinois aux objectifs de promotion de l'innovation nationale et des produits endogènes. D'ailleurs, sous un tel régime qualifié par

CHEN Duanhong de nettement finaliste,¹⁶⁸¹ les mesures d'intervention directe sont naturellement le choix préféré aux yeux des exécutants des politiques publiques.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, p.499.

CONCLUSION GENERALE

Dans le contexte de la globalisation juridique, la convergence des régimes juridiques de différents pays est de plus en plus marquée ; un tel phénomène existe aussi en matière de marchés publics. Plus précisément, au terme de la présente étude, nous pouvons nettement constater une homogénéité entre les régimes des marchés publics en France et en Chine, qui se traduit à la fois dans la libéralisation et l'utilisation stratégique des marchés publics.

Schématiquement, la naissance du régime des marchés publics en France et en Chine est semblablement parachevée sous la direction d'une logique de finances publiques, il en résulte ainsi un régime réglementé et formaliste dans ces deux pays : ce processus a été qualifié de libéralisation endogène. Ensuite, sous l'influence du néo-libéralisme, introduit principalement par les normes internationales en la matière, la libéralisation exogène du régime des marchés publics se déploie en France comme en Chine : le champ d'application du droit des marchés publics a été considérablement amplifié, le régime de passation des marchés publics est aussi déréglementé de manière semblable.

Durant les années récentes, face à des défis provoqués par la globalisation économique, la liberté substantielle (*substantive freedom*) au sens d'Amartya Sen¹⁶⁸² est davantage prise en compte par les pouvoirs publics. L'utilisation stratégique des marchés publics s'est ainsi pareillement développée en France et en Chine, consistant à poursuivre à travers les marchés publics des objectifs de politiques publiques d'ordre social, environnemental et économique. Actuellement, en France comme en Chine, la mise en œuvre de ces objectifs a pu être déployée à presque tous les stades des activités des marchés publics.

Néanmoins, en même temps, une série de particularismes nationaux du droit chinois

1682 Amartya Sen, *Development as freedom*, op.cit., p.17.

émerge de la comparaison des régimes des marchés publics en France et en Chine, qui met ainsi en évidence un certain nombre d'éléments divergents.

De façon synthétique, le régime des marchés publics en Chine n'a toujours pas parachevé un niveau de libéralisation exogène semblable à celui de la France. De plus, en ce qui concerne les objectifs de politique publique assignés aux marchés publics et les mesures adoptées pour la mise en œuvre, les pouvoirs publics chinois présentent aussi une préférence nationaliste et interventionniste marquée au regard de leurs homologues en France. De surcroît, lors de l'affrontement entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics, les pouvoirs publics chinois ont pratiqué un équilibre volontariste sur la base de modalités de réglementation centralisées, qui s'oppose résolument à l'équilibre structurel recherché en France.

Certes, l'émergence en Chine de ces éléments divergents est partiellement due à des facteurs extérieurs : par exemple, à la différence du cas en France, la Chine ne se soumet actuellement à aucune organisation internationale compétente en matière de marchés publics. Et de plus, comme nous l'avons déjà vu, les pressions internationales peuvent influencer à un certain degré des choix des politiques en Chine.¹⁶⁸³ Néanmoins, de toute évidence, les facteurs intérieurs liés aux particularismes nationaux du droit chinois sont beaucoup plus déterminants.

Plus précisément, la Constitution chinoise de 1982 a défini la tâche fondamentale de

¹⁶⁸³ A titre d'exemple, sous une sévère pression internationale, les pouvoirs publics chinois ont aboli en 2011 les mesures d'utilisation stratégique destinées à l'objectif de la promotion de l'innovation nationale. Et de plus, la négociation de l'accession de la Chine à l'AMP a aussi conduit la Chine à abandonner en 2014 la position traditionnelle consistant à exclure systématiquement les entreprises publiques de réglementations des marchés publics. Enfin, pareillement pour éviter les reproches sévères du monde international, l'obligation de l'achat national posée par la loi relative aux marchés publics de 2003 n'a en réalité pas été exécutée de manière très stricte, sachant que, comme nous l'avons expliqué, cette obligation ne limite pas la participation des opérateurs étrangers aux marchés publics chinois, mais ne limite que l'accès des produits importés, et à cet égard, tous les produits fabriqués en Chine peuvent se soustraire directement à cette limite, quels que soient la proportion de la valeur à l'origine des pays étrangers impliquée dans ce produit.

l'Etat comme la construction d'un Etat prospère et puissant. Ceci explique pourquoi les pouvoirs publics chinois ont attribué une préférence particulière à des objectifs de nature nationaliste, comme ceux de la promotion de l'innovation nationale et de préférence pour les produits endogènes. De plus, le caractère nettement finaliste de la structure constitutionnelle qui en résulte conduit naturellement les pouvoirs publics chinois à privilégier les mesures d'intervention directe.

Dans la même logique, le principe du centralisme démocratique consacré par la Constitution chinoise de 1982 a bien justifié la modalité de réglementation centralisée en Chine au service de l'équilibre entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics. D'ailleurs, ce principe peut aussi expliquer les difficultés sérieuses de réforme en Chine concernant les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, parce que dans cette réforme il faut notamment veiller à concilier la responsabilisation des collectivités territoriales avec leur subordination à la direction unique du gouvernement central sur laquelle ce principe insiste particulièrement. A cause des gênes qui en résultent, cette sorte de réforme n'a pu avancer que dans une période très récente, à savoir en 2014, beaucoup plus tard donc qu'en France où cette réforme a été effectuée depuis 1982. Le retard de cette réforme a entraîné en Chine une pénurie dans l'autonomie et l'autodiscipline des organes des pouvoirs publics chinois. Mais malheureusement pour l'instauration véritable de la libéralisation exogène des marchés publics, ces caractères sont pour l'essentiel jugés indispensables en Chine.

De surcroît, ce qui est encore plus fondamental, c'est le statut marginal de l'idéologie du libéralisme dans la Constitution chinoise : de ce fait il est par nature impossible de fixer une limite de base liée à la concurrence effective pour toutes les activités des marchés publics. En ajoutant à cela la carence d'intervention effective du juge administratif chinois pour régler les conflits issus des marchés publics, résultant des particularismes du régime juridique infrastructurel en Chine, les méthodes d'équilibre structurel adoptées en France ne peuvent pas être acceptées par l'ordre juridique chinois. De plus, apparaît clairement le mépris

sous-jacent dans l'ordre juridique chinois pour la valeur de concurrence effective, ce qui peut expliquer le relâchement ou la négligence du législateur chinois concernant les projets de loi ayant pour l'effet d'améliorer la concurrence en matière de marchés publics en Chine. Comme nous l'avons montré dans la première partie, cette carence de la législation a sensiblement limité le progrès de la libéralisation exogène des marchés publics en Chine.

De manière encore plus poussée, en vertu de la théorie développée par CHEN Duanhong, tous les particularismes précédents peuvent effectivement remonter à l'idéologie étatiste impliquée dans la Constitution chinoise et à l'esprit de survie sous-jacent formulé sur la base de l'histoire chinoise du constitutionnalisme durant la dernière centaine d'années. Ces deux facteurs ont ainsi constitué le noyau dur des particularismes nationaux du droit chinois, et ils ont notamment confirmé leur légitimité intrinsèque, en leur permettant de persister fermement, même face à la vague de la globalisation juridique.

Tout cela nous rappelle encore une fois les remarques prévoyantes données par Brian Z. Tamanaha à la suite de l'échec du projet de « Law and Development ». Selon lui, « economic, political, and legal institutional arrangements taken from one society do not work the same way in another society with different arrangements and underpinnings. » Le pire est que « legal institutions (...) are relatively more dependent upon and subject to history and surrounding social forces. »¹⁶⁸⁴ Retournons au niveau du droit supranational : les particularismes nationaux du droit chinois précités vont très probablement augmenter les difficultés pour parachever la convergence dans la production des normes internationales en matière de marchés publics, notamment concernant la façon de traiter l'affrontement entre libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics. Toutefois, il ne faut pas perdre espoir, parce que, comme la théorie avancée par GAO Quanxi l'a bien expliqué, l'esprit libéral est aussi davantage intégré dans la Constitution chinoise de 1982, comme en témoignent les révisions constitutionnelles récemment adoptées. Ainsi, une fois cet esprit

¹⁶⁸⁴ Brian Z. Tamanaha, *op.cit.*, p.215.

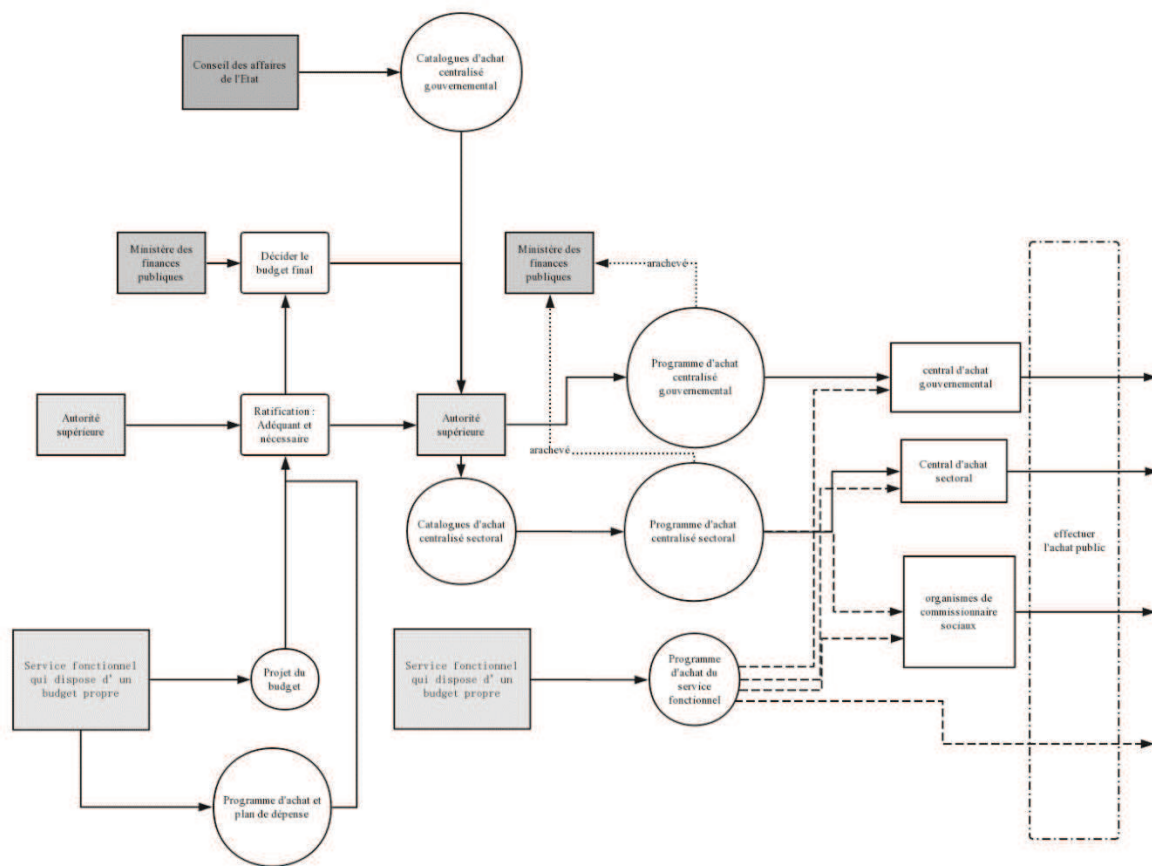
libéral complètement intégré dans l'ordre juridique chinois, en développant une structure constitutionnelle dirigée par l'idéologie du libéralisme, on rentrera dans une période de « normal politics » comme l'espère GAO Quanxi. A ce moment-là, la convergence globale du régime des marchés publics devrait être plus facile à réaliser.

Certes, la libéralisation de la Constitution chinoise doit être envisagée dans la longue durée, au terme d'une évolution onduleuse. Mais justement, c'est là la réalité de la globalisation juridique, qui ne peut jamais se faire en un jour.

Table des matières des Annexes

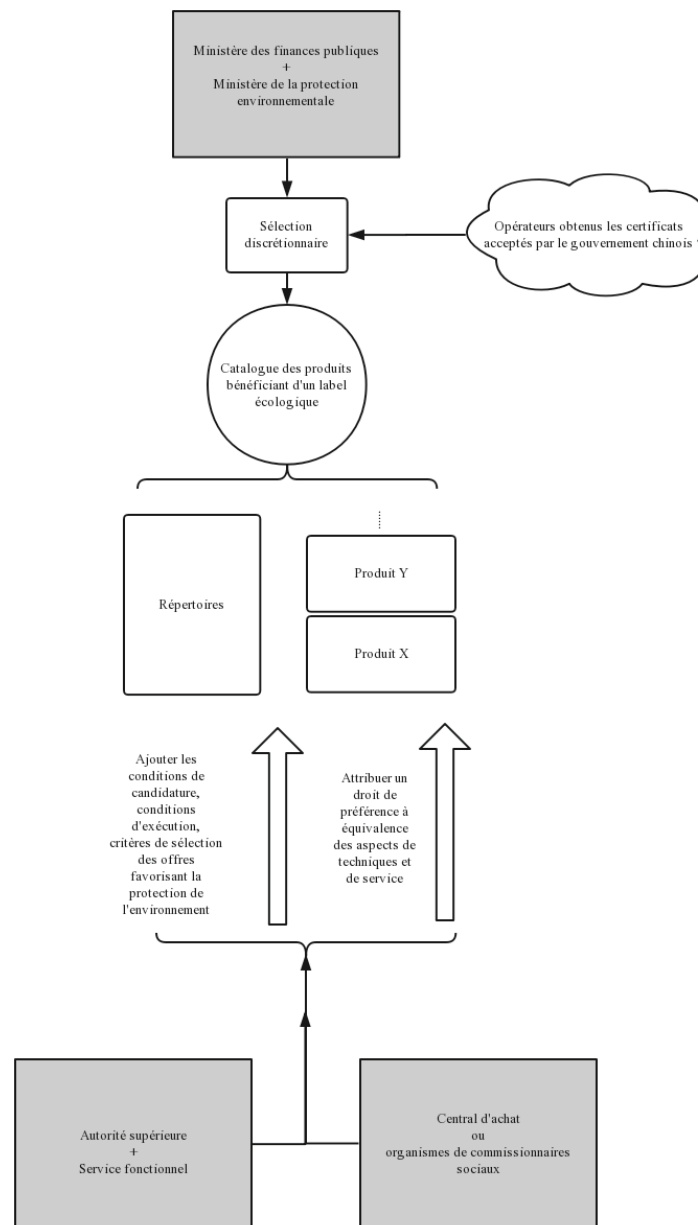
N° I	Tableau sur le fonctionnement interne de l'achat public en Chine
N° II	Tableau sur l'utilisation stratégique des marchés publics pour l'objectif de la protection de l'environnement en Chine
N° III	Tableau sur l'utilisation stratégique des marchés publics pour l'objectif de la protection de l'environnement en Chine
N° IV	Tableau sur l'utilisation stratégique des marchés publics pour l'objectif de faciliter l'accès des PME aux marchés publics en Chine
N° V	Tableau sur l'utilisation stratégique des marchés publics pour l'objectif de l'innovation nationale en Chine
N° VI	Tableau sur le régime de recours en matière de marchés publics en Chine
N° VII	Jurisprudences françaises
N° VIII	Jurisprudences européennes
N° IX	Jurisprudences chinoises

Annexe I: Tableau sur le fonctionnement interne de l'achat public en Chine¹⁶⁸⁵



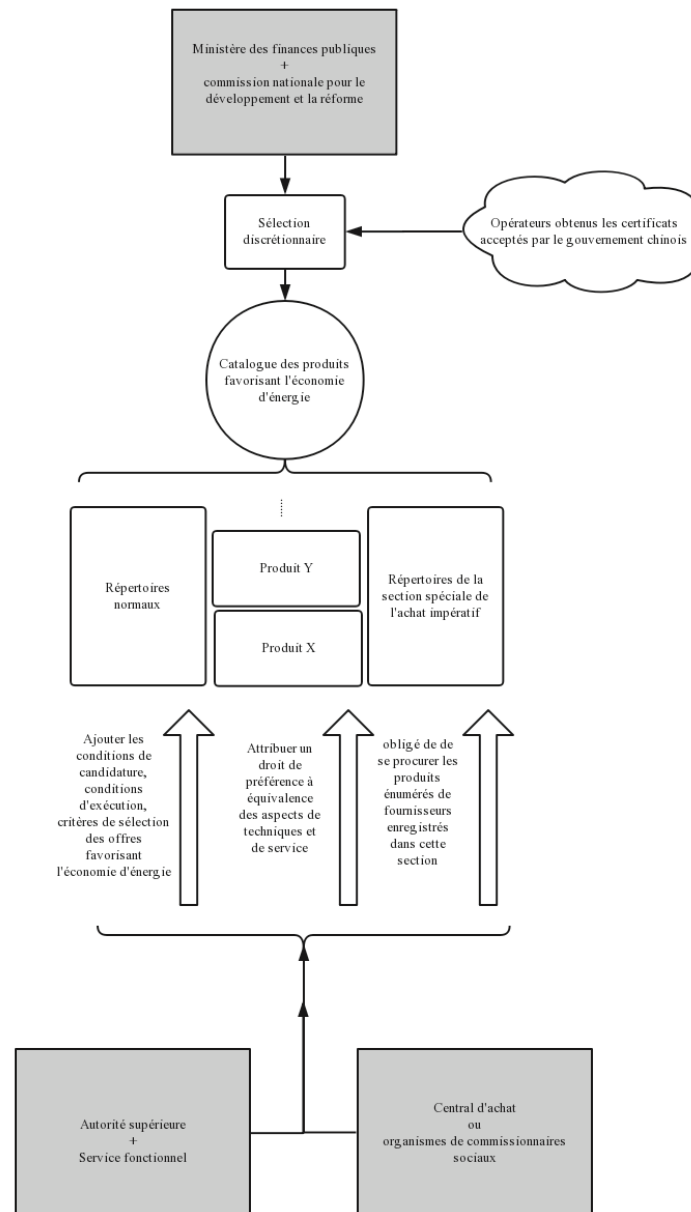
¹⁶⁸⁵ Etabli par l'auteur se basant sur l'arrêté ministériel n°30 de 2001 relatif aux marchés publics des organes du gouvernement central (2001 年财库[2001]30 号《中央单位政府采购管理实施办法》) et l'arrêté ministériel n°104 de 2004 relative aux marchés publics des organes du gouvernement central (2004 年财库[2004]104 号《中央单位政府采购管理实施办法》) ainsi que le décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》). Voir aussi les pages 95-99, 317-319 de la présente thèse.

Annexe II : Tableau sur l'utilisation stratégique des marchés publics pour l'objectif de la protection de l'environnement en Chine¹⁶⁸⁶



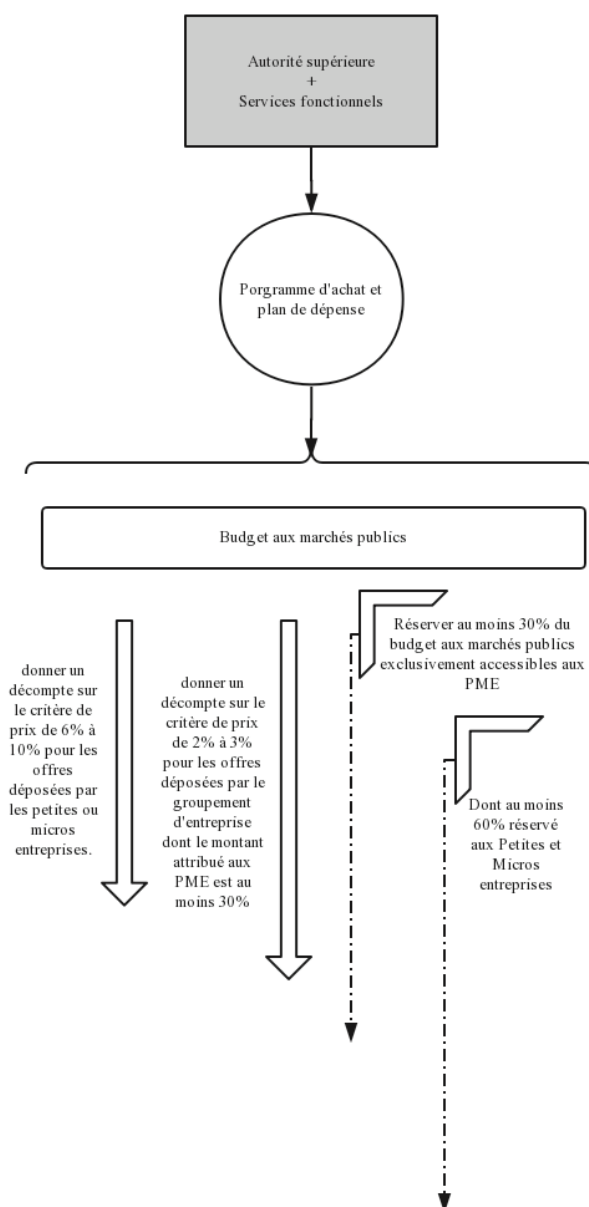
1686 Etabli par l'auteur en se basant sur l'arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique (2006 年财库[2006]90 号《关于环境标志产品政府采购实施的意见》) Voir aussi les pages 438, 449, 451, 516-519 de la présente thèse.

Annexe III : Tableau sur l'utilisation stratégique des marchés publics pour l'objectif de l'économie d'énergie en Chine¹⁶⁸⁷



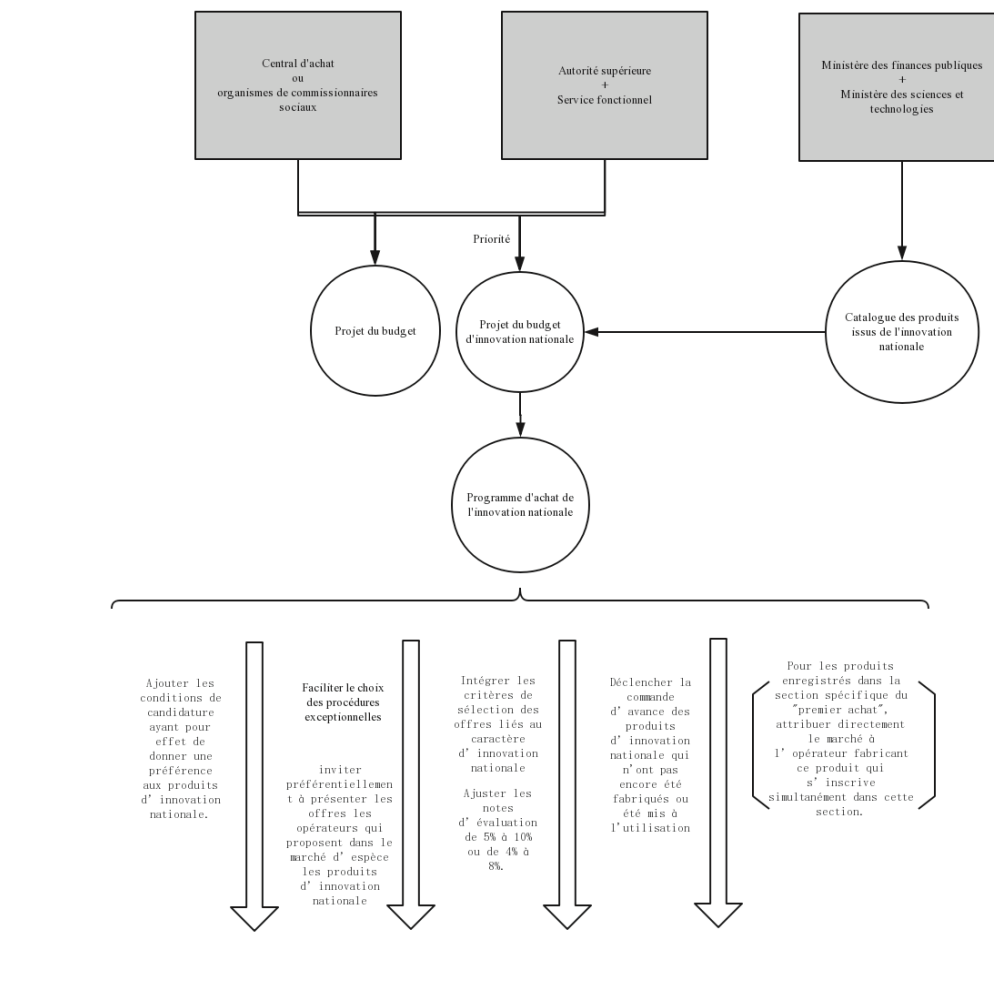
¹⁶⁸⁷ Etabli par l'auteur en se basant sur l'arrêté ministériel n°185 de 2004 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits d'économie des énergies (2004 年财库[2004]185 号《节能产品政府采购实施意见》) et l'instruction n°51 de 2007 relative à établir l'obligation d'achat public des produits d'économie d'énergie (2007 年国办发[2007]51 号《国务院办公厅关于建立政府强制采购节能产品制度的通知》). Voir aussi les pages 438, 443, 449, 451, 513, 516-519 de la présente thèse.

Annexe IV : Tableau sur l'utilisation stratégique des marchés publics pour l'objectif de faciliter l'accès des PME aux marchés publics en Chine¹⁶⁸⁸



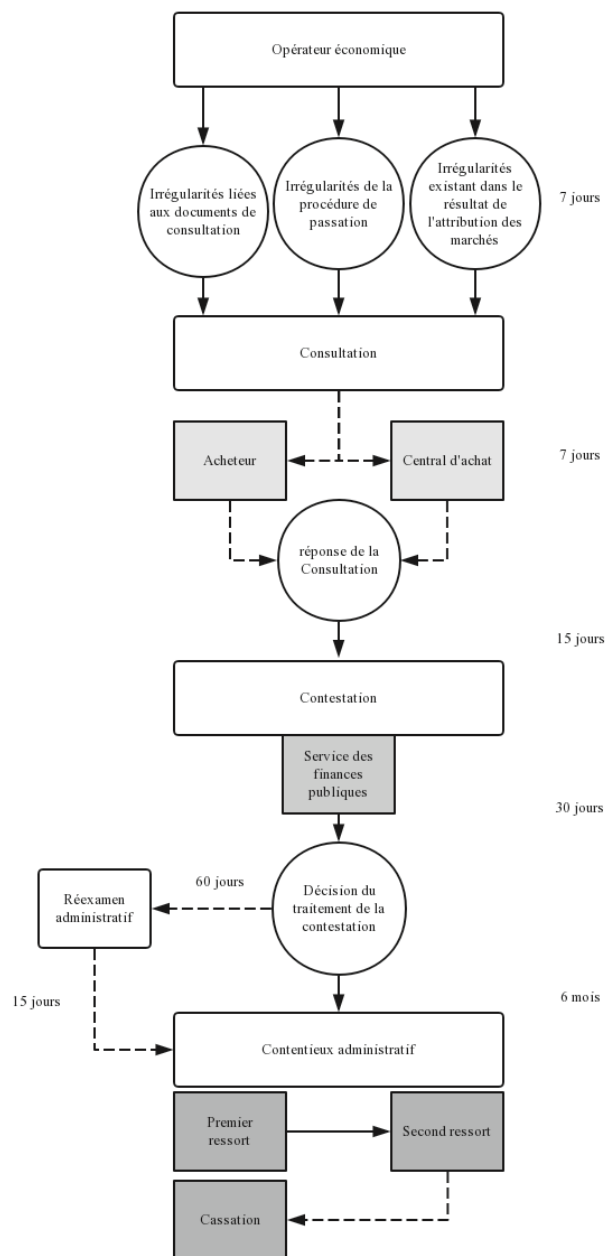
¹⁶⁸⁸ Etabli par l'auteur en se basant sur l'arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》). Voir aussi les pages 408-409, 412-413, 453.

Annexe V : Tableau sur l'utilisation stratégique des marchés publics pour l'objectif de l'innovation nationale en Chine¹⁶⁸⁹



1689 Etabli par l'auteur en se basant sur l'arrêté ministériel n° 29 de 2007 concernant la définition du budget en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]29 号《自主创新产品政府采购预算管理办法》(废止)), l'arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止)), l'arrêté ministériel n°31 de 2007 concernant les contrats des marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]31 号《自主创新产品政府采购合同管理办法》(废止)), l'arrêté ministériel n°539 de 2006 relative au régime temporaire de certification des produits relevant de l'innovation nationale (dérogé) (2006 年国科发计字[2006]539 号《国家自主创新产品认定管理办法(试行)》(废止)), et l'arrêté ministériel n°120 de 2007 concernant le premier achat et la commande d'avance des produits d'innovation nationale (2007 年财库[2007]120 号《自主创新产品政府首购和订购管理办法》). Voir aussi les pages 439-442, 448-449, 452-453, 517 de la présente thèse.

Annexe VI : Tableau sur le régime de recours en matière de marchés publics en Chine¹⁶⁹⁰



¹⁶⁹⁰ Etabli par l'auteur en se basant sur la loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》), l'arrêté ministériel n°20 de 2008 relatif au régime de traiter la contestation déposée par les fournisseurs dans le cadre des marchés publics (2008 年财政部令第 20 号《政府采购供应商投诉处理办法》) et la loi relative au contentieux administratif de 1989 (1989 年《行政诉讼法》). Voir aussi les pages 533-537, 542-543.

Annexe VII : Jurisprudences françaises

A. Décisions du Conseil Constitutionnel :

CC. n° 98-403 D.C. du 29 juillet 1998 sur la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

CC n° 2001-452 D.C. du 06 décembre 2001 sur loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier

B. Décisions du Conseil d'Etat :

CE. 29 novembre 1866, Gris, Recueil Lebon, p.1086.

CE. 9 janvier 1868, Servat, Recueil Lebon, p.14.

CE. 29 mars 1901, CASANOVA, Recueil Lebon, p. 333

CE. 18 avril 1902, NERIS-LES-BAINS, Recueil Lebon, p. 275

CE. 6 février 1903, TERRIER, Recueil Lebon, p. 94

CE. 4 août 1905, MARTIN, Recueil Lebon, p.749,

CE. 21 décembre 1906, SYNDICAT DES PROPRIETAIRES ET CONTRIBUABLES DU QUARTILIER CROIX-DE-SEGUEY-TIVOLI, Recueil Lebon, p.962,

CE. 4 mars 1910, THEROND, Recueil Lebon, p.193

CE. 24 juillet 1914, Dame veuve Treifous, Recueil Lebon. p.940.

CE, 10 août 1917, Baldy, requête numéro 59855, Recueil Lebon, p.638.

CE. 10 juin 1921, COMMUNE DE MONSEGUR. Recueil Lebon, p.573.

CE. 25 novembre 1925, sieur Pourcel, Recueil Lebon, p.941.

CE. 10 décembre 1937, Entreprise générale, Recueil Lebon, p.1021

CE. 28 janvier 1944, pons., Recueil Lebon, p.37.

CE. 23 juillet 1976, Commune de Bray-sur-Somme, Recueil Lebon, p.731.

CE, 13 mai 1987, Société Wanner Isofi Isolation, Recueil Lebon, p.171.

CE. 10 mai 1996. Fédération Nationale des travaux publics, n° 159979.

CE, le 9 juillet 2007, EGF-BTP, req. n° 297711.

CE. 25 mars 2013 Département de l'Isère, req. n° 364950

C. Autres jurisprudences françaises :

TA. Strasbourg, 30 novembre 1999, préfet du Bas-Rhin req. n° 991028.

TA Limoges, 18 févr. 2010, SARL SOGEO c/ Syndicat d'aménagement du bassin de la Vienne
moyenne et a. req. n° 08-01252.

TC. 28 mars 1955, EFFIMIEFF, Recueil Lebon, p.617.

Annexe VIII : Jurisprudences européennes

CJCE, 20 septembre 1988, Beentjes, affaire 31/87

CJUE, 26 septembre 2000, commission/France, affaire C-225/98

CJUE, 17 septembre 2002, Concordia bus finland, affaire C-513/99

- Conclusions de l'avocat général M. Jean Mischo présentée le 13 décembre 2001 sur l'affaire Concordia Bus Finland, C-513/99

CJUE, 4 décembre 2003, EVN AG, affaire C-448/01

CJUE, 10 mai 2012, Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas, affaire C-368/10

- Conclusions de l'avocat général Mme Juliane Kokott présentées le 15 décembre 2011 sur l'affaire Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas, C-368/10

Annexe IX : Jurisprudences chinoises

Accessible par les bases de données de la cour suprême populaire en Chine :

<http://wenshu.court.gov.cn/>

Arrêt l'institut de recherche n°60 de l'état-major général de la Chine et la société technique des équipements spéciaux de YIWAN à Shanghai, n°199 de 2009, rendu par la cour supérieure de JIANGSU. (江苏省高级人民法院 (2009) 苏民三终字第 0199 号, “中国人民解放军总参谋部第六十研究所与上海亿湾特训练设备科技有限公司案”。)

Arrêt Société des médicaments de BOSAILUO à guangzhou et le service de la santé publique n°5 de 2011 rendu par la cour intermédiaire de la ville de Nanjing de la province de JIANGSU (江苏省南京市中级人民法院 (2011) 宁行初字第 5 号 “广州柏赛罗药业有限公司与江苏省卫生厅卫生行政管理案”).

Arrêt Société des équipements électromécaniques de GUANYA et le service de construction et de l'urbanisme de la ville de Pinghu, n°9 de 2011 rendu par la cour de base de la ville de Pinghu de la province de ZHEJIANG (浙江省平湖市人民法院 (2011) 嘉平行初字第 9 号 “浙江冠亚机电设备有限公司与平湖市住房和城乡建设局行政合同案”).

Arrêt La société technique des équipements spéciaux de YIWAN à Shanghai et le service des finances publiques du district de Shaoxing, n°74 de 2012, rendu par la cour intermédiaire de Shaoxing de ZHEJIAING (浙江省绍兴市中级人民法院 (2012) 浙绍行终字第 74 号, “上海亿湾特训练设备科技有限公司与绍兴市财政局二审案”).

Arrêt Société de commerce de XIANDAIWOUER à Pékin et le ministère des finances publiques n°3543 de 2013 rendu par la première cour intermédiaire de Pékin (北京市第一中级人民法院 (2013) 一中行初字第 3543 号 “北京现代沃尔经贸有限责任公司与财政部案”).

Arrêt Société de travaux de GUANGSHA à Guangxi et le service des finances publiques de la

commune de Teng n°12 de 2013 rendu par la cour intermédiaire de la ville de Wuzhou de la province de GUANGXI (广西壮族自治区梧州市中级人民法院 (2013) 梧行终字第 12 号广西广厦建筑工程有限责任公司不服藤县财政局案).

Arrêté Société des matériaux pédagogiques de JIUDING et le service des finances publiques du district de Dazhu de la ville de CHONGQING, n°00115 de 2014 rendu par la cour de base du district de Dazhu de la ville de CHONGQING (重庆市大足区人民法院 (2014) 足法行初字第 00115 号“重庆九鼎教具有限公司与重庆市大足区财政局财政行政处理案”).

Arrêt Société de l'impression de JINHUI à AN HUI et le service de la transaction des ressources publiques, n°00055 de 2014 rendu par la cour de base du district de la ville de HEFEI de la province de l'AN HUI (安徽省合肥市庐阳区人民法院 (2014) 庐行初字第 00055 号“安徽金辉印务有限公司不服合肥市公共资源交易监督管理局作出投诉处理案”).

Arrêt Centre de service communautaire du district de LONGXIANG de la ville de SHENZHEN et le service des finances publiques du district de FUTIAN de la ville de SHENZHEN, n°399 de 2014 rendu par la cour intermédiaire de SHENZHEN de la province de GUANGDONG (广东省深圳市中级人民法院(2014)深中法行终字第 399 号“深圳市龙岗区龙祥社工服务中心与深圳市福田区财政局案”).

Arrêt Société de technique de SHENTIAN à Pékin et le service des finances publiques du district de la ville de Foshan n°126 de 2014 rendu par la cour intermédiaire de la ville de Foshan de la province de GUANGDONG (广东省佛山市中级人民法院 (2014) 佛中法行终字第 126 号“北京华胜天成科技股份有限公司与佛山市顺德区财税局财政行政处理案”).

Arrêt Société DENGCHUAN Technique à Chongqing et le service des finances publiques de la commune de RONGCHANG, n°00068 de 2014, rendu par la cour de base de la

commune de Rongchang (重庆市荣昌县人民法院(2014)荣法行初字第 00068 号,“重庆登川科技有限公司与荣昌县财政局案”).

Arrêt Société YUANSUO Technique à Shanghai et le service des finances publiques de la province de JIANGSU, n°00031 de 2015, rendu par la cour supérieure de la province de JIANGSU (江苏省高级人民法院 (2015) 苏行终字第 00031 号,“上海缘硕科技有限公司与江苏省财政厅行政处罚案”).

Arrêt Société des instruments de laboratoire de Trois Couleurs de l'Université de Zhejiang et le service des finances publiques de la commune SHANGRAO, n°36 de 2015, rendu par la cour de base du district de Keqiao de SHAOXING (绍兴市柯桥区人民法院 (2015) 绍柯行初字第 36 号,“杭州浙大三色仪器有限公司与绍兴市上虞区财政局案”).

Arrêt Société de la technique de KANGYUN et le service des finances publiques de la ville de LIU AN, n°00005 de 2015 rendu par la cour de base du district de Jinan de la ville de Liu an de la province de ANHUI (安徽省六安市金安区人民法院 (2015) 六金行初字第 00005 号南京康韵科技有限公司诉被告六安市财政局财政行政管理纠纷案).

Arrêt Société de l'impression de CHUANYIN et le service des finances publiques de JINTANG, n°3 de 2015 rendu par la cour de base de la ville de Pengzhou de la province de SICHUAN (四川省彭州市人民法院 (2015) 彭州行初字第 3 号“四川川印印刷有限公司与金堂县财政局不履行投诉处理职责案”).

Arrêt Société de la vente aux enchères de JIASHEN et le service des finances publiques de la commune de PUYANG n°00031 de 2015 rendu par la cour intermédiaire de la ville de PUYANG de la province de HENAN (河南省濮阳市中级人民法院 (2015) 濮中法行终字第 00031 号“河南加盛拍卖有限公司与濮阳县财政局政府采购投诉处理案”).

INDEX ALPHABETIQUE

A

accès à la concurrence.. 139, 148, 155, 157, 302,
319, 352, 530, 531

accès des PME aux marchés publics.....368, 370,
372, 373, 376, 377, 378, 379, 404, 413, 421, 424, 425,
426, 427, 435, 437, 439, 460, 461, 466, 467, 470, 507,
508, 529, 530, 543, 544

accord-cadre81, 82, 83, 84, 108

achat centralisé en quantité83, 109

achat d'une source unique 160

achat de la source unique.....162, 343

action inconstitutionnelle bénigne 580

adjudication62, 63, 65, 68, 69, 70, 85, 86, 88, 89,
90, 91, 92, 112, 126, 127, 129, 130, 131, 138, 147,
148, 151, 155, 156, 176, 177, 179, 180, 182, 183, 184,
185, 186, 188, 189, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 199,
200, 201, 245, 259, 264, 552

AELE211, 212, 213, 214, 215, 217, 218, 219

allotissement 322, 413, 415, 416, 424, 426, 427,
469, 470, 502, 503, 504, 508

AMP .16, 210, 211, 214, 219, 220, 221, 222, 224,

225, 226, 227, 228, 229, 233, 234, 235, 236, 237, 238,
239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 248, 254, 255,
287, 296, 297, 300, 305, 306, 352, 353, 356, 361, 376,
385, 405, 528, 539, 551, 552, 554, 555

appel d'offres 79, 81, 82, 91, 120, 121, 122, 123,
128, 130, 131, 132, 133, 160, 161, 162, 163, 164, 165,
166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 177, 179,
180, 181, 182, 184, 185, 188, 193, 194, 196, 197, 198,
199, 200, 201, 237, 239, 240, 243, 244, 245, 246,
247,248, 249, 250, 251, 252, 253, 255, 286, 288, 289,
290, 291, 305, 310, 321, 322, 323, 326, 338, 339, 340,
341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 358, 377, 426,
427, 454, 462, 463, 466, 531, 559, 566, 571

C

catalogue des produits bénéficiant d'un label
écologique 423, 465, 466, 529, 535

catalogue des produits favorisant l'économie
d'énergie 422, 458, 464, 531, 534

catalogue des produits issus de l'innovation
nationale 420, 455, 467, 530, 531, 535, 538

catalogues d'achat centralisé. 77, 103, 104, 105,
106, 107, 290, 328, 332

centrale d'achat centralisé....103, 105, 109, 118,
332, 333, 334, 337, 349

collaboration entre entreprises414, 415

commission d'appel d'offres.167, 168, 169, 170,
171, 173, 566, 571

concurrence effective ... 244, 334, 459, 475, 494,
502, 504, 505, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 516,
543, 544, 545, 546, 550, 551, 557, 563, 565, 569, 570,
571, 573, 602, 604, 605, 608, 613

conditions de candidature144, 148, 428, 429,
430, 431, 432, 435, 451, 452, 453, 459, 460, 469, 470

conditions d'exécution . 198, 319, 339, 389, 408,
409, 410, 411, 412, 422, 423, 424, 431, 443, 469, 482,
483, 489, 491, 499, 500, 504

Constitution de survie584, 593, 594, 598

Constitution libérale..... 586, 594, 595, 598, 599,
600, 601

constitutional politics... 577, 578, 579, 582, 585,
594, 599

contentieux administratif .4, 554, 555, 557, 559,
561, 570, 572, 602

coordination des commandes..... 311, 348, 349

critères additionnels..... 409, 410, 441, 443, 444,
446, 466, 467, 469, 472, 481, 482, 483, 485, 486, 487,

489, 491, 492, 493, 499, 509, 510, 511, 513, 514, 515,
516, 517, 543, 544

cycle de vie.....491, 492, 493, 522

D

définition des besoins 83, 101, 102, 104, 106,
107, 108, 109, 110, 113, 114, 117, 118, 119, 203, 254,
288, 389, 408, 409, 412, 418, 419, 420, 421, 422, 424,
452, 469, 504, 570

détermination de la procédure 159, 160, 176,
182, 199, 438, 461, 462, 504

dialogue compétitif249, 252, 253, 322, 323, 343,
346, 347, 348, 455, 463, 531

droit de préférence441, 442, 443, 464, 465, 469,
471, 472, 474, 520, 521, 523, 529, 533

E

école normativiste du droit constitutionnel 579,
599

école politique de l'existentialisme 586

école politique du droit constitutionnel579, 582,
583, 584, 585, 586, 594, 596, 598, 600, 601, 660

école politique du droit constitutionnel,..... 582

école politique du normativisme .. 586, 597, 599

économie d'énergie399, 400, 401, 454, 458, 471,

521, 522, 523, 525, 526, 529, 530, 531, 533, 534, 536,
537, 620

économie du prix ..59, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74,
76, 78, 79, 82, 83, 84, 85, 96, 97, 101, 102, 106, 107,
110, 120, 126, 132, 160, 168, 175, 196, 200, 202, 205,
257, 258, 328, 352, 359, 480, 524, 525

entreprises publiques... 272, 293, 294, 295, 296,
297, 298, 299, 300, 305, 356

équilibre structurel563, 565, 602, 604, 605, 608,
612, 613

équilibre volontariste565, 604, 608, 612

esprit de survie55, 585, 600, 601, 602, 605, 606,
614

évaluation des offres73, 159, 160, 168, 175, 176,
188, 194, 199, 201, 240, 245, 247, 338, 339, 345, 346,
458, 468, 472, 474, 523, 524, 530

G

groupements d'entreprises318, 320

I

idéologie du libéralisme573, 574, 576, 577, 585,
586, 600, 601, 608, 613, 615

idéologie étatiste ... 55, 593, 600, 601, 602, 603,

605, 606, 608, 614

innovation nationale 380, 381, 382, 383, 384,

405, 420, 421, 424, 425, 453, 454, 455, 456, 460, 462,
463, 466, 467, 468, 471, 472, 474, 476, 521, 522, 523,
524, 525, 526, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537,
538, 547, 607, 608, 613

instrument d'approvisionnement .. 15, 479, 480,
484, 486, 488, 493, 518, 520, 521, 523, 526, 542, 604

intégrité publique..59, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 76,
78, 79, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 96, 97, 101, 102, 106,
107, 110, 117, 119, 120, 125, 126, 132, 159, 160, 168,
177, 178, 182, 189, 190, 193, 194, 195, 196, 199, 200,
201, 202, 203, 205, 257, 328, 352, 359, 480

intensité du contrôle 565

L

libéralisation des marchés publics8, 58, 359,
360, 474

libéralisation endogène58, 59, 99, 306, 611

libéralisation exogène58, 99, 205, 207, 279, 295,
304, 305, 327, 330, 337, 347, 348, 350, 351, 354, 355,
356, 357, 359, 360, 613, 614

lien avec l'objet du marché...486, 487, 488, 489,
490, 491, 493

logique de finances publiques 59, 61, 62, 68, 71,

78, 82, 85, 87, 89, 95, 96, 97, 99, 203, 204, 205, 352,

359, 480, 484, 485, 518, 521, 523, 524, 611

loi type de la CNUDCI 48, 228, 234, 235, 237,
239, 245, 251

M

marchés publics de défense..... 4

N

négociation compétitive160, 162, 343, 344, 346,
348, 462, 463

niveau minimal de capacité 434, 459, 569

normal politics577, 578, 579, 595, 596, 597, 599

O

offre économiquement la plus avantageuse 168,
173, 246, 441, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 492, 493,
501, 513, 521, 542

offres anormalement basses 441, 450, 470

organisation interne de l'acheteur308, 311, 327,
331

organismes de commissionnaires 104, 118, 139,
140, 142, 334, 336

outil d'intervention publique479, 481, 494, 518,
519, 521, 523, 524, 525, 526, 527, 542, 543

P

partenariat d'innovation252, 441

particularismes nationaux55, 356, 359, 360, 361,
364, 477, 547, 549, 572, 603, 604, 605, 608, 611, 612,
614

partis politiques293, 294, 300, 329

personnes en difficulté . 386, 390, 395, 396, 398,
404, 471

politique d'achat ...384, 389, 497, 498, 500, 501,
502, 504, 540, 544, 545, 547, 550, 604

PPP 3

principe de neutralité... 482, 483, 484, 485, 506,
542, 545, 604

principe de non-discrimination.... 231, 232, 233,
234, 235, 236, 237, 444, 505, 506, 508, 509, 510, 512

procédure de demande de prix..... 72, 163, 343

produits endogènes376, 382, 384, 385, 405, 419,
443, 465, 474, 518, 520, 523, 524, 607, 608, 613

protection de l'environnement15, 386, 391, 392,
399, 401, 402, 404, 422, 447, 464, 488, 499

R

régime de recours..213, 221, 223, 224, 225, 226,
230, 551, 552, 555, 557, 563, 564, 571, 572

réglementation centralisée...494, 495, 496, 533,
 539, 540, 544, 545, 604, 605, 607, 608, 612, 613

 régulation décentralisée494, 498, 503, 544, 545,
 546, 607

 réservation des marchés434, 454, 458, 469, 471,
 472, 474, 505, 507, 525, 531, 533, 543, 544

 responsabilisation .100, 311, 312, 316, 318, 320,

322, 323, 328, 351, 546, 550, 613

S

simplification administrative436, 461

sous-traitance413, 414, 415, 424, 425, 469

V

variante..... 132, 188, 441, 447, 448, 449, 470

Bibliographie

I. Partie française

Ouvrages

AUBY Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'Etat*, L.G.D.J, 2010, 264 p.

AUDEBAUD Christian, *Essai sur l'évolution et les tendances actuelles des marchés de l'Etat*, thèse paris, 1950, 87 p.

BRACONNIER Stéphane, *Droit des marchés publics*, Groupe imprimerie nationale éditions techniques, 2002, 396 p.

BRACONNIER Stéphane, *Droit public de l'économie*, P.U.F 2015, 484 p.

BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit des marchés publics* (4^e édition), Le Moniteur 2012, 567 p.

BRACONNIER Stéphane, *Précis du droit de la commande publique* (5^e édition), Le Moniteur 2017, 647 p.

BRECHON-MOULENES Christine, *Les marchés publics européens: droit communautaire, droit comparé*, Sirey 1989, 128 p.

BRISSEON Jean-François, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, Imprimerie nationale 2004, 451 p.

CHEVALLIER Jacques, *Le service public*, P.U.F 2012, 127 p.

COLSON Jean-Philippe et IDOUX Pascale, *Droit public économique*, (8^e édition), L.G.D.J, 2016, 829 p.

DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, La mémoire du droit 1999, 285 p.

DUGUIT Léon, *L'Etat : le droit objectif et la loi positive*, Dalloz 2003, 623 p.

DUPOUX Jean et GROSGEORGE Bernard, *Les marchés publics en France*, P.U.F 1977, 126 p.

HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel* (34^e édition), L.G.D.J Lextenso édition, 744 p.

HARVEY David, *Le nouvel impérialisme*, traduit par Jean Batou et Christakis Georgiou, Les prairies ordinaires 2010, 241 p.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, DALLOZ 2002, 1150 p.

HAYEK Friedrich August, *Droit, législation et la liberté, II, le mirage de la justice sociale*, traduit par Raoul audouin, P.U.F 1982, 221 p.

HAYEK Friedrich August, *Droit, législation et la liberté, III, l'ordre politique d'un peuple libre*, traduit par Raoul audouin, P.U.F 1983, 253 p.

HAYEK Friedrich August, *Droit, législation et liberté, I, une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, traduit par Raoul audouin, P.U.F 2013, 948 p.

HAYEK Friedrich August, *La constitution de la liberté*, traduit par Raoul Audouin et Jacques Garelli avec la collaboration de Guy Millière, Litec 1994, 530 p.

JEZE Gaston, *Théorie générale des contrats de l'administration* volume 4, M. Giard 1934, 464 p.

JEZE Gaston, *Théorie générale des contrats de l'administration* volume 5, L.G.D.J 1936, 465-848 p.

JEZE Gaston, *Théorie générale des contrats de l'administration* volume 6, L.G.D.J 1936,

850-1255 p.

LAFERRIERE Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (2^e édition) Tome 1, BERGER-LEVRAULT ET C^{ie} 1896, 670 p.

LAJOYE Christophe, *Droit des marchés publics* (4^e édition), Lextenso 2009, 428 p.

LAUBADERE de André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre, *Traité des contrats administratifs*, volume I, L.G.D.J 1983, 796 p.

LAURENT Alain, *Histoire de l'individualisme*, P.U.F 1993, 124 p.

LLORENS François, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics : contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, L.G.D.J 1981, 704 p.

MATHIEU Edouard et SUBERCHICOT Maryse, *Marchés publics et structures industrielles*, Documentation française, 1977, 144 p.

PEQUIGNOT Georges, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, La thèse 1945, 625 p.

RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs* (9^e édition), L.G.D.J Lextenso 2014, 668 p.

RICHER Laurent, *L'Europe des marchés publics*, L.G.D.J 2009, 393 p.

ZHANG Li, *Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs en Chine*, BRUYLANT 2009, 738 p.

Articles

« 10 % des marchés des établissements de l'État devront comporter une clause environnementale », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 7, 20 Février 2012, act.107, p.8.

- « Initiatives en faveur du développement durable : projet de communication sur les achats publics durables », *Contrats et marchés publics* n°12 Décembre 2007, Alerte 40, p.4.
- « La réforme de la commande publique est lancée ! » *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 30-34, 27 Juillet 2015, act.673, pp.11-12.
- AUBY Jean-Bernard**, « Conclusion général », Jean-Bernard Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz 2010, pp.988-990.
- AUBY Jean-Bernard**, « Globalisation et droit comparé », *European Journal of Law Reform* 2006, vol.8, pp. 49.50.
- BARBE Vanessa**, « Les aspects environnementaux et sociaux des marchés publics et des contrats de partenariat », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 48, 24 Novembre 2008, numéro 14.
- BENOIT Francis-Paul**, « Les fondements de la justice administrative », in, *Mélanges offerts à Marcel Waline*, L.G.D.J, Tome 2, 1974, p. 283.
- BOLZE Christian**, « Entreprise. Petites et moyennes entreprises, Critères, Mesures relatives à la promotion et au développement des PME », *RTD Com.* 1991 p. 724.
- BONNARD Roger**, « La passation des marchés publics », *RDP* 1943, pp.151.154.155.157.159.162.164.165.
- BOULOUIS Nicolas**, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *RFDA* 2014, pp.617.622.
- BRACONNIER Stéphane**, « Les règles d'attribution des contrats », *RFDA* 2016, p.254.
- BRACONNIER Stéphane**, « Droit des marchés publics : l'âge de la maturité », *Contrats et Marchés publics* n° 2, Février 2009, étude 2, numéro 28.37.38.
- BRACONNIER Stéphane**, « L'accès aux marchés publics dans le nouveau Code des

marchés publics », *Contrats et Marchés publics* n° 4, Avril 2001, chron. 8, p. 21.

BRACONNIER Stéphane, « Le nouveau code des marchés publics – achèvement d’un cycle ou amorce de futures évolutions ? », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n°4, 25 janvier 2007, numéro 21.25.28.29.68.

BRACONNIER Stéphane, « Le nouveau code des marchés publics – entre responsabilisation et libéralisation », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n°18, 29 avril 2004, numéro 8.15.22.28.38.42.50.

BRACONNIER Stéphane, SCHWARTZ Rémy, FORNACCIARI Marc, « L'accès des PME à la commande publique », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 5, Septembre 2007, entretien 5, pp.10.14-15.

BRANGER Jacques, « L'évolution de la notion de marché public », in Bizaguet Armand, *Les marchés publics et leur financement*, Paris : Dalloz 1962, p.2.

BRECHON-MOULENE Christine, « Faire face à la complexité du droit des marchés », *Mon. TP*, 25 février 2000, pp.68.69.70.

BRECHON-MOULENES Christine, « Marchés publics et innovation technologique », in Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier, *L'interventionnisme économique de la puissance publique*, Montpellier : Centre d'études et de recherches administratives de Montpellier 1984, pp.61.62.63.64.65.

CAMOUS David-André, « Les marchés publics de performance énergétique ont-ils un avenir ? », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 45, 7 Novembre 2011, p.2351.

CANTILLON Guillaume, « Création du 'Service des achats de l'État' vers un achat public performant et durable », *Contrats et Marchés publics* n° 5, Mai 2009, étude 5, numéro 42.43.

- CHAPUS René**, « Le service public et la puissance publique », *RDP* 1968, p.238.
- CHEN Tianhao**, « Les ‘gènes’ français du droit des contrats administratifs chinois et de son évolution », *RFDA* n°4 juillet-août 2016, pp.845.848.850-851.
- CHEVALLIER Jacques**, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in. Variations autour de l’idéologie de l’intérêt général, Vol. 2, P.U.F., 1979, pp. 3-57.
- CHEVALLIER Jacques**, « La régulation juridique en question », *Droit et société* 2001/3 - n°49, p.829.
- COUTAUD André**, « Le régime administratif des marchés de l’Etat et des établissements publics nationaux », in Bizaguet Armand, *Les marchés publics et leur financement*, Dalloz 1962, pp.63.64.65.66.67.
- DE BAECKE Pierre**, « Comment améliorer encore l'accès des PME à la commande publique », *AJDA* 2007, pp.1505.1507.
- DELMAS-MARTY Mireille et IZORCHE Marie-Laure**, « Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste », *Revue Internationale de Droit Comparé* 2000, vol.52(4), pp.755.756.778.
- DELMAS-MARTY Mireille**, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz* 2006, p.951.
- DELMAS-MARTY Mireille**, « Le phénomène de l’harmonisation, l’expérience contemporaine », in Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *L’harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 1999, p.23.
- DELVOLVE Pierre**, « L’extension de la concurrence dans les marchés publics », in Nicole Catala, *l’Europe et les marchés publics*, EYROLLES 1994, p.24.
- DELVOLVE Pierre**, « Vers l’unification du droit des marchés publics? », in *Mélanges Dragos*, Economica, 1996. pp.225.228-229.

- DREYFUS Jean-David**, « Code des marchés et PME le choix de la discrimination positive », *AJDA* 2006 pp.1769.1770.1771.1772.
- DREYFUS Jean-David**, « Le nouveau code des marchés publics : une réforme axée sur la responsabilité de l'acheteur », *AJDA* 2004. p.3.
- DREYFUS Jean-David, PASTOR Jean-Marc**, « Dans quelles mesures peut-on prendre en compte les critères sociaux dans les marchés publics ? », *AJ Collectivités Territoriales* 2010 pp. 113-114.
- DUBIN Laurence**, « Le mieux-disant social, une vieille idée à l'épreuve du droit communautaire », *AJDA* 2002, pp.493.495.496.497.
- DUBREUIL Charles-André, ERSTEIN Lucienne, SORBARA Jean-Gabriel**, « Critère environnemental et choix de l'offre économiquement la plus avantageuse », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 49, 5 Décembre 2011, act. 749, p.7.
- DUMAS Georges**, « Les commandes publiques et l'économie », in Bizaguet Armand, *Les marchés publics et leur financement*, Paris : Dalloz 1962, pp.347.350.352.357.359.365-366.370.371.
- ECKERT Gabriel**, « Le périmètre des marchés de partenariat », *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2015, dossier 11, numéro 3.
- ETRILLARD Claire**, « Commande publique et développement durable », *Petites affiches*, 08 mars 2007 n°49, p.3.
- FERAL Pierre-Alexis**, « Actualité et integration du droit communautaire des marchés publics dans l'ordre juridique français », *Petites affiches*, 24 mai 1996 n° 63, PP.24-25.
- GLIOZZO Thomas**, « L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres », *AJDA* 2002, pp.1473-1474.1475.1476.1477.

- GRAND D'ESNON Jérôme**, « La réforme du code des marchés publics », *D.* 2003, Chron., p.2019.
- GUEZOU Olivier**, « Contrats publics et politique de la concurrence », *RFDA* 2014, p.639.
- GUIBAL Michel**, « Décret n°2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p.2.
- GUIBAL Michel**, « Un nouveau code des marchés publics ? », *AJDA* 2001, p.362
- HALLAUER Andrée**, « Les entreprises face à la modernisation de la commande publique », *CCIP* 5 juin 2003.
- HUL Sylvain**, « Critère 'social' une conception renouvelée du lien avec l'objet du marché », *AJ Collectivités Territoriales* 2013 p.295.
- IDOUX Pascale**, « Les considérations sociales et environnementales », *RFDA* 2016 pp.260.264.265.268.269.
- JORAT Magali**, « Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats », *RFDA* 2008, pp.456.461.
- JOURDAN Fleur**, « Le critère du 'mieux disant social' : un critère de choix », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n°22, 27 Mai 2013, 2150, p.23.24.
- KARPENSCHIF Michaël**, « Le contrat au service des politiques publiques : 'Contrat public et Union européenne' », *RFDA* 2014, p.22.
- KOEBEL Bruno**, « Marchés publics : comment acheter bio ? », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 48, 3 Décembre 2012, p.2385.
- LABETOULE Alexandre, Le CADET Sophie, BARDOUX Ariane**, « Panorama des principales nouveautés de la réforme du droit des marchés publics », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 20, 23 Mai 2016, 2130, p.32.

- LAUBADERE de André**, « Réflexions sur la crise du droit administratif français », *D.*, Chronique, 1952, p.5.
- LAVOILLOTTE Marie-Pierre**, « L'environnement dans le nouveau code des marchés publics l'affirmation du contrat au service de l'environnement », *AJDA* 2004, pp.2081.2082.
- LEBON Vanessa, PISTONE Frank**, « Le coût économique de la sécurité juridique des marchés publics », *AJDA* 2005, p.1817.
- LEMESLE Hélène**, « Réglementer l'achat public en France (XVIII-XIXe siècle) », *Genèse* 2010/3(n°80), pp.10.11.12.14.15.16.21.22.
- LEPOINTE Gabriel**, « L'histoire des marchés de l'Etat en France », in Bizaguet Armand, *Les marchés publics et leur financement*, : Dalloz 1962, pp.23.24.26.30-31.40.
- LICHERE François**, « La définition contemporaine du marché public », *RDP* 1997, p.1756.
- LINDITCH Florian**, « Véhicules à moteur et commande publique, à propos du décret du 5 mai 2011 relatif à la prise en compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur dans les procédures de commande publique », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 20, 16 Mai 2011, p.2189.
- LINDITCH Florian**, « Adoption de l'Acte unique pour le Marché unique », *Contrats et Marchés publics* n° 6, Juin 2011, alerte 37, p.37.
- LINDITCH Florian**, « Allotissement et marchés globaux », *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2015, dossier 6, numéro 17.20.21.
- LINDITCH Florian**, « Audit du soutien de la commande publique aux PME aux achats innovants et responsables par la Médiation des marchés publics et le Cabinet PwC », *Contrats et Marchés publics* n° 12, Décembre 2015, alerte, p.49.
- LINDITCH Florian**, « Environnement et marchés publics, une relation contre nature ? », *La*

Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 11, 8 Mars 2004, 1183.
p. 368.

LINDITCH Florian, « Notice d'information relative aux achats publics socio-responsables », *Contrats et Marchés publics* n° 11, Novembre 2009, alerte 51, numéro 3.

LINDITCH Florian, « Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics », *Contrats et Marchés publics* n° 2, Février 2013, alerte 5, p.3.

LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Comment intégrer les préoccupations sociales dans les marchés publics ? », *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2005, comm. 265, p.27.

LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « L'abrogation du code des marchés publics par l'ordonnance du 23 juillet 2015 », *Contrats et marchés publics* octobre 2015, Repère, p.2.

LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions ? », *Contrats et Marchés publics* n° 3, Mars 2014, repère 3, p.2.

LLORENS François, « Utilisation du critère du mieux-disant social », *RDI* 2000, p.39.

LLORENS Guillaume, « Écolabels et marchés publics », *Environnement et développement durable*, n° 5, Mai 2011, comm. 63, p.30.

LLORENS Guillaume, « Les documents de la consultation doivent indiquer les conditions d'appréciation d'un critère environnemental », *Environnement et développement durable*, n° 5, Mai 2010, comm. 68, p.37.

LORIOU Mathieu, « L'élargissement de l'obligation d'allotissement par l'ordonnance du 23 juillet 2015 », *AJ Collectivités Territoriales* 2015 pp.625.627.

LORIOU Mathieu, « L'élargissement de l'obligation d'allotissement par l'ordonnance du 23

juillet 2015 », *AJ Collectivités Territoriales* 2015 pp.627.628.

MALJEAN-DUBOIS Sandrine, « La clause du mieux-disant social n'est pas un critère additionnel d'attribution des marchés publics », *AJDA* 1997, pp.196.201.202.

MBILAMPINDO Wilfrid, « Marchés publics : le sort du critère additionnel d'insertion dans le jugement des offres », *Petites affiches*, 26 juin 2000 n°126, p.10.

MODERNE Frank, « La concurrence des services techniques de l'Etat et des techniques privés auprès des collectivités locales », *RDI* 1982, p.467.

PEQUIGNOT Georges, « Le contentieux des marchés publics », in Bizaguet Armand, *Les marchés publics et leur financement*, Paris : Dalloz 1962, pp.230.238.239.

PIETRI Jean-Paul, « Pouvoir du juge en cas d'éviction d'un candidat pour capacité technique insuffisante », *Contrats et Marchés publics* n° 7, Juillet 2013, comm. 203, p.35.

PIGNON Sophie, « La prise en compte des critères environnementaux dans les marchés publics », *Petites affiches*, 23 décembre 2002, pp.5.6.

PIGNON Sophie, BANDET Denis, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p.370.

PIVETEAU Denis, « concl. sur CE, 25 juill. 2001, Commune de Gravelines », *AJDA* 2002, p.46.

PONGERARD-PAYET Hélène, « Critères sociaux et écologiques des marchés publics : droits communautaire et interne entre guerre et paix », *Actualité du droit de l'union européenne* n° 10, Octobre 2004, étude 10, numéro 9.12.15.

PONGERARD-PAYET Hélène, « Le critère social exprès d'attribution un cadeau en trompe-l'oeil fait aux élus », *AJDA* 2006, pp.635.638.

- PONSSARD Jean-Pierre**, « Quelle stratégie pour les commandes publiques ? », *Revue française de Gestion*, 21, mai, juin, juillet, aout, 1981, p.108.
- PONSSARD Jean-pierre**, « quelle stratégie pour les commandes publiques », *Revue française de Gestion*, 21, mai, juin, juillet, aout, 1981, pp.109.110.111.
- PONTHOREAU Marie-Claire**, « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », “*Le droit public existe-t-il ?*”, *site collaboratif de recherche interdisciplinaire sur le droit public* 09 mai 2009, vol. Thème “Suis-je l’Etat ?”, Bruxelles: Université Libre de Bruxelles, p.6.
- RAPP Lucien**, « L'accès des PME aux marchés publics un small business act ? », *Contrats et Marchés publics* n° 6, Juin 2014, dossier 12, numéro 12.18.21.
- RIVERO Jean**, « Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif », *Etudes et documents du Conseil d’Etat*, 1955, pp. 27-36.
- ROMAN-SÉQUENSE Brigitte**, « 80 mesures de simplification de la vie des PME mises en oeuvre à partir de l'été 2011 », *Contrats et Marchés publics* n° 8, Août 2011, comm. 278, pp.47-48.
- ROMAN-SÉQUENSE Brigitte**, « Accès des PME à la commande publique : rappel du dispositif mis en place dans le Code des marchés publics », *Contrats et Marchés publics* n° 12, Décembre 2013, comm. 330, p.53
- ROMAN-SÉQUENSE Brigitte**, « Accès des PME à la commande publique : le relèvement à 15 000 euros du seuil de dispense d'obligation de publicité et de mise en concurrence est publié ! », *Contrats et Marchés publics* n° 1, Janvier 2012, comm. 33, pp.49-50.
- ROMAN-SÉQUENSE Brigitte**, « Dans l’accès à la commande publique, comment favoriser les produits transformés à partir du bois issu des forêts durablement gérées ? », *Contrats et marchés publics* n°11 Novembre 2007, comm. 318, pp.34-35.

- ROMAN-SÉQUENSE Brigitte**, « Quelles mesures pour lutter contre les offres anormalement basses ? », *Contrats et Marchés publics* n° 12, Décembre 2013, comm. 331, p.54.
- RUSU Gabriela-Adriana**, « L'accès des entreprises étrangères aux marchés publics français », *Contrats et Marchés publics* n° 3, Mars 2014, étude 2, numéro 6.8.
- SCHMITT Olivier**, « La commande publique et le développement durable », *Gazette du Palais*, 18 juin 2005 n°169, p.4.
- SIMONNET Yann**, « Centrales d'achat, en quête de précision », *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2015, dossier 7, numéro 33.
- SIRINELLI Jean**, « La revalorisation du critère des performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté », *Revue juridique de l'économie publique* n° 710, Juillet 2013, comm. 31, pp.31.32.
- SORBARA Jean-Gabriel**, « Marchés publics et innovation », *Contrats et Marchés publics* n° 6, Juin 2014, dossier 13, numéro 5.6.7.12.19.20.
- SUPPLISSON Didier**, « Critères d'attribution des marchés publics quelques changements dans la continuité », *AJDA* 2006 p.1767.
- TREBULLE François Guy**, « Marchés publics et développement durable (suite) », *RDI* 2006, pp.442.443.
- UBAUD-BERGERON Marion**, « La négociation », *Contrats et Marchés publics* n° 6, Juin 2014, dossier 7, pp.11.31.32.33.
- UBAUD-BERGERON Marion**, « Le champ d'application de l'ordonnance relative aux marchés publics », *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2015, dossier 2, numéro 12.
- WALINE Marcel**, « L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses co-contractants »,

RDP 1951. pp.5.7.9.12.19.23-24.27.28.31.34.

ZIMMER Willy, « Critère de la performance en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté », *Contrats et Marchés publics* n° 5, Mai 2013, comm. 131, p.22.

ZIMMER Willy, « Durabilité de l'achat et responsabilité sociale des entreprises et droit des marchés publics », *Contrats et Marchés publics* n° 7, Juillet 2012, comm. 209, p.12.

ZIMMER Willy, « Régularité de la méthode de notation », *Contrats et Marchés publics* n° 3, Mars 2014, comm. 77, p.31.

Textes juridiques

A. Textes juridiques français

Ordonnance du 4 décembre 1836 sur les marchés passés au nom de l'Etat

Décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'Etat

Décret du 10 août 1899 conditions de travail dans les marchés passés au nom des départements.

Instruction du 15 juin 1903 pour la passation des marchés du département de la guerre, 2e édition

Instruction du 21 novembre 1921 relative aux marchés du département de la guerre,

Conditions générales des marchés de la Marine (1920-1929).

Décret du 6 avril 1942 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

Décret du 13 mars 1956 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat.

Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

Arrêté ministériel du 5 mai 1992 fixant la composition et le fonctionnement de la commission

d'ouverture des plis, ainsi que d'agrément des candidatures, pour les marchés de travaux, fournitures, services ou études passés par l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes

Décision du gouvernement du 29 juillet 1993 relative à la prise en compte de critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics.

Arrêté ministériel du 6 avril 1995 fixant la composition et le fonctionnement des commissions d'adjudication et d'appel d'offres pour les marchés publics passés au nom de l'Etat par l'administration centrale du ministère de l'éducation nationale

Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics.

Décret n° 2009-193 du 18 février 2009 relatif aux modalités d'application de l'article 26 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie pour la passation des marchés publics de haute technologie avec des petites et moyennes entreprises innovantes.

Décret n° 2011-1853 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du Code des marchés publics.

Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics

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

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

B. Textes juridiques européens

Directive n°70/32/CEE du 17 décembre 1969 concernant les fournitures de produits à l'Etat, à ses collectivités territoriales et aux personnes morales de droit public, JO L 13, 19.1.1970, p. 1–3.

Directive n°71/304/CEE du 26 juillet 1971 concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales, JO L 185, 16.8.1971, p.1 – 4.

Directive n°71/305/CEE du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JO L 185 du 16.8.1971, p. 5–14.

Directive n°77/62/CEE du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, JO L 13 du 15.1.1977, p. 1–14.

Directive n°80/767/CEE du 22 juillet 1980 adaptant et complétant, en ce qui concerne certains pouvoirs adjudicateurs, JO L 215 du 18.8.1980, p. 1–28.

Directive n°2001/78/CE du 13 septembre 2001 sur l'utilisation des formulaires standard pour la publication des avis de marches publics, JO L 285 du 29.10.2001, p. 1–162.

Directive n°2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO L 134 du 30.4.2004, p. 114–240.

Directive 2006/32/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques et abrogeant la directive 93/76/CEE du Conseil, JO L 114 du 27.4.2006, p. 64–85.

Directive n°2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, JO L 94 du 28.3.2014, p. 65–242.

C. Textes juridiques internationaux

AMP de l'OMC de 1979

https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm (Consulté le 5 juillet 2017)

AMP de l'OMC de 1994

https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm (Consulté le 5 juillet 2017)

AMP de l'OMC de 2012

https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm (Consulté le 5 juillet 2017)

Loi type de la CNUDCI de 1995

<https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement/ml-proc-f.pdf>

(Consulté le 5 juillet 2017)

Loi type de la CNUDCI de 2011

www.uncitral.org/pdf/french/...2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-f.pdf

(Consulté le 5 juillet 2017)

Documents officiels

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. JORF n°0169 du 24 juillet 2015 page 12601.

Lionel Stoleru, *Rapport au président de la République : l'accès des PME aux marchés publics*, le 05 décembre 2007,

<https://www.marche-public.fr/contrats-publics/rapport-stoleru-acces-marches-publics-PM-E.pdf> (Consulté le 5 juillet 2017)

Groupe d'étude des marchés de développement durable, *Notice d'information relative aux achats publics socio-responsables*, Direction des affaires juridiques juillet 2009,

<https://www.economie.gouv.fr/daj/notice-dinformation-relative-aux-achats-publics-socio-responsables-date-publication-juillet-2009> (Consulté le 5 juillet 2017)

Observatoire économique de l'achat public, *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées*, décembre 2010.

https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents_ateliers/personnes_eloignees/guide_commande_publicque_acces_emploi_personnes_eloignees-2010-archive.pdf (Consulté le 5 juillet 2017)

Benedicte Federspiel, Martin Siecker, Ivan Voles, *Avis du Comité économique et social européen : L'acte pour le marché unique – Douze leviers*, Comité économique et social européen 2011.

<http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.fr.int-opinions.18568> (Consulté le 5 juillet 2017)

Jean-Luc Warsmann, *Rapport au Président de la République : La simplification du droit au service de la croissance et de l'emploi*, juillet 2011.

www.cnrs.fr/aquitaine/IMG/pdf/Rapport-warsmann.pdf (Consulté le 5 juillet 2017)

Atelier de réflexion PME et commande publique, *Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics -- Guide de bonnes pratiques*, Direction des affaires juridiques, Décembre 2012.

https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publicque/guide_de_bonnes_pratiques.pdf.

(Consulté le 5 juillet 2017)

DAJ, *Guide pratique de l'achat public innovant*, version 2, Janvier 2014.

<https://www.economie.gouv.fr/daj/guide-pratique-lachat-public-innovant-est-en-ligne>

(Consulté le 5 juillet 2017)

Atelier de réflexion sur les aspects sociaux de la commande publique, *Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées*, version 2.1 octobre 2015.

<https://www.economie.gouv.fr/daj/mise-a-jour-guide-sur-commande-publique-et-laces-a>

[-l'emploi-des-personnes-qui-en-sont-eloignees](#) (Consulté le 5 juillet 2017)

Rép. min. n° 61799 : JOAN Q 5 juill. 2005, p. 6645 (Q. 5 avr. 2005, M. André Chassaigne).

Rép. min. n° 67976 : JOAN Q 12 juill. 2005, p. 6886 (Q. 21 juin 2005, Mme Chantal Robin-Rodrigo)

Rép. min. n° 102882 : JOAN Q, 28 nov. 2006, p. 12458 (Q. 5 sept. 2006, M. Dino Cinieri).

Rép. min. n° 25167 : JO Sénat Q, 11 janv. 2007, p. 75 (Q. 9 nov. 2006, M. Bernard Piras).

Rép. min. n° 675 : JOAN Q 7 juill. 2015, p. 5214 (Q. 28 oct. 2014, Mme Michèle Delaunay).

Rép. min. n° 865 : JOAN Q 22 déc. 2015, p. 10572 (Q. 4 août 2015, M. Gérald Darmanin).

Commission européenne, *Livre vert les marchés publics dans l'union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir*. Bruxelles, le 27 11 1996.

http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_fr.pdf.

(Consulté le 5 juillet 2017)

Commission des communautés européennes, *Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés*, Bruxelles, le 4.7.2001, JO C 333 du 28.11.2001, p. 12–26.

Commission des communautés européennes, *Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés*, Bruxelles, le 15.10.2001, JO C 333 du 28.11.2001, p. 27–41.

Commission européenne, *Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics vers un marché européen des contrats publics plus performant*, Bruxelles, le 27.1.2011.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:FR:PDF>

(Consulté le 5 juillet 2017)

Commission européenne, *L'Acte pour le marché unique*, Bruxelles 2011.

<https://ue.delegfrance.org/Marche-interieur-Actes-pour-le> (Consulté le 5 juillet 2017)

Commission européenne, *Communication de la commission au parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions : Un budget pour la stratégie Europe 2020*, Bruxelles, PART I le 29.6.2011.

http://ec.europa.eu/budget/library/biblio/documents/fin_fw1420/MFF_COM-2011-500_Part_I_fr.pdf. (Consulté le 5 juillet 2017)

Commission européenne, *Proposition modifiée de règlement du parlement européen et du conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers*, Bruxelles, le 29.1.2016 COM(2016) 34 final.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1454314007877&uri=COM%3A2016%3A34%3AFIN> (Consulté le 5 juillet 2017)

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa septième session*, A/CN.9/575, New York, 4-8 avril 2005.

<https://daccess-ods.un.org/TMP/6051723.36101532.html> (Consulté le 5 juillet 2017)

II. Partie chinoise

Ouvrages

DENG Zhenglai, *La globalisation de qui ? Quelle sorte de la philosophie du droit ?*, Commercial Press 2009, 290 p. (邓正来, 《谁之全球化? 何种法哲学? 》, 商务印书馆 2009 年, 290 页。)

Le groupe d'investigation spécial de l'institut de science juridique de l'académie des sciences sociales, « Le rapport d'enquête sur l'application en pratique du régime des marchés publics chinois », *Le rapport du développement de l'Etat de droit en Chine n°11 2013*, SSAP février 2013, 448 p (中国社会科学院法学研究所法治国情调研组: “中国政府采购制度实施状况调研报告”, 《中国法治发展报告 NO.11 (2013 年法治蓝皮书)》, 社科文献出版社 2013 年 2 月出版, 448 页。).

LI Xiao, *L'étude sur le régime des marchés publics sous la dynastie de SONG*, Shanghai Populaire Presse, 523 p (李晓: 《宋朝政府采购制度研究》, 上海人民出版社 2007 年版, 523 页。).

MA Licheng, *Huit tendances idéologiques sociales en Chine contemporaine*, Social Science Academic Press 2012, 363 p (马立诚: 《当代中国八种社会思潮》, 社会科学文献出版社 2012 年, 363 页。).

RUAN Jinsong, *Les recherches et la perspective de réforme sur le régime des marchés publics en Chine*, La thèse de l'Université de Zhejiang 2004, 46 p (阮劲松: “我国政府采购制度的剖析与改革构想”, 浙江大学 2004 年, 46 页。).

SONG Liying et WANG Manchang, *Marchés publics*, Presse de l'Université de Jiaotong XI AN 2007, 235 p (宋丽颖, 王满仓, 《政府采购》, 西安交通大学出版社 2007 年版, 230 页。).

Trésor Public, Bureau des affaires des marchés publics, Direction des affaires juridiques

du ministère des finances publiques, Direction des finances et d'économie du bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l'Etat, *Les interprétations sur le décret d'application de la loi relative aux marchés publics en Chine*, CFEPPH 2015, 372 p (财政部国库司、财政部政府采购管理办公室、财政部法条司、国务院法制办公室财经司：《中华人民共和国政府采购法实施条例释义》，中国财政经济出版社 2015 年，372 页。)

YAO Wenshen, *Le régime juridique des marchés publics*, Law press 2009, 375 p (姚文胜, 《政府采购法律制度研究》，法律出版社 2009 年，375 页。).

YING Songnian, *Le droit administratif et le droit du contentieux administratif* 2^{ème} édition, Law Press 2009, 598 p (应松年：《行政法与行政诉讼法学》第二版，法律出版社 2009 年，598 页).

YU An, SONG Yaqing, WAN Ruyi, *Les méthodes et les pratiques en matière de marchés publics*, China Personnel Press 2012, 190 p (于安，宋雅琴，万如意：《政府采购方法与实务》，中国人事出版社 2012 年，190 页。).

ZHANG Chuan, *Les recherches comparatives sur le droit des marchés publics*, FANGZHENG Chine Presse 2007, 349 p (张传：《政府采购法之比较研究》，中国方正出版社 2007 年版，349 页。).

ZHANG Jiajin, *L'ouverture des marchés publics chinois*, Uibep 2008, 283 p (张家瑾：《我国政府采购市场开放研究》，对外经济贸易大学出版社 2008 年，283 页。).

Articles

« La sixième offre déposée par la Chine pour l'accès à l'AMP de l'OMC », *Marchés publics en Chine* n°12 2014, p.13 (“我国向世界贸易组织提交加入_政府采购协定_第 6 份出价清单”，《中国政府采购》2014 年第 12 期，第 13 页。).

« Le Conseil des affaires de l'Etat demande d'augmenter la proportion des voitures à énergies

nouvelles dans les marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°3 2016, p.4 (“ 国务院常务会议要求提高新能源汽车政府采购占比”, 《中国政府采购》2016 年第 3 期, 第 4 页。)

« Les dernières demandes déposées par les membres de l’AMP sur la négociation », *Marchés publics en Chine* n°7 2011, pp.25-27 (“GPA 参加方最新要价”, 《中国政府采购》2011 年第 7 期, 第 25-27 页。)

« LI Keqiang est présent dans la conférence nationale sur les affaires des finances publiques », *Marchés publics en Chine* n°1 2012, p.B. (“ 李克强出席全国财政工作座谈会”, 《中国政府采购》2012 年第 1 期, 第 B 页。)

CHEN Duanhong, « La Constitution, en tant que le droit fondamental et le droit suprême de l’Etat », *Revue juridique de l’Université de Pékin*, n°4 2008, pp.485-486.494.496.497.498.499.500 (陈端洪:“论宪法作为国家的根本法与高级法”, 《中外法学》2008 年第 4 期, 第 485-486, 494, 496, 497, 498, 499, 500 页。)

CHEN Duanhong, « Le repère intellectuel du droit constitutionnel : Le dialogue entre un politologue et un juriste sur le pouvoir constituant », *L’époque ouverte*, n°3 2010, pp.96-97 (陈端洪:“宪法学的知识界碑:政治学者与宪法学者关于制宪权的对话”, 《开放时代》2010 年第 3 期, 第 96-97 页。)

CHENG Siwei, « Vice-président de l’A.N.P., CHENG Siwei, les propos concernant les marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°1 2002, p.5 (成思危, “成思危副委员长谈政府采购”, 《中国政府采购》2002 年第 1 期, 第 5 页。)

CHI Haibing, « L’avancement et les caractéristiques de la législation relative aux marchés publics en Chine », *Marchés publics en Chine* n°4 2001, p.6 (迟海滨:“政府采购立法进展与特点”, 《中国政府采购》2001 年第 4 期, 第 6 页。)

DU Qiang, « Etablir les standards pour la définition des besoins, Renforcer l’exécution du marché, efforcer à créer les nouvelles situations de l’achat centralisé en quantité : la

- conférence annuelle des marchés publics de 2012 », *Marchés publics en Chine* n°1 2012, p.18 (杜强: “完善需求标准 强化合同履行 努力开创批量集中采购新局面——2012年中国政府采购年会纪实”, 《中国政府采购》2012年第1期, 第18页。).
- FU Huiming**, « L'application de l'accord-cadre en pratique des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°5 2004, pp.38-40 (府惠明: “论政府采购实践中协议供货制的应用”, 《中国政府采购》2004年第5期, 第38-40页。).
- GAO Quanxi**, « L'autorité de la Constitution : la réflexion sur l'école politique du droit constitutionnel », *Forum de la Politique et le Droit*, n°1 2014, p.53 (高全喜: “论宪法的权威——一种政治宪法学的思考”, 《政法论坛》2014年第1期, 第53页。).
- GAO Quanxi**, « L'école politique du droit constitutionnel : la théorie politique de la Constitution ? Ou le constitutionnalisme politique ? », *Revue académique de l'Université de Tsinghua*, n°5 de 2015, pp.30-31 (高全喜: “政治宪法学: 政治宪法理论, 抑或政治立宪主义?”, 《清华大学学报》2015年第5期, 第30-31页。).
- GAO Quanxi**, « La genèse et l'évolution de l'école politique du droit constitutionnel », *SJTU Law Review*, n°1 2012, pp.23.24-25.33.37.39-40.43 (高全喜: “政治宪法学的兴起与嬗变”, 《交大法学》2012年第1期, 第23, 24-25, 33, 37, 39-40, 43页。).
- GAO Quanxi**, « Le décret impérial d'abdiquer la couronne dans la perspective de l'école politique du droit constitutionnel », *Global Law Review*, n°5 2011, p.28 (高全喜: “政治宪法学视野中的清帝逊位诏书”, 《环球法律评论》2011年第5期, 第28页。).
- GAO Quanxi**, « Réforme de l'Etat de droit et les expériences chinoises », *Revue académique de CUPL*, n°2 2009, pp.80.81.82.86 (高全喜: “法制变革及中国经验”, 《中国政法大学学报》2009年第2期, 第80, 81, 82, 86页。).
- GAO Quanxi**, « Révolution, Réforme et Constitutionnalisme : Constitution de 1982 et sa logique d'évolution », *Revue juridique de l'Université de Pékin*, n°5 2012, pp.916.923-924 (高全喜: “革命, 改革与宪制: 八二宪法及其演进逻辑”, 《中外法

学》2012 年第 5 期, 第 916, 923-924 页。).

HAN Dayuan, « L'évolution de la méthodologie du droit constitutionnel en Chine depuis les trentes dernières années », *Forum de la science juridique*, n°1 2013, p.5 (韩大元: “近三十年我国宪法学方法论的演变”, 《法学论坛》2013 年第 1 期, 第 5 页。).

HAO Tiechuan, « inconstitutionnalité bénigne », *Recherches de la science juridique*, n°4 1996, pp.89.90 (郝铁川: “论良性违宪”, 《法学研究》1996 年第 4 期, 第 89, 90 页。).

HE Haibo, « La transmission des paradigmes de recherche du droit administratif en Chine ---- les problèmes, les méthodes et les connaissances », *La récapitulation et la perspective du droit administratif en Chine*, 2005, pp.386-388 (何海波, 《中国行政法学研究范式的变迁》, 《中国行政法之回顾与展望》2005 年, 第 386-388 页。).

JIA Kang, « la centralisation et la transparence des marchés publics – Réflexion sur l'esprit de législation relative aux marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°2 2001, pp.7.8.9. 贾康: “对政府采购集中度和透明度的看法: 关于我国政府采购法立法精神的思考”, 《中国政府采购》2001 年第 2 期, 第 7.8.9 页。).

JIA Kang, « Les obstacles d'intérêt dans la réforme du régime des marchés publics et la voie de sortie », *Marchés publics en Chine* n°3 2001, pp.21.22 (贾康: “政府采购制度改革要冲破既得利益的障碍”, 《中国政府采购》2001 年第 3 期, 第 21, 22 页。).

JIANG Yong, « L'accélération de l'institutionnalisation des marchés publics en Chine : l'interview avec le directeur du service du Trésor public », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, pp.23-24 (江湧: “中国政府采购制度建设时不我待: 访财政部国库司负责人”, 《中国政府采购》2001 年第 1 期, 第 23-24 页。).

La commission des affaires juridiques de l'A.N.P., « Le rapport sur la délibération de la proposition de la loi relative aux marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°7 2001, pp.7.11.12 (全国人大法律委员会: “全国人大法律委员会关于《中华人民共和国政府采购法 (草案)》审议结果的报告”, 《中国政府采购》2001 年第 7 期, 第 7, 11, 12

页。).

La section des marchés publics du gouvernement Pékin, « La récapitulation et la perspective des activités des marchés publics à Pékin », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, pp. 32-33 (北京市政府采购办: “北京市政府采购工作的回顾与展望”, 《中国政府采购》2001 年第 1 期, 第 32-33 页。).

La section des marchés publics du gouvernement Shanghai, « Les expériences du précurseur : le processus de régularisation des marchés publics à Shanghai », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, p. 35 (上海市政府采购办: “先行者的足迹, 上海全面推进政府采购规范化制度化进程”, 《中国政府采购》2001 年第 1 期, 第 35 页。).

La section des marchés publics du gouvernement Zhejiang, « Les pratiques et les explorations sur l’institutionnalisation des marchés publics à Zhejiang », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, pp.38-40 (浙江省政府采购办: “积极推进政府采购制度建设, 浙江省的实践与探索”, 《中国政府采购》2001 年第 1 期, 第 38-40 页。).

Le bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires de l’Etat et le ministère des finances publiques, « La communication de presse sur le décret d’application de la loi relative aux marchés publics : accélérer la régularisation et l’institutionnalisation des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°3 2015, p.12 (国务院法制办, 财政部: “《政府采购法实施条例》发布将进一步促进政府采购规范化、法制化——国务院法制办、财政部负责人就《条例》有关问题答记者问”, 《中国政府采购》2015 年第 3 期, 第 12 页。).

Le comité permanent de l’A.N.P., « Les articles révisés dans le deuxième tour de débats sur la proposition de la loi relative aux marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°2 2002, p.14 (全国人大常委会: “《政府采购法 (草案)》二次审议稿中修订的主要条款”, 《中国政府采购》2002 年第 2 期, 第 14 页。).

Le commentaire spécial du revue, « Elargir le champ d’application du régime des marchés

publics dans le cadre juridique », *Marchés publics en Chine* n°3 2003, p.1 (本报特约评论员, “依法扩大政府采购规模和范围”, 《中国政府采购》2003 年第 3 期, 第 1 页。).

Le commentaire spécial du revue, « Les moyens destinés à améliorer l’efficacité des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°11 2004, p.1 (本刊特约评论员: “提高政府采购效率的有效途径”, 《中国政府采购》2004 年 11 期, 第 1 页。).

Le groupe d’enquête, « Le rapport d’enquête sur la participation des PME aux marchés publics à JIANGSU », *Marchés publics en Chine* n°2 2010, pp.38-39 (江苏省中小企业参与政府采购情况课题组: “江苏省中小企业参与政府采购情况调研报告”, 《中国政府采购》2010 年第 2 期, 第 38-39 页。).

Le ministère des finances publiques et le bureau contre la corruption, « Approfondir la réforme du régime pour prévenir de l’origine la corruption », *Marchés publics en Chine* n°2 2012, pp.36-37 (财政部与国家预防腐败局: “深化制度改革加强源头防腐”, 《中国政府采购》2012 年第 2 期, 第 36-37 页。).

LI Chenggang, « Il faut encore beaucoup de temps pour l’accession de la Chine à l’AMP », *Marchés publics en Chine* n°7 2010, p.6 (李成钢, “中国加入政府采购协定仍需时日”, 《中国政府采购》2010 年第 7 期, 第 6 页。).

LI Xiaohui, « Reconnaître rationnellement les problèmes à la chinoise : une approche du droit comparé », *Les recherches du droit comparé*, 2011, p. 108 (李晓辉: 《理性认识中国问题: 从比较法出发的考察》, 比较法研究 2011, 第 108 页。).

LIN Laifan, ZHENG Lei, « Axant sur les normes : la méthodologie de l’école normativiste du droit constitutionnel », *Revue académique de Zhejiang*, n°4 2005, pp.139.140.143-144 (林来梵, 郑磊: “所谓围绕规范——续谈方法论意义上的规范宪法学”, 《浙江学刊》2005 年第 4 期, 第 139, 140, 143-144 页。).

LIU Hui, « Les aides pour les PME à travers l’utilisation stratégique des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°12 2009, p.22 (刘慧: “政府采购政策功能对中小企业的扶

持问题”，《中国政府采购》2009 年第 12 期，第 22 页。).

LIU Hui, « Les règles de l'AMP de l'OMC et les stratégies de la Chine de les traiter », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, p.50 (刘慧, “WTO 的政府采购协议规则及我国的对策”, 《中国政府采购》2001 年第 1 期, 第 50 页。).

LIU Kun, « Approfondir les réformes et Réaliser l'innovation institutionnelle, créer la nouvelle situation pour la réglementation des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°12 2013, pp.53.54-55.56. (刘昆: “深化改革创新制度努力开创政府采购工作新局面”, 《中国政府采购》2013 年第 12 期, 第 53, 54-55, 56 页。).

LIU Kun, « Les interprétations sur le décret d'application de la loi relative aux marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°5 2015, p.16. (刘昆: “解读政府采购法实施条例”, 《中国政府采购》2015 年第 5 期, 第 16 页。)

LIU Kun, « Rénover l'idée de la réforme, axée sur les résultat », *Marchés publics en Chine* n°12 2015, pp.21.22 (刘昆: “改革创新理念强化结果导向”, 《中国政府采购》2015 年第 12 期, 第 21, 22 页)

LIU Zhuyu, « Les cinq problèmes essentiels pour la prochaine réforme », *Marchés publics en Chine* n°12 2015, p.26 (刘祝余: “下一步改革要把握好五大问题”, 《中国政府采购》2015 年 12 月第 26 页).

LOU Jiwei, « La mise en œuvre stricte de la nouvelle loi budgétaire et le renforcement de la réglementation du budget », *Marchés publics en Chine* n°9 2014, pp.6-7 (楼继伟: “认真贯彻新预算法依法加强预算管理”, 《中国政府采购》2014 年第 9 期, 第 6-7 页。).

LOU Jiwei, « Les trois problèmes majeurs pour l'approfondissement de la réforme des dépenses publiques », *Marchés publics en Chine* n°7 2014, p.7 (楼继伟: “深化财税改革, 三大任务最紧迫”, 《中国政府采购》2014 年第 7 期, 第 7 页。).

LOU Jiwei, « Renforcer les réglementations sur la dépense publique et améliorer le travail

- sur les marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°2 2001, p.4 (楼继伟：“强化财政支出管理进一步开展政府采购工作”，《中国政府采购》2001 年第 2 期，第 4 页。).
- LU Yanrong**, « Les problèmes majeurs et les stratégies de les traiter dans la négociation de l'accès de la Chine à l'AMP », *Marchés publics en Chine* n°6 2013, p.75 (芦艳荣，“中国 GPA 谈判面临的主要问题与应对策略”，《中国政府采购》2013 年第 6 期，第 75 页。).
- MA Haitao**, « La nouvelle loi relative au budget public a fixé l'orientation de la réforme en matière de marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°10 2014, p.19 (马海涛，“新预算法为政府采购改革指引了方向”，《中国政府采购》2014 年第 10 期，第 19 页。).
- PAN Yuou**, « Les réflexions sur l'accord-cadre », *Marchés publics en Chine* n°7 2006, pp.51-52 (潘玉欧：“对协议供货的再认识”，《中国政府采购》2006 年第 7 期，第 51-52 页。).
- QIANG Shigong**, « Une modalité du constitutionnalisme à la chinoise ? », *Revue juridique de l'Université de Pékin*, n°5 2012, pp.957.958.959.961.965-966 (强世功：“中国宪政模式？”，《中外法学》2012 年第 5 期，第 957, 958, 959, 961, 965-966 页。).
- REN Bingcai**, « L'accord-cadre est le choix inévitable en matière de marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°1 2005, pp.60 (任炳才：“协议供货是政府采购方式的必然选择”，《中国政府采购》2005 年第 1 期，第 60 页。).
- SHENG Jiemin**, « La tendance de la multipolarisation du commerce international – AMP de l'OMC et la législation relative aux marchés publics en Chine », *Marchés publics en Chine* n°4 2001, pp.48.49 (盛杰民，“国际贸易多边化趋势--WTO 政府采购协议与我国政府采购立法”，《中国政府采购》2001 年第 4 期，第 48, 49 页。).
- TONG Daoyou**, « Construire les finances publiques efficaces et avancer les réformes en matière de marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, p.21 (童道友：“建设效益财政推进政府采购”，《中国政府采购》2001 年第 1 期，第 21 页。).

- WANG Jialin**, « Il faut comprendre complètement les objectifs du régime des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°3 2001, p.20 (王家林：“要全面认识实行政府采购制度的目的”，《中国政府采购》2001年第3期，第20页。).
- WANG Jialin**, « L’articulation entre la loi relative aux marchés publics et la loi relative à l’appel d’offres », *Marchés publics en Chine* n°8 2005, pp.74-75 (王家林，“政府采购法与招标投标法的衔接问题”，《中国政府采购》2005年第8期，第74-75页。).
- WANG Jialin**, « La législation doit prendre en compte la situation du pays », *Journal de finances publiques et de l’économie*, février 2001 (王家林，“立法要考虑国情”，《中国财经报》2001年2月。).
- WANG Jialin**, « La réforme du régime des marchés publics : une charge lourde pour un long trajet », *Marchés publics en Chine* n°7 2004, p.21. (王家林：“政府采购制度改革仍然任重道远”，《中国政府采购》2004年第7期，第21页。).
- WANG Jialin**, « Les analyses sur le procès perdu du ministère des finances publiques : L’inaction administrative ou la déficience du régime juridique ? », *Marchés publics en Chine* n°4 2007, pp.70-71 王家林，“对财政部败诉案的剖析：是行政不作为还是法律有缺失？”，《中国政府采购》2007年第4期，第70-71页。)
- WANG Jialin**, « Les enjeux sont la régularisation et la transparence », *Marchés publics en Chine*, n°3 2002, p.42 (王家林：“关键还是规范化和透明度”，《中国政府采购》2002年第3期，第42页。).
- WANG Min**, « Les marchés publics et la promotion du développement des PME », *Marchés publics en Chine* n°3 2005, p.63 (王敏：“政府采购与促进中小企业发展”，《中国政府采购》2005年第3期，第63页。).
- WANG Ping**, « La comparaison entre le contrat privé et le contrat administratif », *Revue doctrinale de l’Université de Wuhan* n°3 2000, pp.357-358 (王平：“民事合同与行政合同之比较及启示”，《武汉大学学报》(人文社会科学版) 2000年第3期，第357-358

页。).

WU Tao, « Synthèse des débats sur la législation relative aux marchés publics en Chine », *Marchés publics en Chine* n°4 2001, p.20. (吴韬: “我国政府采购立法综述”, 《中国政府采购》2001 年第 4 期, 第 20 页)

XI Jinping, « Les entreprises étrangères et leurs produits bénéficient d'un statut égal avec les entreprises internes », *Marchés publics en Chine* n°7 2010, p.6 (习近平: “让内外资企业及其产品享受平等的待遇”, 《中国政府采购》2010 年第 7 期, 第 6 页。).

XIAO Jie, « Insister le style pratique de travail et rester dynamique pour créer une nouvelle situation de la réforme en matière de marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°1 2005, p.5 (肖捷, “求真务实奋力进取开创政府采购制度改革新局面”, 《中国政府采购》2005 年第 1 期, 第 5 页。).

XIAO Jie, « La réglementation sur les marchés publics doit souligner l'efficacité », *Marchés publics en Chine* n°5 2004, p.9. (肖捷: “政府采购工作要注重实效”, 《中国政府采购》2004 年第 5 期, 第 9 页。).

YAO Shen, « Les problèmes majeurs dans l'établissement du cadre général du régime des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°3 2001, p.17 (姚胜: “建立我国政府采购法律制度框架的几个问题”, 《中国政府采购》2001 年第 3 期, 第 17 页。).

YAO Shen, « Les problèmes majeurs dans la législation actuelle relative aux marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°2 2001, pp.10.11 (姚胜: “当前我国政府采购立法中应注重的几个问题”, 《中国政府采购》2001 年第 2 期, 第 10, 11 页。).

YAO Zhenyan, « Le rapport sur la proposition de la loi relative aux marchés publics », in KAN Ke, *Annuaire de l'Assemblée Nationale Populaire*, Presse Etat de droit et démocratie de la Chine 2003, p.44 (姚振炎: “关于《中华人民共和国政府采购法(草案)》的说明”, 阚珂主编, 《中国人民代表大会年鉴》, 中国民主法治出版社 2003 年, 第 44 页。).

- YIN Yahong**, « Face au reportage négatif », *Marchés publics en Chine* n°3 2013 ; p.5 (殷亚红: “要正面应对价高的负面新闻”, 《中国政府采购》2013 年第 3 期, 第 5 页).
- YIN Yahong**, « La présentation et les commentaires quant au rapport d'enquête sur l'application en pratique du régime des marchés publics chinois », *Marchés publics en Chine* n°3 2013, p.37 (殷亚红: “要正面应对价高的负面新闻”, 《中国政府采购》2013 年第 3 期, 第 5 页; “对《法治蓝皮书——中国政府采购制度实施状况调研报告》的基本情况介绍及评析”, 《中国政府采购》2013 年第 3 期, 第 37 页。).
- YU An**, « Des questions juridiques concernant les contrats de marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°3 2001, p.27 (于安, “政府采购合同的几个法律问题”, 《中国政府采购》2001 年第 3 期, 第 27 页。).
- YU An**, « Les mesures pour renforcer l'utilisation stratégique des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°5 2007, p.5 (于安: “强化政府采购政策功能的重要行政措施”, 《中国政府采购》2007 年第 5 期, 第 5 页。).
- YU An**, « L'interprétation sur les trois principaux arrêtés ministériels en matière de marchés publics publiés par le ministère des finances publiques », *Marchés publics en Chine* n°10 2004, pp.4-5 (于安: “财政部政府采购三大基本规章解读”, 《中国政府采购》2004 年第 10 期, 第 4-5 页。).
- YU An**, « L'introduction et l'usage des droits administratifs étrangers en Chine », *La tribune de la science politique et juridique*, 2006 vol.1, pp.172-173 (于安: 《外国行政法学在我国的引入和利用》, 《政法论坛》2006 年第 1 期, 第 172-173 页。).
- YU An**, « La réalisation du développement scientifique – l'objectif essentiel du régime des marchés publics en Chine », *Marchés publics en Chine* n°3 2012, pp.19-20. (于安: “把推动科学发展作为中国政府采购的制度宗旨”, 《中国政府采购》2012 年第 3 期, 第 18-19 页。)
- YU An**, « La structure législative de la loi relative aux marchés publics en Chine », *Gazette*

de la Cour suprême populaire, le 20 avril 2001 (于安：“我国政府采购立法之设计”，《人民法院报》，2001 年 4 月 20 日。).

ZHAI Gang, « Résumé sur le déroulement de la négociation de la Chine à l'accès de l'AMP de l'OMC », *Marchés publics en Chine* n°6 2011, p.24 (翟钢：“2011 年全国 GPA 谈判应对暨政府采购工作会议总结”，《中国政府采购》2011 年第 6 期，第 24 页。).

ZHANG Tong, « Avancer et approfondir les réformes du régime des marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°1 2001, p.5 (张通：“全面推进和深化政府采购制度改革”，《中国政府采购》2001 年第 1 期，第 5 页。).

ZHANG Xiang, « Les notions élémentaires de la dogmatique du droit constitutionnel », *Revue juridique de l'Université de Pékin*, n°5 2013, pp.918.924.933 (张翔：“宪法教义学初阶”，《中外法学》2013 年第 5 期，第 918, 924, 933 页。).

ZHANG Yuqing, DU Baozhong, « Les cinq problèmes majeurs dans l'établissement du régime des marchés publics chinois », *Marchés publics en Chine* n°2 2001, p.28 (张玉卿，杜宝忠：“建立我国政府采购制度的五大重点与热点问题”，《中国政府采购》2001 年第 2 期，第 28 页。).

ZHANG Zhaodong, ZHANG Xiaodong, « La Chine et l'AMP », *Marchés publics en Chine* n°5 2001, p.21. (张照东，郭小东：“中国与政府采购协议”，《中国政府采购》2001 年第 5 期，第 21 页。).

ZHOU Chengyue, « Les point-clés du travail de l'achat centralisé des marchés publics pour les organes du gouvernement central de l'année de 2004 », *Marchés publics en Chine* n°5 2004, p.15 (周成跃：“2004 年中央国家机关政府集中采购的工作重点”，《中国政府采购》2004 年第 5 期，第 15 页。).

ZHU Shaohua, « Les acheteurs publics et les organismes de commissionnaire », *Marchés publics en Chine* n°5 2001, pp.11-12 (朱少华：“关于政府采购的采购人与采购机构问题”，《中国政府采购》2001 年第 5 期，第 11-12 页。).

ZHU Shaoping, « Certaines questions sur l'application de la loi relative aux marchés publics », *Marchés publics en Chine* n°2 2003, p.10 (朱少平: “关于政府采购法实施的若干问题”, 《中国政府采购》2003 年第 2 期, 第 10 页).

Textes juridiques

Accessible par les bases de données de l'Assemblée Nationale Populaire en Chine :

<http://law.npc.gov.cn/FLFG/index.jsp>

Loi relative au contentieux administratif de 1989 (1989 年《行政诉讼法》)

Décision du comité central du P.C.C. et du Conseil des affaires de l'Etat du 20 août 1999 concernant le renforcement de l'innovation technique, le développement de la haute technologie et leur industrialisation (1999 年 8 月 20 日《中共中央、国务院关于加强技术创新, 发展高科技, 实现产业化的决定》)

Arrêté ministériel n°139 de 1999 relatif au régime temporaire des marchés publics (1999 年财预字[1999]0139 号《政府采购管理暂行办法》)

Arrêté ministériel n°363 de 1999 relatif au régime temporaire de l'appel d'offre (1999 年财预字[1999]363 号《政府采购招标投标管理暂行办法》)

Loi relative à l'appel d'offres de 2000 (2000 年《招标投标法》)

Arrêté ministériel n°7 de 2000 relatif aux publicités des informations des marchés publics (2000 年财库[2000]7 号《政府采购信息公告管理办法》)

Arrêté ministériel n°11 de 2000 sur le processus temporaire d'effectuer les marchés publics (2000 年财库[2000]11 号《政府采购运行规程暂行规定》)

Arrêté ministériel n°21 de 2001 relatif au régime temporaire du versement direct des financements pour les marchés publics » (2001 年财库[2001]21 号《政府采购资金财政

直接拨付管理暂行办法》)

Arrêté ministériel n°30 de 2001 relatif aux marchés publics des organes du gouvernement central (2001 年财库[2001]30 号《中央单位政府采购管理实施办法》)

Décret n°50 de 2002 relatif aux marchés publics d'équipements militaires (2002 年[2002]军字第 50 号《装备采购条例》).

Loi relative aux marchés publics de 2003 (2003 年《政府采购法》)

Arrêté ministériel n°119 de 2003 relatif aux experts chargés de l'évolution en matière de marchés publics (2003 年财库[2003]119 号《政府采购评审专家管理办法》)

Instruction n°56 de 2003 concernant la mise en œuvre du régime des marchés publics dans les achats des organes du gouvernement central (2003 年财办库[2003]56 号《关于中央单位政府采购工作中有关执行问题的通知》)

Instruction n°30 de 2004 relative au lancement des activités d'économie d'énergie (2004 年国办发[2004]30 号《国务院办公厅关于开展资源节约活动的通知》)

Arrêté ministériel n°18 de 2004 relatif à la procédure d'appel d'offres en matière d'achat des fournitures et des services (2004 年财政部令第 18 号《政府采购货物和服务招标投标管理办法》)

Arrêté ministériel n°19 de 2004 relatif aux publicités des informations des marchés publics (2004 年财政部令第 19 号《政府采购信息公告管理办法》)

Arrêté ministériel n°104 de 2004 relative aux marchés publics des organes du gouvernement central (2004 年财库[2004]104 号《中央单位政府采购管理实施办法》)

Arrêté ministériel n°185 de 2004 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits d'économie des énergies (2004 年财库[2004]185 号《节能产品政府采购实施意见》)

Notification n°1203 de 2004 sur les activités de la deuxième fois de l'accord-cadre pour les organes du gouvernement central (2004 年国税函[2004]1203 号《关于中央国家机关 2004 年第二期政府采购协议供货工作有关事宜的通知》).

Les catalogues d'achat centralisé gouvernemental pour les organes qui disposent d'un budget propre au sein du gouvernement central de 2004 et de 2005 (《中央预算单位 2004 年政府集中采购目录及标准》、《中央预算单位 2005 年政府集中采购目录及标准》).

Instruction n°22 de 2005 sur les avis concernant l'accélération du développement de l'économie circulaire(2005 年国发[2005]22 号《国务院关于加快发展循环经济的若干意见》).

Arrêté ministériel n°31 de 2005 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2005 年财政部令第 31 号《政府采购代理机构资格认定办法》)

Décision du 14 mars 2006 sur le programme du onzième plan quinquennal de l'Etat sur le développement de la société et de l'économie nationale (2006 年 3 月 14 日《国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》)

Décision du 9 février 2006 sur le programme relatif au développement de sciences et techniques de l'Etat à moyen et long terme (2006-2020) (2006 年 2 月 9 日《国家中长期科学和技术发展规划纲要 (2006—2020 年)》)

Décision n°28 de 2006 de renforcer le travail en matière d'économie d'énergie (2006 年国发[2006]28 号《国务院关于加强节能工作的决定》).

Arrêté ministériel n°539 de 2006 relative au régime temporaire de certification des produits relevant de l'innovation nationale (dérogé) (2006 年国科发计字[2006]539 号《国家自主创新产品认定管理办法(试行)》(废止)).

Arrêté ministériel n°90 de 2006 concernant les avis relatifs à la mise en œuvre des marchés publics de produits avec label écologique (2006 年财库[2006]90 号《关于环境标志产品

政府采购实施的意见》).

Décret n°488 de 2007 relatif aux emplois des handicapés (2007 年国务院令第 488 号《残疾人就业条例》)

Instruction n°15 de 2007 relative à la solution synthétique visant à économiser l'énergie et à réduire l'évacuation des matières polluantes (2007 年国发[2007]15《国务院关于印发节能减排综合性工作方案的通知》).

Instruction n°51 de 2007 relative à établir l'obligation d'achat public des produits d'économie d'énergie (2007 年国办发[2007]51 号《国务院办公厅关于建立政府强制采购节能产品制度的通知》).

Instruction n°1 de 2007 relative au travail de la réception et de l'examen des contestations déposées par l'opérateur(2007 年财库[2007]1 号《关于加强政府采购供应商投诉受理审查工作的通知》)

Arrêté ministériel n° 29 de 2007 concernant la définition du budget en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]29 号《自主创新产品政府采购预算管理办法》(废止))

Arrêté ministériel n°30 de 2007 concernant l'évaluation des candidatures et des offres en matière de marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]30 号《自主创新产品政府采购评审办法》(废止))

Arrêté ministériel n°31 de 2007 concernant les contrats des marchés publics de produits à l'origine d'innovation nationale (dérogé) (2007 年财库[2007]31 号《自主创新产品政府采购合同管理办法》(废止))

Arrêté ministériel n°119 de 2007 relatif aux produits importés dans le cadre des marchés publics (2007 年财库[2007]119 号《政府采购进口产品管理办法》)

Arrêté ministériel n°120 de 2007 concernant le premier achat et la commande d'avance des

produits d'innovation nationale (2007 年财库[2007]120 号《自主创新产品政府首购和订购管理办法》)

Loi relative à la promotion de sciences et techniques de 2008 (2008 年《科学技术进步法》)

Loi relative à la promotion de l'économie circulaire de 2008 (2008 年《循环经济促进法》)

Directive du 28 mars 2008 du comité central du P.C.C. et du Conseil des affaires de l'Etat relative aux services publics favorisant les handicapés (2008 年 3 月 28 日《关于促进残疾人事业发展的意见》)

Arrêté ministériel n°20 de 2008 relatif au régime de traiter la contestation déposée par les fournisseurs dans le cadre des marchés publics (2008 年财政部令第 20 号《政府采购供应商投诉处理办法》)

Circulaire n°35 de 2009 des avis relatives à l'amélioration de la réglementation des affaires des marchés publics (2009 年国办发[2009]35 号《关于进一步加强政府采购管理工作的意见》)

Notification n°618 de 2009 de déclencher le travail à certifier et enregistrer les produits d'innovation nationale (2009 年国科发计[2009]618 号《关于开展 2009 年国家自主创新产品认定工作的通知》).

Arrêté ministériel n°61 de 2010 relatif à la vérification de qualité pour les organismes de commissionnaire (2010 年财政部令第 61 号《政府采购代理机构资格认定办法》)

Instruction n°88 de 2010 relative au enregistrement des capitaux hors du budget public dans l'administration du budget public (2010 年财预[2010]88 号《将按预算外资金管理的收入纳入预算管理的通知》)

Décision du 11 mai 2011 sur le sommaire du programme du développement des services publics favorisant les handicapés dans le douzième plan quinquennal (2011 年 5 月 11 日《中国残疾人事业“十二五”发展纲要》).

Instruction n°87 de 2011 relative à l'application de l'expérimentation de l'achat centralisé en quantité pour les organes du gouvernement central (2011 年财办库[2011]87 号《关于进一步推进中央单位批量集中采购试点工作的通知》).

Instruction n°300 de 2011 relative à la typologie des PME (2011 年工信部联企业〔2011〕300 号《中小企业划型标准规定的通知》).

Arrêté ministériel n°181 de 2011 relatif aux mesures temporaires pour la promotion du développement des PME à travers les marchés publics (2011 年财库[2011]181 号《政府采购促进中小企业发展暂行办法》)

Décret d'application n°613 de 2012 de la loi relative à l'appel d'offres (2012 年国务院令 第 613 号《招标投标法实施条例》)

Arrêté ministériel n°21 de 2012 relative aux régime temporaire de la structure de contrôle intérieur pour l'établissement public (2012 年财会[2012]21 号《行政事业单位内部控制规范（试行）》)

Arrêté ministériel n°74 de 2013 relatif aux procédures de passation des marchés publics autres que l'appel d'offres (2013 年财政部令第 74 号《政府采购非招标采购方式管理办法》。)

Arrêté ministériel n°109 de 2013 relatif au régime temporaire de l'achat centralisé en quantité pour les organes budgétaires du gouvernement central (2013 年财库[2013]109 号《中央预算单位批量集中采购管理暂行办法》)

Loi relative à la protection environnementale de 2014 (2014 年新修订《环境保护法》)

La résolution du 31 août 2014 du comité permanent de l'A.N.P. relative à la révision des cinq lois (2014 年 8 月 31 日《全国人民代表大会常务委员会关于修改中华人民共和国保险法等五部法律的决定》).

Instruction n°43 de 2014 des avis de renforcer la réglementation des dettes des gouvernements locaux (2014 年国发[2014]43 号《国务院关于加强地方政府性债务管

理的意见》。) .

Instruction n°68 de 2014 relative à soutenir les entreprises attachées aux prisons à travers les marchés publics (2014 年财库[2014]68 号《关于政府采购支持监狱企业发展有关问题的通知》)

Instruction n°76 de 2014 relative à généraliser l'utilisation de la modalité de partenariat public-privée (2014 年财金[2014]76 号《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》) .

Circulaire n°122 de 2014 relative à l'articulation des enregistrements des commissionnaires après l'annulation de l'obligation d'obtenir la qualification administrative (2014 年 9 月 26 日财库[2014]122 号《财政部关于做好政府采购代理机构资格认定行政许可取消后相关政策衔接工作的通知》)

Arrêté ministériel temporaire n°214 de 2014 relatif à la procédure de passation du dialogue compétitif (2014 年财库[2014]214 号《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》。) .

Circulaire n°15 de 2014 des avis d'application relatifs aux marchés publics de services (2014 年深府办[2014]15 号《深圳市关于政府购买服务的实施意见》)

Directive du comité central du P.C.C. et du Conseil des affaires de l'Etat du 24 août 2015 pour approfondir les réformes sur les entreprises publiques du P.C.C. et le Conseil des affaires de l'Etat (2015 年 8 月 24 日《中共中央、国务院关于深化国有企业改革的指导意见》) .

Décret d'application n°658 de 2015 de la loi relative aux marchés publics (2015 年国务院令 第 658 号《政府采购法实施条例》)

Arrêté ministériel n°25 de 2015 relatif à la concession des travaux infrastructurels et des services publics (2015 年第 25 号令《基础设施和公用事业特许经营管理办法》) .

circulaire n°135 de 2015 relatif à l'amélioration des réglementations sur les publicités des

informations des publics marchés (2015 年财库[2015]135 号《关于做好政府采购信息公开工作的通知》)

Circulaire n°88 de 2016 relative au programme de traitement d'urgence face au risque des dettes des gouvernements locaux (2016 年国办函[2016]88 号《地方政府性债务风险应急处置预案》).

Les standards n°27 de 2016 concernant les équipements courants du bureau pour les organes du gouvernement central (2016 年《中央行政单位通用办公设备配置标准表》).

Le catalogue des produits favorisant l'économie d'énergie (numéro 19 de la version 2016) (2016 年《节能产品政府采购清单》第 19 期).

Instruction n°23 de 2017 relative au programme du Conseil des affaires de l'Etat concernant l'élaboration des décrets pendant l'année de 2017 (2017 年国办发[2017]23 号《国务院办公厅关于印发国务院 2017 年立法工作计划的通知》).

Documents officiels

Le comité rédactionnel, *Annuaire des marchés publics en Chine*, CFEPH 2002-2006, 2008-2013, (编辑委员会:《中国政府采购年鉴》, 中国财政经济出版社 2002-2006 年, 2008-2013 年).

FU Zhihuan, *Le rapport sur la proposition de révision de la loi relative à l'économie d'énergie*, La 28^{ème} conférence du comité permanent de la 10^{ème} session de l'A.N.P., le 24 juin 2007 (傅志寰:“关于《中华人民共和国节约能源法(修订草案)》的说明”, 第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议, 2007 年 6 月 24 日.).

Le ministère des finances publiques, *Guide pour demander d'être enregistré dans le catalogue des marchés publics des produits bénéficiant d'un label écologique* (财政部:«申报进入“环境标志产品政府采购清单”办事指南»).

Le Conseil des affaires de l'Etat, *Rapport de Fabriqué en Chine (2025)*, le 8 mai 2015 (国务

院：《中国制造（2025）》，2015年5月8日）.

III. Partie anglaise

Ouvrages

ACKERMAN Bruce, *We the people 1 Foundations*, Belknap Press of Harvard University Press 1991, 384 p.

ACKERMAN Bruce, *We the people 2 Transformations*, Belknap Press of Harvard University Press 1998, 538 p.

ARROWSMITH Sue, *Government procurement in the WTO*, Kluwer law international 2003, 512 p.

GOLDMAN B. David, *Globalisation and the Western Legal Tradition. Recurring Patterns of Law and Authority*, Cambridge: CUP, 2008, 376 p.

REICH Arie, *International public procurement law : the evolution of international regimes on public purchasing*, Kluwer law international 1999, 432 p.

SEN Amartya, *Development as freedom*, Anchor Reprint edition 2000, 384 p.

TREPTE Peter-Armin, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press 2004, 411 p.

YÜLEK Murat, **TAYLOR K.Travis** (Eds.), *Designing Public Procurement Policy in Developing Countries*, Springer 2010, 268 p.

ZWEIGERT Konrad, **KÖTZ Hein**, *An Introduction to Comparative Law* (Third Edition), traduit par Tony Weir, Clarendon Press, Oxford 2003, 744 p.

Articles

ANDERSON D. Robert, ARROWSMITH Sue, « The WTO regime on procurement: Past, present and future », in Sue Arrowsmith et Robert D. Anderson, *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge 2011, p.22-23.

ANDERSON D. Robert, SWAN D. Collin, SCHOONER L. Steven, « The WTO's Revised Government Procurement Agreement - An Important Milestone Toward Greater Market Access and Transparency in Global Public Procurement Markets », *The Government Contractor*, Jan. 11, 2012, p. 1, 3-7.

ARROWSMITH Sue, « National and international perspectives on the regulation of public procurement: harmony or conflict? », in Sue Arrowsmith and Arwel Davies, *Public procurement: Global revolution*, Kluwer law international 1998, p.10-11.23.

ARROWSMITH Sue, « Public procurement an appraisal of the UNCITRAL Model Law as a global standard », *I.C.L.Q.* 2004, 53(1), p.46.

ARROWSMITH Sue, « The revised agreement on government procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions », in Sue Arrowsmith et Robert D. Anderson, *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge 2011, p.294.

ARROWSMITH Sue, KUNZLIK Peter, « Public procurement and horizontal policies in EC law : general principles », in Sue Arrowsmith et Peter Kunzlik, *Social and environmental policies in EC procurement law*, Cambridge University Press 2009, p.13-14.

BACKER Larry Catá, « The Party as Polity, The Communist Party, and the Chinese Constitutional State: A Theory of State-Party Constitutionalism », *Journal of Chinese and comparative law*, vol 16.1, 2009, p.120-122.

- Backer, Larry Catá**, « Global Panopticism: States, Corporations, and the Governance Effects of Monitoring Regimes », *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2008, vol.15, p.101-148.
- BAXI Upendra**, « The colonialist heritage », *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Edited by Pierre Legrand and Roderick Munday, Cambridge University Press 2003, p.55.
- CAROLI CASAVOLA Hilde**, « Global Rules for Public Procurement », *Droit comparé des Contrats Publics*, Edited by Rozen NOGUELLOU et Ulrich STELKENS. BRUYLANT 2010, p. 39.54.
- CASHIN-RITAINE Eleanor**, « Legal Engineering in Comparative Law. An Introduction », in Eleanor Cashin-Ritane (dir.), *Legal Engineering and Comparative Law*, p. 9, Genève: Schulthess, 2009.
- FRANCK Emmert**, « The Common Good Under Fire. Is Globalization Delivering the Ultimate Victory to Manchester Capitalism? », *European Journal of Law Reform* 2004, vol.6, p 440. p 440-441.459.
- FRANKENBERG Günter**, « Comparing constitutions: Ideas, ideals, and ideology - toward a layered narrative », *International Journal of Constitutional Law* 2006, vol.4, p.439-459.
- FRANKENBERG Günter**, « Constitutional Transfer: The IKEA theory revisited », *International Journal of Comparative Law* 2010, vol. 8(3), pp.565.571.572.579.
- FRANKENBERG Günter**, « Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law », *Harvard Int.L.J.* 26 (1985). pp.439–440.
- GILLESPIE John**, « Relocating global legal scripts in local networks of meaning », in John Gillespie et Pip Nicholson, (dir.), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, Cambridge: CUP, 2012, p.30.32.38-39.
- GILLESPIE John, et NICHOLSON Pip**, « Taking the interpretation of legal transfers

seriously : the challenge for law and development », in John Gillespie et Pip Nicholson, (dir.), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, Cambridge: CUP, 2012, p.5.8.

GORDON Harvey, RIMMER Shane, ARROWSMITH Sue, « The economic impact of the european union regime on public procurement: Lessons for the WTO », in Sue Arrowsmith and Arwel Davies, *Public procurement: global revolution*, Kluwer law international 1998, p.32.

GRAZIADEI Michele, « Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge », *Theor.Inquiries L.* 2009, Vol.10 (2), p.706.707.

HEYDEBRAND Wolf, « From Globalization of Law to Law under Globalization », in David Nelken, et Johannes Feest (dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford: Hart Publishing, 2001, p.117.118.124.132.

HUNJA R. Robert, « The UNCITRAL Model law on procurement of goods, construction and services and its impact on procurement reform », in Sue Arrowsmith and Arwel Davies, *Public procurement : global revolution*, Kluwer law international 1998, p.98.

HUSA Jaakko, « Farewell to Fonctionalism or Methological Tolerance? », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationale Privatrecht*, 2003, Vol 67(3), p.6.15.

HUSA Jaakko, SMITS Jan, « A Dialogue on Comparative functionalism », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 18 (2011), p.8.

IP C. Eric, « Globalization and the future of the law of the sovereign state », *International Journal of Constitutional Law* 2010, vol.8 (3), p.655.

KENNEDY David, « Method and politics », *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Edited by Pierre Legrand and Roderick Munday, Cambridge University Press 2003, p. 355-369.

- KOVACS Attila**, « The global procurement harmonisation initiative », *Public Procurement Law Review* 2005 1, p.15-16.
- KUMAR Vidya S.A.**, « A Critical Methodology of Globalization: Politics of the 21st Century? », *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2003, vol.10, p.88.
- LASSER de S.-O.-L'E. Mitchel**, « The question of understanding », *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Edited by Pierre Legrand and Roderick Munday, Cambridge University Press 2003, p.236.
- LEGRAND Pierre**, « The same and the different », *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Edited by Pierre Legrand and Roderick Munday, Cambridge University Press 2003, p.250.289.297.
- LEGRAND Pierre**, « European Legal Systems are Not Converging »: *I.C.L.Q* 45 (1996), p.56.
- MCDUGAL S.Myres**, « The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order », *American Journal of Comparative Law* 1952, vol.1, p.24-57.
- MICHAELS Ralf**, « Comparative law by Numbers? Legal origin thesis, Doing Business Reports and the Silence of Traditional Comparative Law », *American Journal of Comparative Law* 2009, Vol.57, p.765-795.
- MICHAELS Ralf**, « The Functional Method of Comparative Law », *Duke Law School Faculty Scholarship Series* 2005, vol.26, p.342.344.345-346.355.363.364.371.
- NELKEN David**, « Towards a Sociology of Legal Adaptation », in David Nelken, et Johannes Feest (dir.), *Adapting Legal Cultures*, p. 7, Oxford: Hart Publishing, 2001.
- NICHOLAS Caroline**, « Work of UNCITRAL on government procurement : purpose, objectives and complementarity with the work of the WTO », in Sue Arrowsmith et Robert D. Anderson, *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*, Cambridge 2011, p.759.762.766.768.769.770.772.

- PEERENBOOM Randall**, « Between global norms and domestic realities : judicial reforms in China », in John Gillespie et Pip Nicholson, (dir.), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, Cambridge: CUP, 2012, p. 188.
- PLATSAS Antonios Emmanuel**, « The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks », *Electronic Journal of Comparative Law* vol. 12.3 (December 2008), p.3.5.8.10.16.
- POTTER B. Pitman**, « International and domestic selective adaptation : the case of Charter 08 », in John Gillespie et Pip Nicholson, (dir.), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, Cambridge: CUP, 2012, p. 69.
- SMITS M. Jan**, « Legal Engineering in an Age of Globalisation: Is There a Future for Jurisdictional Competition? », in Eleanor Cashin-Ritaine, Seán Patrick Donlan, et Martin Sychold (dir.), *Comparative Law and Hybrid Legal Tradition*. Genève: Schulthess, 2010, p.51.55.56.
- TAMANAHA Z. Brian** « The Primacy of Society and the Failures of Law and Development », *Cornell Int'l L. J.* 2011, vol.44, p.214.215.
- TAMANAHA Z. Brian**, « The Dark Side of the Relationship Between the Rule of Law and Liberalism », *NYU Journal of Law & Liberty* 2008, vol.3, p.516-547.
- TAMANAHA Z. Brian**, « Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global », *Sydney Law Review* 2008, vol.30, p.375-411.
- TSENG Roy**, « From Constitutional Listening to Moral Listening », *Chicago-Kent Law Review* 2012, vol.88(1), p.157-170.
- TWINING William**, « Diffusion of Law: A Global Perspective », *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law* 2004, Issue.49, p.24.25.26.
- WALLACE Don**, « The changing world of national procurement systems global

reformation », *Public Procurement Law Review*, n°2 1995, p.59.

WEBER H. Rolf, « Development promotion as a secondary policy in public procurement », *Public Procurement Law Review* n°4 2009, p.187.

WESTRING Gosta, « Multilateral and unilateral procurement regimes - to which camp does the UNCITRAL Model Law on procurement belong? », *Public Procurement Law Review* n°4 1994, pp.148-149.

WHITEMAN Q. James, « The neo-romantic turn », *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Edited by Pierre Legrand and Roderick Munday, Cambridge University Press 2003, p.312.315.344.

ZHUANG Shaohong, « Legal Transplantation in the People's Republic of China: A Response to Alan Watson », *European Journal of Law Reform* 2006, vol.7(1/2), p.215-236.

Documents officiels

The American chamber of commerce in the PRC, *American Business in China*, 2009 white paper. (Consulté le 5 juillet 2017)

<https://web.resource.amchamchina.org/Podcasts/WhitePaper2009.pdf>

The American chamber of commerce in the PRC, *American Business in China*, 2011 white paper, (Consulté le 5 juillet 2017)

<https://www.amchamchina.org/policy-advocacy/white-paper/>

Working Party on the Accession of China, *Report of the working party on the accession of China*, 1 october 2001, numéro 46. (Consulté le 5 juillet 2017)

https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/completeacc_e.htm

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE.....	1
<i>I- Les définitions et le contexte.....</i>	<i>2</i>
§1. Les définitions.....	2
1. « Le droit des marchés publics en France et en Chine ».....	2
2. « Libéralisation et utilisation stratégique des marchés publics »	5
§2. Le contexte	8
1. Des défis provoqués par la globalisation économique et des paradoxes aux niveaux multiples	8
a. Des défis sérieux à cause de la mondialisation néo-libérale	9
b. Des paradoxes à de multiples niveaux.....	15
2. La globalisation juridique et le rôle de l'Etat souverain.....	17
a. L'approche du système dispersé	18
b. L'approche du système ordonné.....	22
c. L'approche de l'éclectisme	25
<i>II- L'orientation et la méthodologie</i>	<i>29</i>
§1. L'orientation : rester plus sensible aux manifestations de diversité	29
1. La raison psychologique : le sens du contexte (<i>situationsense</i>).....	30
2. La raison matérielle : la complexité et l'interactivité de la circulation du droit.....	34
§2. La méthodologie : le méso-droit comparé.....	39
1. Les défauts du fonctionnalisme.....	40
2. La possibilité et les avantages de la méso-comparaison	47
<i>III- L'hypothèse et le plan soutenu</i>	<i>54</i>
PARTIE I LES PROGRES DE LA LIBERALISATION DES MARCHES PUBLICS EN FRANCE ET EN CHINE	57
TITRE 1. LA LIBERALISATION ENDOGENE	59
<i>Chapitre 1. Le rattachement à la logique de finances publiques.....</i>	<i>61</i>
Section 1. La logique de finances publiques : les considérations dominantes durant la genèse	62
§1. La genèse du régime, mais quand ?.....	62
1. La genèse du régime en France.....	62
2. La genèse du régime en Chine	65
§2. La logique de finances publiques, mais comment ?	68
1. Les influences de la logique de finances publiques en France durant la genèse du régime des marchés publics	68
2. Les influences de la logique de finances publiques en Chine durant la genèse du régime des marchés publics.....	71
Section 2. L'évolution de la logique de finances publiques lors de la mise en œuvre du régime des marchés publics	78
§1. Les rééquilibres de la logique de finances publiques en Chine.....	78
1. Le rééquilibrage en faveur de la qualité de la prestation	79
2. La rectification en faveur de l'économie du prix et de l'intégrité publique.....	82

§2. Les rééquilibrages de la logique de finances publiques en France	85
a. La réaffirmation de la logique de finances publiques.....	85
b. Le rééquilibrage en faveur de la qualité de la prestation	89
Conclusion du premier chapitre	97
<i>Chapitre 2. Les manifestations au plan institutionnel.....</i>	<i>99</i>
Section 1. Les préparations nécessaires pour la mise en concurrence	101
§1. Le régime de définition des besoins	101
1. La définition des besoins en Chine	101
2. La définition des besoins en France	110
§2. Le régime de publicité	119
1. L'obligation de publicité en Chine	119
2. L'obligation de publicité en France	126
Section 2. Le déroulement de la mise en concurrence	138
§1. Le régime de l'accès des parties à la concurrence.....	138
1. Les conditions d'accès des parties à la concurrence en Chine	138
a. L'accès des organismes de commissionnaires à la concurrence	139
b. L'accès des concurrents à la concurrence.....	143
2. Les conditions d'accès des parties à la concurrence en France.....	147
§2. Le régime de la procédure de la concurrence	159
1. La mise en œuvre de la procédure de la concurrence en Chine.....	160
a. La détermination de la procédure de passation et sa mise en œuvre	160
b. L'évaluation des offres.....	168
2. La mise en œuvre de la procédure de la concurrence en France	176
a. La détermination de la procédure de passation et sa mise en œuvre	176
b. L'évaluation des offres.....	188
Conclusion du second chapitre.....	203
<i>Conclusion du Titre I</i>	<i>205</i>
TITRE 2. LA LIBERALISATION EXOGENE.....	207
<i>Chapitre 1. La circulation des sources du néo-libéralisme.....</i>	<i>209</i>
Section 1. L'évolution symbiotique des normes internationales	210
§1. Les normes et pratiques européennes avec l'AMP de l'OMC.....	211
§2. L'AMP de l'OMC avec la loi type de la CNUDCI.....	228
Section 2. La généralisation des principes homologues et des procédures approchantes dans les normes internationales	231
§1. Les principes homologues	232
1. Le principe fondamental : non-discrimination	232
2. Les principes de moyens : transparence et concurrence	236
§2. Les procédures approchantes.....	239
1. La procédure de l'appel d'offres	240
a. La publicité.....	240
b. L'accès des candidats.....	242

c. L'évaluation des offres	245
2. La procédure de négociation	247
a. L'état initial : une procédure marginale	247
b. L'évolution en cours : l'essor de la négociation	248
Conclusion du premier chapitre	255
<i>Chapitre 2. Les manifestations au plan institutionnel.....</i>	<i>257</i>
Section 1. Le champ d'application amplifié	259
§1. Un champ d'application amplifié en France	259
1. Les matières recouvertes	259
a. Un enrichissement matériel	259
b. Les secteurs étendus.....	267
2. Les parties des marchés publics	269
a. Les acheteurs	269
b. Les prestataires	274
§2. Le champ d'application en Chine.....	278
1. Les matières recouvertes	278
a. Une extension du champ des capitaux susceptibles d'être employés	278
b. Les matériaux enrichis	285
2. Les parties des marchés publics	292
a. Les acheteurs	292
b. Les prestataires	300
Conclusion de la section 1	304
Section 2. Le régime de passation libéralisé	306
§1. Le régime de passation libéralisé en France	307
1. Le régime simplifié d'organisation d'acheteur	307
a. L'organisation interne d'acheteur	307
b. L'organisation entre les acheteurs	311
2. Le régime assoupli d'attribution des marchés publics	313
a. L'obligation de publicité	314
b. L'obligation de mise en concurrence	317
§2. Le régime de passation libéralisé en Chine.....	327
1. Le régime simplifié d'organisation de l'acheteur	327
a. L'organisation interne de l'acheteur	327
b. L'organisation entre l'acheteur et l'organisme de commissionnaire	331
2. Le régime assoupli d'attribution des marchés publics	337
a. La libéralisation de la procédure de l'appel d'offres	338
b. La libéralisation des autres procédures de passation	340
Conclusion de la section 2	347
Conclusion du second chapitre.....	355
<i>Conclusion du Titre II</i>	<i>358</i>
CONCLUSION DE LA PARTIE I	359

PARTIE II. L'AFFRONTEMENT ENTRE LIBERALISATION ET UTILISATION STRATEGIQUE DES MARCHES PUBLICS EN FRANCE ET EN CHINE	363
TITRE 1. L'UTILISATION STRATEGIQUE DES MARCHES PUBLICS EN FRANCE ET EN CHINE.....	365
<i>Chapitre 1. La définition des objectifs additionnels des marchés publics</i>	<i>367</i>
Section 1. Les objectifs d'ordre économique et industriel.....	368
§1. Les objectifs poursuivis en France	368
1. Antérieurement aux années 1990.....	368
2. Postérieurement aux années 1990.....	372
§2. Les objectifs poursuivis en Chine	376
1. Antérieurement à la loi relative aux marchés publics de 2003	376
2. Postérieurement à la loi relative aux marchés publics de 2003	378
Section 2. Les objectifs d'ordre social et écologique	385
§1. Les objectifs poursuivis en France	386
1. Les objectifs d'ordre social	386
2. Les objectifs d'ordre écologique	391
§2. Les objectifs poursuivis en Chine	394
1. Les objectifs d'ordre social	394
2. Les objectifs d'ordre écologique	399
Conclusion du premier chapitre	404
<i>Chapitre 2. La mise en œuvre des objectifs additionnels dans le cadre des marchés publics</i>	<i>407</i>
Section 1. Les préparations pour la mise en concurrence	408
§1. Les mesures adoptées en France.....	408
1. La définition des besoins.....	408
2. Le choix des modalités de passation et de candidature	413
§2. Les mesures adoptées en Chine	418
1. La définition des besoins.....	418
2. Le choix des modalités de passation et de candidature	424
Section 2. Le déroulement de la mise en concurrence	427
§1. Les mesures adoptées en France.....	428
1. La sélection des candidatures	428
a. L'ajout de conditions favorables à certaines politiques publiques.....	428
b. L'enlèvement des conditions faisant obstacle à la poursuite de politiques publiques	434
2. L'attribution des marchés en appliquant les procédures de passation	438
a. La détermination de la procédure applicable	438
b. La sélection des offres	441
§2. Les mesures adoptées en Chine	450
1. La sélection des candidatures	451
a. L'ajout des conditions favorables à des politiques publiques	451
b. L'enlèvement des conditions faisant obstacle à la poursuite de politiques publiques	458
2. L'attribution des marchés en appliquant les procédures de passation	461
a. La détermination de la procédure applicable	462

b. La sélection des offres	464
Conclusion du second chapitre	469
<i>Conclusion du Titre I</i>	473
TITRE 2. L'EQUILIBRE ENTRE UTILISATION STRATEGIQUE ET LIBERALISATION DES MARCHES PUBLICS	475
<i>Chapitre 1. Les différences manifestes entre la France et la Chine dans la recherche de ces équilibres</i>	
.....	479
Section 1. La recherche des équilibres en France	480
§1. Le compromis sur la nature du régime des marchés publics	480
1. Les dialogues entre les autorités françaises et de l'UE sur cette question	481
2. Les évolutions de l'ordre juridique français sous l'influence du droit de l'UE	488
a. La signification du lien avec l'objet du marché	488
b. La compréhension du concept d'« offre économiquement la plus avantageuse »	492
§2. La vigilance contre les effets discriminatoires générés par les passations des marchés publics	494
1. La réglementation centralisée	495
2. La régulation décentralisée	498
a. La décentralisation en matière de définition de la politique d'achat	498
b. La régulation pour assurer une concurrence effective	504
α. La réservation des marchés à l'épreuve de l'exigence concurrentielle	505
β. Les critères additionnels de la sélection à l'épreuve de l'exigence concurrentielle	509
Section 2. La recherche des équilibres en Chine	518
§1. L'oscillation sur la nature du régime des marchés publics	518
§2. La tolérance envers les effets discriminatoires générés par la passation des marchés publics	527
1. L'équilibrage entre l'utilisation stratégique des marchés publics et les effets discriminatoires engendrés	528
a. La concurrence déséquilibrée	528
b. La concurrence restreinte	530
c. La concurrence fictive	532
2. La réglementation centralisée	533
Conclusion du premier chapitre	542
<i>Chapitre 2. Les divergences de fond entre la France et la Chine liées aux particularismes nationaux</i>	
.....	549
Section 1. Les structures divergentes au service de l'équilibre	550
§1. Le régime de recours en droit positif chinois	551
§2. Les déficiences du recours dans les pratiques juridictionnelles en Chine	557
1. L'inefficacité du régime de recours	557
2. L'abstention du juge administratif dans la résolution des conflits des marchés publics	563
Section 2. Des idéologies sous-jacentes différentes	573
§1. Période actuelle : « constitutional politics » ou « normal politics » ?	577
§2. L'avenir de la Constitution : étatisme ou libéralisme ?	586
Conclusion du second chapitre	602
<i>Conclusion du Titre II</i>	604

CONCLUSION DE LA PARTIE II	607
CONCLUSION GENERALE	611
TABLE DES MATIERES DES ANNEXES.....	617
ANNEXE I : TABLEAU SUR LE FONCTIONNEMENT INTERNE DE L'ACHAT PUBLIC EN CHINE	618
ANNEXE II : TABLEAU SUR L'UTILISATION STRATEGIQUE DES MARCHES PUBLICS POUR L'OBJECTIF DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT EN CHINE	619
ANNEXE III : TABLEAU SUR L'UTILISATION STRATEGIQUE DES MARCHES PUBLICS POUR L'OBJECTIF DE L'ECONOMIE D'ENERGIE EN CHINE.....	620
ANNEXE IV : TABLEAU SUR L'UTILISATION STRATEGIQUE DES MARCHES PUBLICS POUR L'OBJECTIF DE FACILITER L'ACCES DES PME AUX MARCHES PUBLICS EN CHINE	621
ANNEXE V : TABLEAU SUR L'UTILISATION STRATEGIQUE DES MARCHES PUBLICS POUR L'OBJECTIF DE L'INNOVATION NATIONALE EN CHINE.....	622
ANNEXE VI : TABLEAU SUR LE REGIME DE RECOURS EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS EN CHINE	623
ANNEXE VII : JURISPRUDENCES FRANÇAISES	624
ANNEXE VIII : JURISPRUDENCES EUROPEENNES	626
ANNEXE IX : JURISPRUDENCES CHINOISES.....	627
INDEX ALPHABETIQUE.....	631
BIBLIOGRAPHIE	637
I. PARTIE FRANÇAISE	637
II. PARTIE CHINOISE	657
III. PARTIE ANGLAISE.....	679
TABLE DES MATIERES.....	687