

AJDA 2022 p.26

Faut-il « amazonifier » la commande publique ?

Olivier Giannoni, Directeur juridique de l'Union des groupements d'achats publics, premier conseiller de tribunal administratif, enseignant à l'université de Paris-II

L'essentiel

Le Sénat fédéral américain a voté en 2017 une disposition législative autorisant le recours aux places de marché pour les acheteurs publics fédéraux pour une période de trois années. Cette expérimentation a donné lieu à la sélection de trois places de marché dont Amazon Business en juin 2020. Si cette initiative remet en cause les règles fondamentales résultant de l'accord AMP ainsi que les objectifs de développement durable assignés à la commande publique, elle pourrait constituer une solution face à la lenteur et à la complexité de l'achat public au moins dans certains secteurs.

Qu'est-ce qu'une place de marché ? Il s'agit d'un lieu réel ou virtuel dont la finalité est de favoriser les interactions économiques ou sociales entre des acteurs dont les besoins sont différents mais souvent complémentaires. L'exemple le plus immédiatement compréhensible est celui de la place de marché de fruits et légumes où l'ensemble des vendeurs rencontrent simultanément l'ensemble des acheteurs. Cette place de marché fonctionne bien quand elle facilite la réalisation de transactions, essentiellement des ventes de denrées alimentaires en l'espèce, entre acheteurs et vendeurs. La circonstance que tous se rencontrent en un même lieu à un horaire déterminé favorise la conclusion de transactions économiques.

La place de marché est un tiers à la réalisation de la transaction économique. D'un point de vue juridique, elle n'est pas partie au contrat même si elle peut intervenir pour en sécuriser la réalisation. Le notaire intervient par exemple pour protéger l'ensemble des parties lorsqu'il récupère sur un compte bancaire professionnel le prix versé par l'acquéreur d'un appartement le temps que le vendeur le quitte définitivement.

Internet a provoqué un changement d'échelle et de temporalité dans l'établissement de ces relations. Là où une place de marché fonctionnait à l'échelle d'une ville, d'une région et parfois d'un pays, le réseau internet permet à présent une rencontre immédiate et simultanée de tous les acteurs intéressés au niveau mondial si c'est le marché pertinent. En devenant bailleur sur Airbnb, un particulier peut potentiellement louer son appartement à des clients situés sur un autre continent.

Le réseau internet ne constitue toutefois qu'une des pièces du mécanisme de la place de marché du début du XXI^e siècle. Comme l'indique la loi n° 2016-1321 pour une République numérique, les algorithmes sont aussi importants car ils assurent « le classement ou le référencement [...] de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ». C'est grâce à ces derniers qu'Amazon par exemple est en mesure, par l'analyse des achats passés, de réaliser des propositions d'achats complémentaires en relation avec l'historique d'achats. Ils sont également à l'origine d'une variation permanente des prix des produits. Ainsi, sur le site d'Amazon, un produit peut changer vingt-deux fois

de prix en trente jours. Les algorithmes sont aussi utilisés pour réaliser le réapprovisionnement des entrepôts ; cela s'appelle du calcul prédictif. Le partage immédiat et transparent de l'expérience liée à l'achat sous la forme d'avis ou de note est également un élément clé dans le succès de la place de marché. Cette fonction peut être complétée par des services pour résoudre les litiges lors des interactions sociales ou économiques, voire pour sanctionner les personnes qui ne respecteraient pas les règles de la place de marché.

La place de marché est également un modèle économique à part fondé sur le coût marginal nul. Contrairement aux entreprises traditionnelles où des investissements sont nécessaires pour accroître les capacités de production, les places de marché accroissent leur offre sans qu'un investissement soit directement lié. Par exemple, Airbnb peut augmenter son offre d'hébergements sans avoir besoin de capital pour acquérir des biens, il suffit d'attirer plus de personnes susceptibles de vouloir louer leur bien immobilier. L'augmentation ou la baisse de son offre est donc rapide et sans coût. De même, la rentabilité économique du modèle d'Amazon.com est fondée sur sa capacité d'ajouter à un coût marginal quasiment nul les offres de vendeurs tiers là où un magasin réel devrait agrandir sa superficie physique pour recevoir les produits. La stratégie de prix bas attire les clients, ces clients génèrent des volumes de ventes avec une faible marge. En revanche, ces volumes attirent des vendeurs tiers qui vont payer une commission à Amazon pour utiliser son site et éventuellement sa logistique. A titre d'exemple, sur le site Amazon.fr, qui est le premier site marchand en France de produits finis pour les consommateurs avec un chiffre d'affaires de plus de 5 Md€ et 18 millions de visiteurs, près de 60 % des ventes sont réalisés par des vendeurs tiers.

Prenant acte du succès de l'utilisation des places de marché, le Sénat fédéral américain a voté en 2017 une disposition législative autorisant le recours aux places de marché pour les acheteurs publics fédéraux (Titre VIII, section 846 *of the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2018*). Cette démarche, dénommée *The commercial platform initiative*, est pilotée par le *General Service Administration* (GSA) qui est une administration chargée de l'achat au niveau fédéral. Cette disposition législative est d'autant plus audacieuse que les Etats-Unis, comme l'Union européenne, sont membres du traité de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics. Or, ce traité, dont la première version a été conclue en 1994, implique notamment des règles de procédure détaillées concernant le processus de passation des marchés dont l'objet est de faire en sorte que les marchés couverts par l'accord soient passés de façon transparente, dans le respect des règles de la concurrence, et sans discrimination à l'égard des marchandises, services ou fournisseurs des autres Etats membres du traité.

Au-delà de ces règles supranationales sur lesquelles il sera nécessaire de revenir ultérieurement, l'achat fédéral est également soumis à une législation spécifique : *The Federal Acquisition Regulation* qui diffère du droit commun américain du commerce et qui pose, à l'image du code de la commande publique en France, des objectifs socio-économiques comme par exemple favoriser les entreprises américaines avec le *Buy American Act* ou permettre l'emploi des vétérans de guerre handicapés avec l'*Ability One program*. L'achat fédéral américain est donc soumis à des objectifs socio-économiques comparables à ceux de la commande publique française.

Au regard de ce contexte, l'utilisation de la place de marché dans l'achat public, qu'il soit européen ou américain, est tout sauf une évidence. En effet, alors que les administrations publiques doivent choisir des fournisseurs grâce à des mesures de publicité puis à l'application de critères objectifs en respectant notamment des exigences socio-économiques, la place de marché autorise un achat immédiat sans publicité et sans critères publics - puisque ce sont les algorithmes qui sélectionnent - de produits vendus par des entreprises souvent asiatiques dont le respect des règles de droit notamment en matière fiscale n'est pas contrôlé par les opérateurs de places de marché.

I - Le recours marginal à la place de marché dans la commande publique

L'utilisation expérimentale votée pour trois années par le Sénat fédéral américain est particulièrement transparente puisqu'elle fera l'objet d'un rapport du gouvernement auprès du législateur américain. Il n'en est pas de même de la pratique par les acheteurs français du recours aux places de marché qui résulte du rehaussement des seuils de publicité et de mise en concurrence.

A. L'expérimentation officielle aux Etats-Unis

Le vote de la section 846 du *National Defense Authorization Act* pour 2018 donne pour mission au GSA, en coordination avec l'*Office of Management and Budget (OMB)*, d'établir un programme d'achat fédéral en utilisant des places de marché pour l'acquisition des « COTS » (*Commercially available Off-The-Shelf*). Ces COTS peuvent être définis comme des objets existants dans le commerce, c'est-à-dire des choses - autre que la propriété immobilière - qui sont utilisées par le grand public à des finalités autres que gouvernementales, (FAR 2.101 : « *Any item, other than real property, that is of a type customarily used by the general public or by non-governmental entities for purposes other than governmental purposes* »).

Le but recherché par le législateur américain est de s'inspirer des pratiques du secteur privé pour améliorer les performances notamment en termes de prix de l'achat public fédéral car le processus de commande publique fédéral américain est perçu depuis longtemps comme long et cher. La démarche finalement retenue dans la section 846 est à la fois prudente et pragmatique. Plutôt que de prévoir une utilisation immédiate des places de marché, elle repose sur trois étapes : d'abord le GSA doit rédiger un plan de déploiement, puis il doit rendre un rapport d'analyse et de préconisations après consultation des parties prenantes, c'est-à-dire les agences fédérales et les industriels, et enfin, si ces étapes donnent satisfaction, il doit mettre en place une expérimentation.

Dans le rapport rendu en avril 2019, à l'issue de la deuxième phase, le GSA souligna la complexité d'aligner les pratiques commerciales des acteurs privés au regard des obligations réglementaires s'appliquant à l'achat des COTS. Pour ce faire, le GSA proposa la mise en place d'une expérimentation (*proof of concept*) sur une période de cinq ans pour les achats inférieurs au seuil de micro-achat qu'il proposait de rehausser de 10 000 à 25 000 \$. Les places de marché devaient être sélectionnées à partir d'un cahier des charges (dénommé « *solicitation* ») élaboré par le GSA. La philosophie prônée par ce dernier était d'évaluer les résultats et les conséquences de cette expérimentation en analysant les informations obtenues avant de prendre des décisions plus définitives sur les processus d'achats fédéraux. Pour ce faire, le GSA propose trois questions au regard desquelles les résultats seront évalués :

- quelle est l'étendue de la modernisation obtenue grâce au programme lors de l'achat de « COTS » ?
- le programme a-t-il permis aux *contracting officers* de se concentrer sur des tâches à plus forte valeur ajoutée ?
- le programme permet-il une meilleure connaissance des données relatives aux dépenses et à l'accès aux programmes socio-économiques afin de définir de meilleures stratégies d'achat ?

Le 26 juin 2020, le GSA annonça que le Sénat avait tranché en faveur de la réalisation d'une expérimentation sur trois années sans modification du seuil de micro-achat de droit commun (10 000 \$). Le montant d'achat concerné était évalué annuellement à six milliards de dollars. Le GSA indiqua également que trois opérateurs de places de marché avaient été sélectionnés pour mettre en oeuvre cette expérimentation : Amazon Business, Overstock.com et Fisher Scientific. Le format retenu autorise ces opérateurs économiques à présenter les produits de vendeurs tiers mais également à commercialiser sur les places de marché leurs propres produits. Il est important de relever que le GSA est

intéressé à la réussite de cette expérimentation puisque les opérateurs de places de marché devront lui verser une rémunération de 0,75 % sur chaque vente (soit une recette estimée à 45 millions de dollars annuels).

L'innovation la plus profonde est que le GSA pousse la logique de l'achat sur la place de marché jusqu'au bout en permettant aux agents fédéraux disposant d'une carte d'achat d'avoir un accès direct à ces places de marché. Or, il était tout à fait possible, dans le même cadre juridique, de confier aux seuls acheteurs professionnels l'accès à ces places de marché. Le choix opéré par le GSA est donc plus novateur car il aboutit à un processus totalement dépourvu d'intermédiaire administratif. Ce choix démontre l'existence d'un constat d'inadéquation entre le besoin de l'acheteur final et le choix qui résulte des acheteurs fédéraux professionnels (les économistes font référence à cette question sous le nom d'« *Agency Problem* »). L'exemple typique est celui des militaires qui préfèrent acheter sur leurs deniers personnels le matériel militaire nécessaire à leur besoin (par exemple les bottes) plutôt que d'utiliser le matériel fourni par l'administration. Ce choix peut diminuer les coûts associés aux couches d'intermédiaires qui agissent dans les processus prévus des agences fédérales mais il accroît incontestablement l'absence de transparence sur les choix réalisés et les risques sur la qualité et la sécurité associées aux produits finaux retenus.

Cette expérimentation pose néanmoins de nombreuses questions. En effet, du point de vue contractuel, selon les documents du GSA, chaque achat crée un contrat directement entre l'agence fédérale qui a délivré la carte d'achat et le vendeur tiers. Ce contrat est distinct et indépendant du contrat qui lie le GSA et l'opérateur de place de marché. Il sera donc problématique de vérifier à l'occasion de la conclusion de ces contrats le respect des finalités socio-économiques assignées à l'achat public (le seuil de micro-achat ne les supprime pas toutes). En effet, l'accès aux places de marché fédérales est réalisé par la simple mise à jour du profil des entreprises qui interviennent déjà sur les places de marché *B to B*.

De même, on peut s'interroger sur la capacité à appliquer dans ce contexte une lutte efficace contre la contrefaçon ou la revente d'objets volés. La question du respect de l'interdiction de ne pas acheter des produits Huawei, introduite en août 2020, se pose également. Enfin, le risque d'abus de position dominante de la part des opérateurs de plateforme est particulièrement important puisque ces derniers pourraient utiliser les données des vendeurs tiers auxquelles ils ont accès pour favoriser la vente de leurs propres produits (légalement, les opérateurs de places de marché se sont engagés à ne pas utiliser les données des vendeurs).

Plusieurs moyens restent toutefois à la disposition du gouvernement pour contrôler le déroulement de l'expérimentation. D'abord, les avis des acheteurs qui permettent de partager l'expérience de l'achat et peuvent prévenir l'acquisition de produits trop chers ou de faible qualité. Ensuite, le GSA dispose de la faculté d'exclure des places de marché les vendeurs tiers qui ne sont pas autorisés, de manière provisoire ou définitive, à conclure des contrats avec le gouvernement fédéral. Enfin, il existe toujours la possibilité d'un contrôle *a posteriori* sur les dépenses de l'acheteur fédéral puisque le gouvernement a accès et est le seul propriétaire de l'ensemble des données d'achat liées aux places de marché. Un contrôle sur les fournisseurs choisis et surtout sur les montants paraît notamment indispensable afin d'éviter la pratique de séquençage abusive des achats afin de contourner le seuil de micro-achat.

B. La pratique officieuse en France

En application des directives de l'Union européenne, les achats dont le montant est inférieur à des seuils déterminés au niveau européen ne font pas l'objet d'une obligation de publicité et de mise en concurrence. Plus particulièrement, l'article 5 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 prévoit que le calcul de ces seuils prend en compte le caractère analogue et successif des achats réalisés au cours d'une période de douze mois. Le caractère homogène de

l'achat, comme le rappelle l'article R. 2121-6 du code de la commande publique, s'apprécie au regard des caractéristiques techniques du besoin.

Ces règles, comme les montants sont une application de l'accord international de l'OMC sur les marchés publics dans sa version modifiée le 30 mars 2012 et entrée en vigueur du 6 avril 2014. A titre d'exemple, une administration centrale qui acquiert des fournitures de bureau répondant à la même description technique pendant une période de douze mois pour un montant supérieur à 140 000 € doit publier et mettre en concurrence les fournisseurs au niveau européen.

En deçà des seuils européens, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français impose le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, de transparence des procédures (Cons. const. 26 juin 2003, n° 2003-473 DC [📄](#), *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, AJDA 2003. 1404 [📄](#), note E. Fatôme [📄](#) ; 1391, note J.-E. Schoettl [📄](#) ; et 2348, étude E. Fatôme et L. Richer [📄](#)) et de bon usage des deniers publics (Cons. const. 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC [📄](#), *Loi relative aux contrats de partenariat*, AJDA 2008. 1664 [📄](#), note J.-D. Dreyfus [📄](#)). Les acheteurs publics sont donc tenus de prévoir des modalités de publicité et mise en concurrence adaptées à l'objet du marché. Toutefois, en dessous de certains seuils déterminés réglementairement par le gouvernement français, aucune publicité ou mise en concurrence n'est plus explicitement requise (L. n° 2020-1525 du 7 déc. 2020, art. 142 ; 40 000 € pour les fournitures, 100 000 € pour les travaux). Cette tolérance ouvre la possibilité d'utiliser licitement les places de marché en France.

Le meilleur exemple de cette utilisation est donné par Amazon qui, dans le cadre du déploiement de son activité vers le *B to B*, a créé en 2018 une filiale dénommée Amazon Business France dont l'une des missions est de mettre en place une offre dédiée au secteur public. L'adaptation aux contraintes publiques s'est jusqu'à présent concentrée sur les règles des finances publiques. Ont été mis en place en 2020 le paiement à échéance pour permettre la constatation du service fait, le paiement par mandat administratif à trente jours et surtout l'intégration au portail de factures dématérialisées de la sphère publique (Chorus Pro).

La stratégie officielle d'Amazon est de répondre aux besoins des clients publics qui sont dépourvus de publicité et de mise en concurrence. A ce jour et à l'exception d'offres dédiées au cloud, Amazon Business France n'a jamais répondu à une procédure formalisée lancée par un grand acheteur public. Il est vrai que les articles L. 2111-1 et L. 2111-2 du code de la commande publique exigent de l'acheteur public une définition précise de la nature de ses besoins en référence à des spécifications techniques puis qu'il choisisse une offre sur la base de critères objectifs portant sur le prix et la qualité des produits. Un appel d'offres dont l'objet serait de sélectionner un opérateur de place de marché pour procéder à l'achat de l'ensemble des produits proposés à un moment donné sur la place de marché ne répondrait pas à ces principes. En effet la sélection des offres ne pourrait être réalisée que sur la capacité de l'opérateur à assurer des services accessoires et non sur les produits et services, indéfinis au moment de la contractualisation alors qu'ils constituent l'objet principal du marché. Objet dont au demeurant l'opérateur n'est pas juridiquement le vendeur. En revanche, Amazon pourrait effectuer de répondre à une procédure d'appel d'offres avec pour objet l'acquisition de segments de produits précis, notamment au travers de sa propre marque. Il pourrait ainsi être le vendeur. Cette absence d'appétence pourrait s'expliquer par le caractère trop éloigné du modèle économique de l'entreprise.

A l'occasion de la cinquième assemblée plénière de l'université des achats, organisée en ligne par le centre national des achats le 7 décembre 2020, Amazon a réalisé une communication habile axée sur les petits montants d'achat. Le but était de démontrer que l'utilisation de sa place de marché était un facteur de réduction des processus manuels tout en disposant de livraisons dans un délai court, ce qui au final répondait à un objectif d'optimisation de la dépense

publique grâce à une maximisation de la compétition entre les différentes offres des vendeurs tiers. La directrice d'Amazon Business France affirma lors de cette manifestation que plus de 3 000 établissements relevant du ministère de l'éducation nationale et près de 300 établissements de santé avaient déjà un compte sur Amazon Business France (informations invérifiables).

Il est incontestable que le confinement engendré par la lutte contre la covid-19 a favorisé les commerçants en ligne. Toutefois, contrairement aux annonces publicitaires d'Amazon, l'achat pour le client public sur la place de marché n'est pas sans risque. En premier lieu, il n'apparaît pas que les outils mis à disposition des clients publics pour réaliser le suivi des achats permettent de vérifier le respect des règles de computation des seuils expliquées précédemment. Un risque de délit de favoritisme ne peut donc pas être totalement exclu. En deuxième lieu, on peut s'interroger sur la capacité à mobiliser les garanties légales ou contractuelles en cas de défaillance des produits achetés lorsque les vendeurs tiers sont des micro-entrepreneurs situés en Asie. Il peut simultanément exister un risque certain d'image pour les personnes publiques si les produits en question ont été conçus par des entreprises en situation d'infraction avec les règles internationales du droit du travail ou les règles fiscales françaises (98 % des vendeurs tiers étrangers actifs sur les places de marchés n'étaient pas immatriculés à la TVA en France). Enfin, on peut s'interroger sur le respect des exigences de développement durable pesant sur les acheteurs publics. Amazon, qui a bien perçu le problème, indique être en cours de réflexion sur le sujet pour développer des fonctionnalités et des filtres dédiés aux certifications à l'éco-responsabilité. Au-delà de l'absence d'un calendrier précis sur le déploiement de ces fonctionnalités, les informations recueillies reposeront sur les déclarations des vendeurs tiers. Or, la jurisprudence requiert des acheteurs publics qu'ils puissent vérifier la véracité des spécifications techniques particulières à l'origine de l'attribution d'un marché public (CE 9 nov. 2015, n° 392785, *Société Autocars de l'Île de Beauté*, Lebon  T. ; AJDA 2016. 1069 , note S. Hul  ; AJCT 2016. 216, obs. P. Grimaud ).

Ainsi, aux Etats-Unis comme en France, la place de marché est utilisée pour les achats publics. Dans le premier cas, l'expérimentation est officielle et encadrée ; dans le second cas, elle est officieuse et les autorités publiques n'ont aucune visibilité sur les données achats recueillies par les opérateurs économiques sur les besoins des différents clients publics. Cette utilisation des places de marché se heurte encore à des obstacles en particulier juridiques qui semblent en limiter l'utilisation.

II - Une évolution nécessaire de l'environnement normatif international et français

Le dispositif de la place de marché adopté aux Etats-Unis pose question au regard du droit international et son adaptation potentielle au niveau de l'Union européenne induirait une réflexion sur le droit français.

A. Une évolution du droit international

Les modalités de l'expérimentation américaine ne respectent pas les règles de computation prévues dans le traité OMC sur les marchés publics (reprises dans les directives européennes) qui supposent de prendre en compte, ainsi que cela est rappelé dans l'article 6 du texte modifié le 30 mars 2012, l'ensemble des achats analogues sur une période de douze mois. Ce problème de compatibilité pourrait aussi concerner d'autres accords commerciaux internationaux et en particulier celui conclu entre les Etats-Unis et le Canada qui s'applique à partir du seuil de 25 000 \$ et qui pourrait trouver à s'appliquer dans le futur si la proposition du GSA était retenue. La pérennisation de la place de marché dans la commande publique passe donc, au moins pour l'Union européenne, par une adaptation des accords internationaux et du droit de l'Union européenne sur ce point. Plusieurs scénarios au niveau de l'OMC sont envisageables.

Le premier serait une absence d'action sur le sujet. C'est-à-dire que les Etats-Unis ne réaliseraient aucune démarche pour mettre en conformité leur dispositif avec le traité AMP. La question serait alors d'évaluer s'il existe un risque de contentieux. L'article XX de la version de 2012 de l'AMP prévoit que le mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC s'applique aux différends engagés au titre de ce traité. Ce qui veut dire que tous les Etats parties à l'AMP peuvent engager des procédures lorsqu'ils pensent qu'une autre partie est en situation de manquement à ses obligations au titre de l'accord. Le site de l'OMC dénombre trois litiges depuis l'entrée en vigueur de l'accord en 1994. La dernière saisine date de plus de vingt ans. Cette absence de contentieux paraît moins démontrer une conformité aux stipulations du traité qu'une absence de volonté des Etats parties de régler leurs litiges selon ce vecteur. Il y a donc de fortes raisons de penser que la probabilité pour que l'Union européenne engage un contentieux contre les Etats-Unis devant l'OMC en raison de l'infraction aux règles du traité que constitue l'utilisation des places de marché par les acheteurs publics fédéraux est très faible. De plus, le gouvernement américain pourrait fort justement opposer que la place de marché est un facilitateur d'accès aux marchés publics fédéraux puisque la seule qualité de vendeur tiers permet de réaliser directement des ventes sans participer à des procédures formalisées et complexes.

Le deuxième scénario pourrait prendre la forme d'une renégociation par les Etats-Unis de leur offre de couverture relative à l'accord AMP. En effet, s'agissant de l'accord sur les marchés publics, chaque Etat peut émettre ce que l'on appelle une offre de couverture ; c'est-à-dire qu'il n'adhère pas à l'ensemble de l'AMP, mais choisit des secteurs pour lesquels il y adhère. De manière plus précise, la technique de l'offre de couverture permet d'exclure certains marchés publics du champ d'application de l'accord, en fonction de leur montant, de leur objet ou de l'acheteur concerné. Cet accord est un traité à géométrie variable. C'est l'utilisation de cette technique qui a permis aux Etats-Unis de négocier la possibilité de mettre en place le *Buy American Act* qui prévoit un système de préférence pour les entreprises américaines. On pourrait donc imaginer que, pour légaliser la pratique des places de marché, les Etats-Unis étendent leur offre de couverture. En tout état de cause, l'accord AMP ne nous paraît pas être un obstacle à la pérennisation de l'utilisation des places de marché pour les Etats-Unis. Même si ceux-ci continuaient à ignorer volontairement leurs obligations issues de l'accord AMP, cette situation serait sans incidence sur les obligations de la France ou de l'Union européenne. En effet, une partie à ces accords ne peut, de son propre chef, décider de ne pas exécuter ses engagements au motif que les autres ne respecteraient pas les leurs. Il n'y a donc pas, au sens où on l'entend d'ordinaire, de clause de réciprocité.

En revanche, l'adaptation de la technique de la place de marché pour l'Union européenne suppose d'introduire non seulement une offre de couverture à l'AMP mais également de modifier sa réglementation interne puisque les règles de l'accord AMP ont été transposées dans la directive 2014/24/UE. Par conséquent, si, dans l'état actuel du droit de l'Union européenne, un Etat membre décidait de mettre en place un équivalent à l'expérimentation en cours aux Etats-Unis, il pourrait faire l'objet d'une action en manquement de la part de la Commission européenne ou d'un autre Etat membre. Sur ce fondement, la Cour de justice de l'Union européenne, si elle constatait un manquement d'un Etat membre aux obligations qui lui incombent en vertu des traités, pourrait prononcer des mesures pour remédier à cette carence. De même, si un acheteur public français avait recours aux places de marché pour des achats au-dessus du seuil européen, il pourrait voir ses marchés publics faire l'objet de référés précontractuels introduits par des opérateurs économiques lésés devant le juge administratif ou judiciaire. Une utilisation à grande ampleur des places de marché implique nécessairement une adaptation du droit de l'Union européenne.

Au-delà de l'aspect juridique, la vraie question est que cela reporte sur le fonctionnement de la place de marché et son opérateur l'ensemble des obligations qui pèsent sur les acheteurs publics, qu'il s'agisse de la mise en concurrence sur le prix, de vérifier les obligations de développement durable ou de faciliter l'accès des PME à la commande publique. Or,

si les opérateurs de place de marché et en particulier Amazon éliminent de manière assez brutale les fournisseurs qui s'écartent de leur standard de qualité, il apparaît beaucoup moins naturel que ces opérateurs prennent en compte des critères de politique publique dans la gestion de leurs vendeurs tiers. L'expérience américaine a surtout mis en exergue une grande résistance d'Amazon à toutes velléités de changement de son modèle. Ainsi, lors des discussions devant conduire à la détermination des titulaires retenus pour l'expérimentation des places de marché fédérales, cette société n'hésita pas à introduire en décembre 2019 une contestation officielle contre le GSA. Le but poursuivi par Amazon était de faire prévaloir ses conditions générales de vente sur les normes applicables aux achats fédéraux. Au final, Amazon a obtenu gain de cause. Ce précédent laisse donc présager des difficultés certaines pour la Commission européenne pour imposer des obligations aux opérateurs de places de marché.

B. Une évolution du droit français

En droit français, le marché public est qualifié par la loi de contrat administratif lorsqu'il est conclu par une personne publique, comme le rappelle l'article L. 6 du code de la commande publique. Cette qualification emporte la compétence du juge administratif et l'application de principes dérogatoires au droit commun. A ce titre, la personne publique dispose de pouvoirs exorbitants : modification unilatérale du contrat, résiliation unilatérale pour motifs d'intérêt général ou possibilité de contraindre le cocontractant en cas de circonstances imprévisibles à poursuivre l'exécution du contrat pour assurer la continuité du service public en contrepartie d'une indemnité. Ces règles initialement jurisprudentielles et qui sont à présent codifiées dans le code de la commande publique s'appliquent à tout marché qu'il porte sur des fournitures, des services ou des travaux.

Ces règles ont vocation juridiquement à l'emporter sur les conditions générales de vente des fournisseurs de l'administration. Or, la prééminence de l'administration dans la définition de la relation contractuelle serait sans doute remise en cause par les vendeurs tiers de la place de marché comme cela peut déjà être le cas lors de l'acquisition de licence informatique auprès de géants américains. La solution peut passer par une définition de la hiérarchie des normes de la relation contractuelle qui fasse prévaloir les conditions générales de vente des opérateurs économiques sur certains aspects sauf lorsque des règles de finances publiques ou des motifs d'intérêt général impératifs sont concernés. De même, dans la décision *Grenke location* (CE 8 oct. 2014, n° 370644, Lebon [📄](#) ; AJDA 2015. 396 [📄](#), note F. Melleray [📄](#) ; D. 2015. 145 [📄](#), note S. Pugeault [📄](#) ; RDI 2015. 183, obs. N. Foulquier [📄](#) ; AJCT 2015. 38, obs. O. Didriche [📄](#) ; AJCA 2014. 327, obs. J.-D. Dreyfus [📄](#) ; RFDA 2015. 47, note C. Pros-Phalippon [📄](#)), le Conseil d'Etat a amorcé un début de réponse à ces questions. Le juge administratif a en effet admis un rééquilibrage de la relation contractuelle au profit du cocontractant de l'administration en permettant de lui accorder un pouvoir de résiliation en cas de méconnaissance par l'administration de ses obligations contractuelles lorsque l'objet du contrat ne porte pas sur l'exécution même du service public. L'administration peut s'opposer à cette résiliation pour des motifs d'intérêt général.

Une évolution législative pourrait aussi restreindre la qualification de contrat administratif aux marchés publics complexes comme les marchés de partenariat public-privé. En revanche, les contrats prévoyant uniquement des ventes de produits, des prestations de services ou des travaux pourraient être qualifiés de contrats de droit privé. Cette solution qui mettrait fin à l'application de règles exorbitantes dans la relation contractuelle pose plusieurs problèmes. D'abord, elle provoquerait un transfert de compétence vers le juge judiciaire de l'ensemble du contentieux de ces contrats, ce qui constituerait une évolution institutionnelle importante dans la mesure où le dualisme de juridiction est fondé sur la nécessité d'apprécier la légalité de l'action de l'administration devant un juge spécifique. Ensuite, cette évolution aboutirait à complexifier l'état du droit car il pourrait être difficile de définir en pratique le périmètre exact de cette exception. La solution actuelle de qualification législative des marchés publics en contrat administratif

constitue une véritable simplification du contentieux.

Au final, l'utilisation de la place de marché dans la commande publique pourrait être une solution pour remédier, dans les secteurs où l'acheteur public dispose d'une certaine autonomie pour réaliser son choix, à la lenteur et à la complexité des dispositifs d'achat public actuels. Ce choix ne nous paraît pas pour autant impliquer l'abandon des objectifs de performance et de politique publique. Ces derniers pourraient être atteints par un contrôle *a posteriori* des données d'achat des administrations.

Pour en savoir plus

General Service Administration, (2019), Procurement through commercial e-commerce portals, phase II report : market research and consultation, General Service Administration, Washington ;

M. J. Lee, *The recommended micro-purchase threshold increase - an opportunity, 2018, General Service Administration, Washington ;*

C. Yukins, R. Handfield, T. Kull et A. Patrucco, *Emerging From The Pandemic : U.S. Government Poised To Award 'Commercial Platforms' Contracts That Will Open Online Marketplaces To Federal Purchasers, The Government Contractor* 62 (24). 2020, Thomson Reuter, Washington ;

C. Yukins, A. Young, K. Ittig, et E. Valle, *GSA's Commercial marketplaces initiative : opening Amazon and other private marketplaces to direct purchases by government users, Briefing papers* (20), 2020, Thomson Reuter, Washington

Mots clés :

CONTRAT * Marché public * Passation du marché public * Place de marché