Évolution des seuils et règles de passation de marchés publics : opportunités et limites pour les PME

Face aux obstacles rencontrés par les PME dans l'accès à la commande publique, les pouvoirs publics ont entrepris des réformes axées sur la simplification des règles, l'instauration de dispositifs incitatifs et l'assouplissement des seuils de procédure. Les décrets de décembre 2024 s'inscrivent dans cette démarche en introduisant des ajustements des seuils et des règles de passation.

Même si son importance est difficile à quantifier – le recensement, évalué à 170 milliards d'euros, réalisé par l'INSEE en 2023 ne couvrant qu'une partie de l'achat public⁽¹⁾ – la commande publique représente une part significative de l'économie française en faisant, pour les observateurs, un « riche gisement d'opportunités »⁽²⁾.

Pourtant, celle-ci demeure largement sous-exploitée par les opérateurs économiques et notamment par les micro, petites et moyennes entreprises (PME)⁽³⁾. Alors que ces dernières constituent plus de 99 % des entreprises en France⁽⁴⁾, leur présence dans le secteur de la commande publique – globalement stagnante ces dernières années (le nombre de marchés attribués, parmi ceux recensés, est certes passé de 57,5 % en 2017⁽⁵⁾ à 59,9 % en 2023⁽⁶⁾) mais leur part en montant a décliné de

(1) OECF, Recensement économique de la commande publique, chiffres 2023. Ce dernier ne recense toutefois pas tous les marchés publics inférieurs à 90 000 euros HT et les marchés des personnes de droit privé soumises au Code de la commande publique (ni la sous-traitance réalisée).

(2) P. Perez, « Les achats publics locaux constituent toujours un riche gisement d'économies », *Le Monde*, 24 octobre 2024.

(3) Notions définies à l'article 3 du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 : « La catégorie des microentreprises est constituée des entreprises qui, d'une part, occupent moins de 10 personnes et, d'autre part, ont un chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan n'excédant pas 2 millions d'euros. La catégorie des petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui, d'une part, occupent moins de 250 personnes et, d'autre part, ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros ».

(4) Selon l'Insee, en 2021, les PME représentaient environ 99,6 % des entreprises en France. En ligne sur : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/5424748>.

(5) OECF, Recensement économique de la commande publique, chiffres 2017.

(6) *Ibid.*, chiffres 2023.

Auteurs

Hervé Letellier
Avocat associé

Madeleine Luguel-Narboni
Avocate
Symchowicz-Weissberg et associés

29,4 % en 2017 à 27,2 % en 2023) – reste relativement faible par rapport à leur poids dans l'économie réelle.

Les « coupables » de cette situation – d'autant plus dommageable que ces structures, bien que faisant preuve d'une certaine résilience⁽⁷⁾, ont vu les crises récentes les fragiliser – sont facilement trouvés : la lourdeur et la complexité, avérées ou supposées, des procédures de publicité et de mise en concurrence. La consultation publique menée en 2023 par le ministère de l'Économie, qui a mobilisé près de 2 millions d'entreprises dont 29 000 TPE et PME, a d'ailleurs mis en évidence une forte attente d'allègement des contraintes procédurales applicables aux marchés publics⁽⁸⁾. Ce souhait a été confirmé lors de la dernière consultation organisée du 4 au 19 novembre 2024, au cours de laquelle les participants ont, à nouveau, plébiscité l'assouplissement des règles de passation des marchés de faible montant ainsi que le renforcement de la lisibilité et la stabilité des dispositifs existants⁽⁹⁾.

Conscients des freins pesant sur l'accès des PME à la commande publique, les pouvoirs publics, qui s'en font d'ailleurs régulièrement l'écho⁽¹⁰⁾, ont engagé une série de réformes ces dernières années. Navigant entre obligations communautaires et respect des principes fondamentaux du droit de la commande publique, deux leviers principaux de simplification ont ainsi été mobilisés : d'une part, l'assouplissement des règles procédurales et l'instauration de dispositifs incitatifs en faveur des PME ; d'autre part, de manière plus radicale, le relèvement des seuils de procédure afin d'exempter certains marchés du respect des obligations de publicité et de mise en concurrence.

C'est, encore et toujours, dans cette double perspective que s'inscrivent les décrets n° 2024-1217 du 28 décembre 2024 et n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 introduisant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique et conduisant à une énième adaptation, résiduelle, des seuils et règles de passation de marchés publics. Ces deux aspects seront donc successivement abordés.

(7) OFE, « La situation des TPE-PME, un financement assuré mais des enjeux structurels importants », novembre 2024.

(8) Ministère de l'Économie et des Finances, en ligne sur : [https://www.economie.gouv.fr/actualites/mesures-consultation-simplification-entreprises?eml-publisher=hubscore&eml-name=Emailing-es-39-\[BIE_395_20240201\]-20240201&eml-mediaplan=\[https://www.economie.gouv.fr/actualites/mesures-consultation-simplification-entreprises\]](https://www.economie.gouv.fr/actualites/mesures-consultation-simplification-entreprises?eml-publisher=hubscore&eml-name=Emailing-es-39-[BIE_395_20240201]-20240201&eml-mediaplan=[https://www.economie.gouv.fr/actualites/mesures-consultation-simplification-entreprises]).

(9) DAJ, Synthèse, Consultation ouverte sur le projet de décret portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique.

(10) Rapport d'information n° 82 fait au nom de la mission commune d'information sur la commande publique, par M. Bourquin, sénateur, enregistré à la Présidence du Sénat le 14 octobre 2015.

Une volonté réitérée de simplification et d'ouverture aux PME de la commande publique

En premier lieu, les nouveaux décrets – avec l'ambition affichée de faciliter l'accès des PME à la commande publique – combinent, pour s'attarder sur le premier levier évoqué, comme de coutume, deux volets de simplification, lesquels demeurent toutefois imparfaits.

Une logique de contraintes positives complétée par la mise en place d'outils pratiques au service des opérateurs

La première vise, pour répondre aux attentes des opérateurs économiques, à alléger les processus de dévolution des marchés publics et simplifier, autant que possible, la participation des candidats. C'est cette volonté qui avait, exemples parmi d'autres, conduit à la mise en place du Document Unique de Marché Européen (DUME) ayant pour objet de remplacer les formulaires traditionnels par une déclaration sur l'honneur unique et de réduire (du moins théoriquement) la charge pesant sur les entreprises candidates, ou du dispositif du « Dites-le-nous une fois » permettant aux opérateurs, sur le fondement des articles R. 2343-14 et R. 2343-15 du Code de la commande publique, de transmettre leurs informations et justificatifs une seule fois.

La seconde consiste, de manière plus radicale, à imposer certaines contraintes aux acheteurs afin de favoriser la participation des PME, et donc, par ricochet, l'attribution des marchés publics. L'obligation (de principe) d'allotissement, progressivement étendue à l'ensemble des acheteurs publics par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 et désormais expressément consacrée par le Code de la commande publique⁽¹¹⁾, en constitue la figure de proue. De même, par exemple, que les dispositions de l'article R. 2171-23 du Code de la commande publique réservant une part minimale d'exécution des marchés globaux aux PME⁽¹²⁾, ou encore la libération du mécanisme des avances permettant d'augmenter, dans certaines limites, le montant minimum des avances obligatoires⁽¹³⁾, offrant ainsi un soutien à la trésorerie des PME plus sensible aux fluctuations économiques⁽¹⁴⁾.

Les deux décrets précités, et notamment le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024, s'avèrent être dans la droite ligne de ces diverses évolutions en prévoyant ou adaptant :

– plusieurs mécanismes prescriptifs pour les acheteurs, notamment en portant à 20 % (et non plus 10) la part

(11) CCP, art. L. 2113-10 et L. 2113-11.

(12) L'article fixe le montant minimum à 10 % du montant prévisionnel du marché mais laisse la possibilité d'une modification du montant par décret.

(13) CCP, art. R. 2191-3 et s.

(14) OFE, « La situation des TPE-PME, un financement assuré mais des enjeux structurels importants », novembre 2024.

minimale des marchés globaux devant être confiée aux PME ou artisans sur le fondement de l'article R. 2171-23 précité ou en réduisant, *via* l'article R. 2191-33 du Code de la commande publique, la retenue de garantie de 5 % à 3 % pour les marchés conclus avec les PME par l'État ou certains établissements publics ou acheteurs locaux importants^[15], allégeant ainsi la pression financière sur les entreprises ; – mais aussi certains outils de simplification (même si, dans les faits, ces dernières pourraient concerner des marchés en dehors du spectre des PME), notamment *via* la nouvelle mouture de l'article R. 2142-3 du Code de la commande publique permettant à l'acheteur d'autoriser le candidat, qui en fait la demande, à se constituer en groupement entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché (avec un ou plusieurs des candidats invités à négocier ou à participer au dialogue ou un ou plusieurs des opérateurs économiques aux capacités desquels il a eu recours).

Un travail de simplification parcellaire et théorique

Ces apports, qui traduisent une volonté d'adapter les mécanismes existants aux attentes des PME, sont néanmoins toujours confrontés aux mêmes limites persistantes.

Parmi ces difficultés et malgré les avancées progressives, le premier écueil, d'ailleurs rappelé par les opérateurs économiques eux-mêmes^[16], réside dans le manque de lisibilité du cadre juridique. Les réformes successives ont, comme souvent lorsqu'il est question de simplification, finalement contribué à une certaine complexité réglementaire. Ce constat est d'autant plus prégnant que de nombreuses mesures de simplification introduites ces dernières années l'ont été dans un cadre temporaire conduisant à une absence de pérennisation, à l'opposé de la logique de simplification et d'ouverture recherchée (surtout pour des PME qui ne disposent pas toujours des compétences internes suffisantes).

En outre, ce travail de simplification, bien que louable, demeure pour l'essentiel théorique, le droit de la commande publique restant par nature quelque peu indigeste et les procédures de dévolution relativement complexes et rigides. Si les marchés à procédure adaptée (MAPA) permettent certes, d'amenuiser certains de ces obstacles, les marchés passés en procédure formalisée, qui concentrent les plus grands enjeux financiers, restent ainsi soumis, par nature, à des règles complexes et exigeantes, limitant ainsi la capacité des PME à y participer.

[15] Dont les charges de fonctionnement constatées dans le compte financier au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros pour les premiers ou dont les dépenses réelles de fonctionnement constatées dans le compte de gestion du budget principal au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros pour les seconds.

[16] DAJ, Synthèse, Consultation ouverte sur le projet de décret portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique.

Le relèvement progressif des seuils de procédure : une réponse ciblée mais inégale

En second lieu, face à ces difficultés persistantes, les pouvoirs publics ont eu parallèlement tendance à activer un second levier, plus radical, consistant à relever les seuils de procédure de dévolution afin de permettre aux entreprises de s'affranchir purement et simplement des règles de passation. Là encore, les récents décrets s'inscrivent dans cette logique, néanmoins perfectible.

Une technique récurrente d'exclusion des contraintes de passation

Par principe, le Code de la commande publique encadre strictement les hypothèses dans lesquelles un marché peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalable et n'admet concrètement que deux séries de dérogations : soit le marché est exclu des règles de passation en raison de son objet, soit il l'est en raison de son montant^[17].

Afin de favoriser l'accès des PME aux marchés publics, les pouvoirs publics, plutôt que de véritablement alléger et simplifier les contraintes réglementaires, ont, ces dernières années, multiplié les exceptions aux obligations procédurales en rehaussant à plusieurs reprises, soit de manière générale, soit de manière plus spécifique, les seuils de publicité et de mise en concurrence. La simplification est alors « totale », celle-ci confinant, ni plus ni moins, à exclure l'obligation de mise en concurrence.

À cet égard, peut-on, naturellement, évoquer l'article R. 2122-8 du Code de la commande publique dispensant les cocontractants de mise en concurrence pour les marchés inférieurs à 40 000 euros HT ; seuil qui, historiquement, est progressivement passé de 4 000, à 15 000, puis 25 000 euros HT, pour finalement atteindre 40 000 euros HT depuis le 1^{er} janvier 2020.

De même, peut-on recenser certaines mesures plus conjoncturelles traduisant la volonté des pouvoirs publics d'utiliser ce procédé en période de crise. C'est ainsi, qu'après les émeutes de l'été 2023, le gouvernement a adopté, comme mesure phare, la possibilité offerte aux acheteurs publics de conclure des marchés de travaux d'un montant inférieur à 1 500 000 € HT sans publicité mais avec mise en concurrence préalable, lorsque ces marchés avaient pour objet la réhabilitation ou la reconstruction d'équipements publics endommagés^[18]. À l'occasion de la crise sanitaire, le

[17] CCP, art. L. 2122-1. Certains marchés sont également dispensés de publicité et de mise en concurrence en raison de la qualité de l'acheteur (CCP, art. R. 2122-10 et s.).

[18] Ordonnance n° 2023-660 du 26 juillet 2023 portant diverses adaptations et dérogations temporaires en matière de commande publique nécessaires à l'accélération de la reconstruction et de la réfection des équipements publics et des bâtiments dégradés ou détruits au cours des violences urbaines survenues du 27 juin au 5 juillet 2023.

décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020 a, quant à lui, porté le seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence à 70 000 € HT pour les marchés de travaux⁽¹⁹⁾ et à 100 000 € HT pour les marchés portant sur des denrées alimentaires⁽²⁰⁾, destinées notamment à répondre à des besoins spécifiques des collectivités publiques dans ce contexte exceptionnel. Cette logique a été poursuivie et amplifiée par le décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 lors de la crise inflationniste cette fois, relevant le seuil applicable aux marchés de travaux à 100 000 € HT jusqu'au 31 décembre 2024 afin de maintenir une fluidité dans l'accès aux marchés pour les opérateurs économiques, notamment dans le secteur du bâtiment durement touché par la crise.

Les récents décrets ne font, ce faisant, que s'inscrire dans cette continuité. À la fois par le décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024, lequel prolonge, pour une année supplémentaire, le seuil de dispense de 100 000 € HT pour les marchés de travaux, conduisant ainsi à une certaine libéralisation de l'achat public pour les PME concernées au premier chef par ce type d'achat. Mais aussi par le biais du décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant, quant à lui, le seuil de dispense de publicité pour les marchés de défense et de sécurité à 300 000 € HT. La pertinence de cette dernière mesure pour les PME restera toutefois sans doute limitée compte tenu de la nature même de ces contrats, probablement réservés à une catégorie restreinte d'acteurs.

Des limites structurelles à l'efficacité des relèvements de seuils

Si le relèvement des seuils constitue un outil efficace de simplification, il présente néanmoins, au-delà du fait qu'il ne s'agit en réalité que d'une solution palliative (consistant, paradoxalement, à simplifier... en supprimant les contraintes), certaines limites.

D'abord, ainsi que précédemment évoqué, les réformes et adaptations successives des seuils de procédure n'aident guère à la lisibilité des règles de droit applicables. Notons sur ce point que la réévaluation introduite par le décret du 28 décembre 2024 du seuil de dispense de 100 000 € HT pour les marchés de travaux ne constitue qu'une prolongation provisoire, limitée à une durée d'un an, faisant elle-même suite à une autre mesure momentanée de même durée. Cette incertitude sur le caractère pérenne des relèvements fragilise donc leur efficacité à long terme et l'atteinte d'un des objectifs assignés, à savoir la lisibilité de la règle de droit.

Ensuite, le relèvement des seuils peut générer une incertitude en procédant à des distinctions sectorielles

selon la nature des marchés concernés. Car, si les marchés de services et de fournitures ne se trouveront exonérés d'obligations concurrentielles qu'en deçà de 40 000 euros HT, les marchés de travaux le seront, eux, du moins pour 2025, jusqu'à 100 000 euros HT. Cette distinction s'entend aisément puisque le montant d'un marché de travaux est, en principe, sensiblement plus élevé que celui d'un marché de services et de fournitures (toute la logique de la commande publique reposant d'ailleurs sur une différenciation de seuils selon la nature du marché), mais elle pourra notamment poser question, tant que ces différences existeront, en présence de marchés mixtes de l'article L. 1111-5 du Code. En effet, la qualification du contrat (selon le centre de gravité du marché) en marché de travaux ou de services et fournitures impactera directement l'application ou non de règles concurrentielles, les premiers en étant exonérés jusqu'à 100 000 euros HT, les seconds simplement jusqu'à 40 000 euros HT.

Enfin et surtout, l'efficacité des relèvements de seuils mis en œuvre se trouve naturellement conditionnée par leur appropriation par les acheteurs. Or, on le sait, ces derniers restent libres de continuer à employer des procédures plus lourdes que celles potentiellement applicables et peuvent décider, par exemple, de mettre en concurrence des opérateurs alors même qu'aucune obligation n'existerait. Il s'agit donc, de fait, d'un facteur limitant, neutralisant en partie les bénéfices attendus de ces dispositifs, de nombreux acheteurs ayant tendance à appliquer des règles de passation⁽²¹⁾, même en dessous des seuils, par crainte de contentieux ou de critiques politiques ou financières. L'adaptation des seuils de procédure, pour être efficace, devra donc s'accompagner d'une mise en œuvre effective.

Finalement, les décrets n° 2024-1217 du 28 décembre 2024 et n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 ne constituent qu'un apport, très limité, parfois même temporaire, à la logique de simplification de la commande publique et d'allègement des règles procédurales en faveur des PME. Il n'y a donc guère de raison de penser, si l'on garde à l'esprit la relative stagnation de l'accès à la commande publique des PME ces dernières années, que ces nouveaux dispositifs permettront une avancée significative. Mais peut-être que la révision prochaine des directives communautaires, dont la consultation publique vient d'être lancée le 13 décembre dernier avec pour objectif de vérifier si les règles en vigueur sont toujours adaptées à leur finalité, et notamment à celle de stimuler la participation de ces entreprises, sera l'occasion de véritablement simplifier, de manière pérenne, le droit de la commande publique et faciliter ainsi l'accès de ces opérateurs. Ce qui conduira, comme une histoire sans fin, à l'adoption de nouveaux textes modificatifs du Code de la commande publique...

[19] Article 1^{er} du décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020.

[20] Article 2 du décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020.

[21] Rép. min. n° 1223, JOAN 29 novembre 2022, p. 5812.