

**L'impact des différents termes assignés au droit de la concurrence sur
l'ordre juridique des marchés publics internationaux
de l'union Européenne.**

**The impact of the Various Terms Assigned to Concurrence Law on
The Legal Order of International Public Procurement
Contracts in the European Union.**

Benkelfat Maya

Faculté de droit - Université d'Alger 1

m.benkelfat@univ-alger.dz

Date de soumission :29/12/2022, Date d'acceptation final :24/05/2023 Date de publication :juin 2023

Résumé :

Différents termes se sont associés à la concurrence, à savoir l'emploi de l'efficacité de la concurrence, l'effectivité et l'efficience économique .l'objet de mon article attrait à l'impact de ces différences terminologiques sur l'ordre juridique dans une matière aussi substantielle qui est celle des marchés publics internationaux de l'union européenne, qui fait apparaitre deux ordres juridiques distincts qui sont ; l'entité publique acheteuse et régulatrice de cette concurrence avec et le soumissionnaire étranger, faiseur de cette concurrence .

Mots clés : concurrence - efficacité - entité régulatrice - marchés publics internationaux - effectivité .

Abstract:

Different terms have been associated with competition namely the use of competition effectiveness, effectiveness, and economic efficiency ,the purpose of my article appeal to impact .of these terminological differences on the legal order ,in such a substantial matter ,that of international public procurement contracts of the European union which gives rise to two distinct legal orders , which are purchasing public entity and regulator of this concurrence , with a foreign bidder who makes this concurrence .

Key words: concurrence - efficiency - regulatory entity - international

Auteur correspondant :Benkelfat maya

Introduction :

Le droit de l'union européenne a opté pour une mutation du droit des marchés publics internationaux vers un droit concurrentiel, utilisant toute une panoplie de termes assignés à ce droit, tels que l'efficacité de la concurrence, l'effectivité de la concurrence et l'efficacité économique...

L'objet de cet article, tout en définissant cette terminologie dans toutes ses particularités, se doit aussi de démontrer le fondement de cette concurrence, d'où l'importance de cette étude.

En effet, bien que la concurrence ne soit définie ni sur le plan légal, ni sur le plan réglementaire ; néanmoins, un apport doctrinal et jurisprudentiel bien diversifié fait revêtir à cette analyse une importance non négligeable dans le sens où elle s'inscrit dans une matière aussi substantielle qui est celle des marchés publics internationaux, dans lesquels, nous repérons deux parties contractantes ; l'entité publique acheteuse et le soumissionnaire étranger, et c'est dans le cadre de la coexistence avec deux ordres distincts : un ordre juridique ; à savoir l'égalité de chances des soumissionnaires devant la concurrence et un ordre économique : l'efficacité économique, et c'est dans cette thématique que s'inscrit la problématique de la clarification de la notion de concurrence sous cette diversité terminologique, dans le cadre d'acquisition des marchés publics internationaux de l'union européenne.

Aussi, dans cette diversité terminologique, nous étudierons les outils juridiques adoptés aux fins de faire prévaloir la notion de concurrence, et la terminologie qui demeure écartée par le droit de l'union européenne. Cette problématique sera traitée en deux parties ; la première concerne les fondements de cette concurrence, quant à la deuxième, elle sera consacrée au degré d'applicabilité de la concurrence au sein des marchés publics.

1- Les Fondements de la concurrence

La concurrence, qu'elle soit de moyens ; c'est-à-dire celle qui associe d'autres objectifs, tels que l'emploi et la protection de l'environnement, ou la concurrence condition ou parfaite, n'ont reçues aucune définition légale ou réglementaire ; néanmoins, cette concurrence demeure un préalable dans le droit de la commande publique au niveau de l'union européenne, et pour étayer le bien fondé de cette concurrence, la doctrine et la jurisprudence américaine

apportent une contribution.

1-1- Les différents courants doctrinaux et la jurisprudence américaine

La doctrine européenne a légitimé le droit de l'union européenne à travers la conception de certains auteurs qui ont souligné le rôle de l'Etat à définir la place de l'économie de marché et par conséquent de veiller à ce qu'elle joue correctement son rôle¹. D'autres auteurs considèrent que l'avènement de la liberté des prix et l'institution du conseil de concurrence ont fait que progressivement, l'analyse économique a pénétré le raisonnement juridique et conféré un fondement nouveau aux interventions des pouvoirs publics dans les marchés². Le conseil de la concurrence européen a expliqué que les atteintes à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle des agents économiques, puisaient leurs justifications dans l'économie de marché, et en a exposé les mécanismes et les effets

Le manuel rédigé par Chapira, Le Tallec, Blaise et Idot, indique que le droit de concurrence comme organisation sociale, laquelle est conçue comme étant « le système permettant d'atteindre au mieux les objectifs de croissance, d'équilibre, et de plein emploi ».

La reconnaissance de cette fonction à cette concurrence conduit à deux conséquences, et c'est dans le cadre concret de chaque marché, défini par son objet « produits ou services » et sa « dimension territoriale » qui doit être compatible avec la taille efficiente des firmes, d'une part, et d'autre part, le régime de concurrence n'est pas incompatible avec certaines interventions de la puissance publique. Aussi, une autre approche a légitimé le droit de concurrence en fonction d'une dimension objective qui aspire à protéger le marché tandis que la dimension subjective cherche à protéger le droit des concurrents.

Quant à la jurisprudence américaine, sa position concernant la concurrence, est plus économique que juridique, en effet, la jurisprudence américaine regrette que le droit de l'union européenne se cantonne dans un formalisme juridique inadapté à un domaine³ « par essence économique », en conséquence plusieurs termes semblent s'associer au droit de la concurrence.

1-1-1- Les différents termes assignés au droit de la concurrence

Parmi les différents termes assignés à la concurrence, certains se définissent par un critère matériel alors que d'autres se définissent à travers une finalité économique. Une autre définition de la concurrence se révèle sur le plan procédural.

Le droit de concurrence est dépourvu de notion d'équité, et ne fait appel à aucun jugement de valeur. Pour atteindre l'objectif ; l'efficacité demeure neutre, sa seule préoccupation est l'efficacité, mais qui n'est pas la seule finalité du droit européen, car elle se concilie avec d'autres objectifs. Quant à l'efficacité de la concurrence au sens littéral, c'est le caractère de ce qui est efficace, c'est aussi la capacité d'obtenir le résultat souhaité, ou d'atteindre l'objectif fixé. Les objectifs peuvent se décliner selon un ou plusieurs critères tels que les délais, quantités, coûts, qualité, rentabilité ... etc.

L'efficacité est l'un des facteurs d'évaluation d'un collaborateur par son management.

A partir du moment où l'efficacité est évaluée en fonction du taux de rentabilité dans l'entreprise, d'où l'évocation d'un autre point en rapport avec le critère matériel, élément déterminant de l'efficacité. L'évaluation de l'efficacité dans les objectifs à atteindre nous mène au critère économique. En tenant compte de ce dernier, qui d'un point de vue matériel détermine l'activité concurrentielle de celle qui ne l'est pas, la concurrence efficace doit être possible mais cela n'implique pas son effectivité, car seules les entreprises doivent passer à l'action, ce qui implique que la concurrence efficace n'est pas un état naturel en soi, son existence ne résulte pas des mécanismes de marché, c'est au droit de la concurrence de la rendre possible sur le marché. La concurrence efficace est plus un instrument qu'une fin en soi, dans la mesure où elle est au service de la réalisation d'un des objectifs du traité de fonctionnement de l'union européenne qui est l'intégration des marchés. C'est en ce sens qu'il incombe aux entreprises une responsabilité particulière pour le maintien d'une concurrence efficace, celle-ci est définie comme étant « la possibilité d'une concurrence effective ou potentielle ».

Il existe une différence de degré non négligeable entre la concurrence potentielle et la concurrence effective.

1-1-2- Les différences terminologiques

La concurrence potentielle exerce une contrainte moins immédiate sur les entreprises en place mais constitue une menace dans la mesure où elle les incite à modérer leur pouvoir de marché ; les concurrences effectives ou potentielles traduiraient à des degrés différents la pression concurrentielle exercée par les entreprises tierces, même si le droit ne se ramène jamais totalement à une théorie économique.

Quant à l'utilisation du terme efficacité, il indique le rapport entre le résultat obtenu et les ressources utilisées aux fins d'atteindre l'objectif, l'efficacité permet ainsi à une société de prévoir si telle ou telle décision peut dégager des gains ou des pertes ; l'efficacité se traduit en termes de rentabilité et de performance, comme elle peut se mesurer en valeur nette actuelle ou en taux de rentabilité interne.⁴ La différence entre l'efficacité et l'efficacité est très subtile, dans la mesure où l'efficacité ne doit pas être confondue avec l'efficacité qui se détermine comme la capacité à parvenir à un maximum de résultats avec un minimum de ressources ; une action peut être efficace sans être efficace si les moyens utilisés sont disproportionnés, exemple écraser un moustique avec un marteau .

Cette efficacité économique se subdivise en trois catégories ; l'efficacité allocative, l'efficacité productive et l'efficacité dynamique.

1-2 Les Catégories de l'efficacité économique

Les catégories de l'efficacité économique sont définies selon les économistes d'une manière tryptique à travers l'efficacité allocative, l'efficacité productive et l'efficacité dynamique.

Dans ces trois catégories l'efficacité économique est appréciée selon deux critères distincts, le premier est celui qui détermine l'efficacité en terme de rapport entre producteur et consommateur ; le second critère est aussi envisagé en terme de bien-être social et d'innovation.

1-2-1- L'efficacité économique en terme de rapports entre consommateur et producteur

L'efficacité économique se concrétise à travers deux catégories, dont la première est l'efficacité allocative, cette dernière est vérifiée lorsque l'atteinte de l'équilibre est trouvée par l'alternative minimisant les coûts de transaction entre acteurs, et

parallèlement, maximisant le surplus social. Le surplus total se compose du surplus du consommateur qui est la différence entre sa disposition à acheter et le prix réellement payé et du surplus du producteur qui est la différence entre sa disposition à vendre et le prix de vente.

L'efficacité productive signifie que l'équilibre atteint rend impossible de produire la même quantité d'outputs si les inputs sont réduits, est corrélativement la situation dans laquelle il est impossible de produire davantage avec la même quantité d'inputs.⁵ Quant à l'efficacité dynamique elle retient comme critère dans l'évaluation de cette efficacité économique le bien-être social et l'innovation.

1-2-2 L'efficacité économique à travers le bien-être social et l'innovation

Cette dernière catégorie de l'efficacité économique se réfère aux considérations de bien-être social futur envisagé dans l'appréciation de l'efficacité économique.

L'efficacité économique s'appuie sur une efficacité, qui selon l'analyse économique évolutionnaire où l'évolution de l'économie est envisagée en terme de temps comme notion clé que plutôt l'approche statique de l'économie. C'est pourquoi l'efficacité dynamique est conçue comme le meilleur facteur d'optimisation de l'investissement et de l'innovation⁶.

Quant à l'utilisation du terme effectif ou effectivité de la concurrence, il est décrit comme un prérequis pour atteindre l'efficacité économique dans le droit.

En conséquence, toute norme efficace est à priori effective, tandis que toute norme effective n'est pas systématiquement efficace.⁷ Ce principe du droit européen de la concurrence s'exerce dans le cadre de l'effet direct horizontal et vertical de la norme européenne.

1-3 Utilisation du principe de l'effet direct de la norme européenne

En vertu de l'effet horizontal, qu'un particulier peut se prévaloir d'une norme européenne contre un autre particulier sans que cette dernière ne soit au préalable adoptée par un texte de l'ordre juridique, pour lequel, ce particulier est contraint d'exécuter cette disposition juridique.

Quant à l'effet direct vertical, il signifie qu'un particulier peut

contraindre un Etat membre à l'application d'une norme européenne, sans qu'elle ne soit adoptée par un texte dans l'ordre juridique interne de l'Etat dans lequel elle doit s'exercer ; il découle de cet effet direct que le principe d'effectivité du droit européen de la concurrence s'exerce par le biais de la commission européenne.

1-3-1 Les pouvoirs de la commission européenne

Les pouvoirs de la commission européenne correspondent assez à ceux d'un gouvernement, donc de nature exécutive. De ce fait, la commission sera détentrice du pouvoir de proposition, puis une fois l'acte adopté par le conseil européen ; en général en collaboration avec le parlement européen, selon des procédures variables, où la commission sera chargée de l'exécution ; la commission européenne peut proposer des directives ou des propositions de règlement.⁸ Quant aux instruments juridiques utilisés en vue de l'affirmation du principe d'effectivité, ceux sont les dispositions pertinentes du traité de fonctionnement de l'union européenne, et aussi les décisions de la commission européenne à caractère obligatoire telles des règles de droit, des décisions judiciaires nationales, la commission européenne peut utiliser aussi certaines règles en vue de la concrétisation du principe d'effectivité de la concurrence.

1-3-2- Les instruments juridiques de la commission européenne.

La commission européenne utilise aussi des normes non obligatoires telles que la Soft Law, cette dernière est définie comme étant l'ensemble des règles dont la juridicité « est discutée ». Ce sont des règles de droit non obligatoires, ce qui est à priori contraire à l'essence du droit.

Quant au principe d'effectivité, ce n'est pas une notion juridique ou économique définissable, mais ce principe se concrétise à travers cet ensemble de règles procédurales susceptibles de condamner toute atteinte aux règles de concurrence, adoptées par la commission européenne ; et en conséquence, à l'effet direct horizontal ou vertical. Il permet à la juridiction de la cour européenne de condamner toute infraction susceptible d'enfreindre les règles de concurrence énoncées par les articles 101 et 102 du traité de fonctionnement de l'union européenne, à travers des décisions de justice dans lesquelles la condamnation peut être assortie d'une

réparation pécuniaire à tout contrevenant s'il y'a un lien de causalité entre le préjudice et l'infraction aux règles de la concurrence.⁹ Les articles 101 et 102 du traité de fonctionnement de l'union européenne sont les bases légales de l'union européenne pour condamner toute forme d'incompatibilité avec le marché intérieur ;en prohibant ainsi les accords ayant pour motif d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence.¹⁰ Quant à l'article 102, il énumère les manifestations de cette position dominante.¹¹

Le droit de la concurrence de l'union européenne ne se limite pas uniquement à l'énumération de cette diversité terminologique, mais il soulève aussi la question du degré d'applicabilité de la concurrence au sein des marchés publics

2-Le degré d'applicabilité de la concurrence au sein des marchés publics

Après avoir étudié la concurrence à travers les courants doctrinaux, la jurisprudence américaine et une terminologie diversifiée, la concurrence se subdivise en deux catégories, à savoir la concurrence moyen adoptée par l'union européenne et la concurrence fin ou concurrence condition. Cette dernière tolèrerait moins de dérogations à la libre concurrence que la concurrence moyen qui concilie d'autres objectifs, à savoir la meilleure répartition des ressources, le maintien de l'emploi.¹²

Le principe de la concurrence s'inscrit en droit des marchés publics internationaux, autour des principes, contenus dans la notion de concurrence au sein des marchés publics.

2-1 Notion de concurrence au sein des marchés publics

L'article premier de l'ordonnance du 23 juillet 2015 portant sur les marchés publics¹³ énonce le principe de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures et d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics. Quant à l'article deux, il confirme l'application de ces principes par les acheteurs publics relatifs aux marchés publics de fournitures, de travaux et services conclus dans le cadre de l'organisation mondiale du commerce et l'union européenne¹⁴, et ce n'est que sur la base de ces principes, qu'est envisagée la concurrence dans la commande publique dont le marché public en est une catégorie.

2-1-1 La conception de la concurrence au sein de l'égalité des chances

Le principe de la concurrence vise à garantir les mêmes chances aux soumissionnaires pour remporter un appel d'offre international, cette égalité offre aux entreprises « aux moyens limités » la possibilité de remporter de grands projets d'une part, et d'autre part, par ce procédé les acheteurs publics s'assurent d'avoir les meilleures offres possibles. Ce procédé de mise en concurrence, augmente aussi la compétitivité des opérateurs économiques.¹⁵ Le moins disant n'implique pas le mieuxdisant.

Si autrefois l'administration contractante retenait le soumissionnaire le moins disant, cette possibilité est devenue inenvisageable ; en effet le code des marchés publics écarte les offres anormalement hautes et celles anormalement basses, et marque une pondération concernant les critères de prix et de valeur technique ; le soumissionnaire habilité à obtenir un marché public international est celui dont l'offre est la mieux disante, cette dernière n'implique pas la plus basse à retenir comme autrefois, car ce critère entraînait les entreprises à offrir plus des prix que des offres, et de ce fait, elles chiffrèrent un minimum de fourniture et main d'œuvre d'exécution, et toutes les prestations annexes n'étaient pas chiffrées, en conséquence ; les maîtres d'œuvre se sont retrouvés face à une offre anormalement basse, car le souci majeur de l'acheteur public est l'économie potentielle et que ses décisions doivent être en concordance avec l'intérêt général ; mais cet intérêt général implique aussi pour l'acheteur public la recherche des motifs de justification de l'offre la plus basse, et que ces motifs ne s'inscrivent pas autour des éléments tels que l'incompréhension du chiffrage de toute la prestation.

Les bas coûts sont dus aussi à une main d'œuvre moins chère¹⁶ ; travail dissimulé, montages juridiques de détachements douteux, aussi par le biais de fournitures de moindre qualité. Il ressort de cette analyse, que le souci majeur de l'acheteur public est plus financier qu'économique ; financier dans la mesure où l'Etat représentant l'intérêt général doit justifier ses dépenses en termes de coûts. Cependant, la recherche aussi des coûts et tous les frais associés à la détermination du prix de l'offre du soumissionnaire, et le prix, représente aussi un des éléments clés du marché qui est défini

comme le lieu réel ou fictif d'échanges entre agents économiques ; s'effectuant sur la base d'un prix qui résulte de la confrontation des offres et des demandes de biens et services ; c'est en ce sens que ce marché présuppose selon Antoine Pirovano « l'économie de marché est avant tout, un ordre concurrentiel et les tables de la loi de la concurrence représentent le droit constitutionnel d'un marché transcendant les frontières nationales »¹⁷, mais l'ordre qui s'exerce au sein de l'économie de marché est distinctif de l'ordre étatique de l'Etat acheteur.

2-1-2 La divergence entre ordre étatique et ordre du marché

Dans le cadre des marchés publics internationaux ; l'Etat est porteur d'un ordre divergeant ; celui du détenteur du pouvoir de contrainte juridique, qui va de l'édition de normes à respecter à l'utilisation de la force matérielle traduite par des « sanctions »¹⁸. Pour les marchés publics internationaux ; l'administration contractante adopte les marchés publics formalisés dans lesquels figurent les seuils de chaque marché public qui doit préalablement s'y soumettre ; mais au-dessous du seuil exigé ; le principe de concurrence comme préalable n'est pas exigé des lors que la valeur du contrat international est inférieure à 4000 euro HT.¹⁹

Il résulte de cet article qui a mis en exergue les différentes terminologies assignées au droit de la concurrence, que l'emploi de l'effectivité, l'efficacité et de la concurrence n'est pas en vue de définir la concurrence, ces termes sont employés comme des qualifiants pour confirmer l'importance de cette concurrence. En effet ; le droit de l'union européenne concrétise le principe de l'effectivité à travers des règles procédurales et des règles de fond qui condamnent toute atteinte à la concurrence par des pratiques anticoncurrentielles et des abus de position dominante.

Le principe de concurrence efficace se réalise à travers une négociation entre les faiseurs de la concurrence qui sont les entreprises avec les pouvoirs publics, aux fins que cette concurrence joue son rôle au sein d'un marché ; mais ces deux termes ne définissent pas la concurrence, d'une part, d'autre part, l'efficience économique, elle aussi ne trouve aucune application dans le droit de l'union européenne.

2-2- L'exclusion de l'efficacité économique comme finalité de la concurrence

A partir du moment où l'efficacité économique est exclue du droit de la concurrence, deux idées surgissent : la première attrait aux exceptions à l'obligation de concurrence, la seconde concerne les exceptions au principe de l'égalité de chances.

L'emploi de l'expression efficacité économique est défini à travers trois catégories qui sont l'efficacité allocative ; l'efficacité productive et l'efficacité dynamique. Ces trois catégories illustrent bien la finalité de la concurrence dans sa consonance économique ; contrairement aux autres termes qui sont efficacité et effectivité d'une part ; d'autre part ; les articles un et deux de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne mentionnent pas le terme de concurrence comme préalable à l'attribution des marchés publics, mais emploient plutôt le terme d'efficacité de la commande publique ; qui ne résulte pas des mécanismes de marché, ni des directives 2014/24 de l'union européenne, du parlement européen et du conseil du 26/02/2014, ne mentionnent expressément la concurrence, quant à la directive 2014/24, elle dispose que « la passation des marchés publics par les autorités des Etats membres ou en leur nom, doit être conforme aux principes du traité de fonctionnement de l'union européenne, notamment la libre circulation des marchandises ; la liberté d'établissement, la libre prestation de services ; ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement ; la non-discrimination ; la reconnaissance mutuelle ; la proportionnalité et la transparence ... ».²⁰

De ce fait ; puisque le principe de la concurrence n'étant pas cité expressément dans le droit de la commande publique ; il n'a pas pour objectif l'efficacité économique de ces marchés publics mais il assure une transition de l'obligation de moyen qui implique le respect des procédures de passation, à une obligation de résultat qui est la réalisation de l'égalité des chances entre les entreprises soumissionnaires.

Le principe de l'efficacité économique, qui implique l'atteinte des objectifs en terme d'optimalité des incitations à l'innovation et la rentabilité à long terme, avec peu de ressources financières engagées, ne fait pas partie des préoccupations de l'Etat acheteur, dans les marchés publics internationaux, notamment dans certains marchés publics dont le montant est inférieur à 4000 euros, ne sont pas soumis

obligatoirement à la concurrence d'une part ; et d'autre part ; le principe d'égalité de chances des soumissionnaires est conforté par des dispositions juridiques répressives.

En effet ; l'article 432 de la loi du 03-01-1991 relative au code pénal français a pénalisé l'accord d'avantages injustifiés à une entreprise, en réprimant le délit de favoritisme qui contreviendrait aux principes d'égalité des soumissionnaires devant la commande publique.²¹

L'obligation de publicité et de mise en concurrence assure le respect des règles fondamentales de la commande publique ; quant au principe de transparence ; il se vérifie dès lors que les moyens de publicité permettent la circulation de l'information à un nombre potentiel de candidats aux fins d'accueillir une variété d'offres ; et c'est ce qui peut assurer ainsi une véritable mise en concurrence, mais ce principe n'est pas dépourvu d'exceptions.

2-2-1 Les exceptions à l'obligation de concurrence

D'autres modifications ont été apportées aux marchés publics internationaux exclus de la concurrence ; il s'agit aussi du décret d'application du 25 mars 2016 qui stipule qu'en procédure adaptée, la passation des marchés dont le montant ne dépasse pas 25000 euros ; constitue un cas de recours à la « procédure » négociée sans publicité, ni mise en concurrence, préalables conformément à l'article 30 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, où l'exigence se porte sur l'application de devis entre trois et cinq, car ces marchés publics restent soumis aux principes fondamentaux de la commande publique²² d'une part, et d'autre part ; les critères d'attribution des marchés publics de travaux, fournitures et services, ne se réfèrent pas toujours à une analyse économique qui peut passer au second plan contrairement aux textes et à la jurisprudence.

Par conséquent, bien que le principe de la concurrence demeure un préalable dans l'octroi d'un marché public international ; néanmoins au regard de la jurisprudence européenne ; cette dernière confirme le principe de concurrence moyen, à travers la notion d'effectivité du droit de l'union européenne, dans la mesure où il contribue à la primauté ; unité et immédiateté de la norme européenne sur les droits nationaux. En conséquence, les principes d'effectivité et d'efficacité en droit de l'union européenne ne définissent pas la concurrence ; mais par le biais de la commission européenne²³ qui

édicte des normes juridiques ; pas dans le sens de l'efficacité économique ; plutôt dans un souci d'encadrement de cette concurrence par un système répressif assuré par la commission européenne qui veille à assurer l'égalité de chances des soumissionnaires dans l'ouverture à la concurrence.²⁴

Aussi parmi les outils juridiques adoptés par l'union européenne ; la Soft Law qui est l'ensemble des textes adoptés par une ou plusieurs institutions ; mais qui ne produisent pas d'effet judiciairement sanctionné. L'objectif essentiel attrait à la conduite à suivre, cette Soft Law se caractérise par des lignes directrices ou des communications dont l'objectif est d'une part ; assurer l'intégration des règles juridiques par une analyse économique ; aussi renforcer la sécurité juridique des entreprises par ce système d'informations adressées aux hommes de lois tels que les juges nationaux et autorités nationales de concurrence, d'autres part ; la concurrence telle que préconisée par l'union européenne fait plus prévaloir le droit des concurrents que celui de la concurrence avec certaines exceptions.

2-2-2 Les exceptions d'égalité de chances dans la concurrence

Le droit européen de la concurrence fait plus prévaloir la protection du consommateur que celle du fonctionnement du marché intérieur. Aussi par le biais de la Soft Law, la commission européenne ne se contente pas uniquement d'expliquer des notions ; mais tout en appliquant les articles 101 et 102 du traité de fonctionnement de l'union européenne sur les 26 pays ; tout en prohibant les abus de position dominante ; elle peut aussi y déroger en expliquant dans quelle mesure un abus de position dominante peut se justifier ; comme elle peut aussi éviter l'interdiction de restrictions de concurrence dès que cela assure un progrès économique, comme elle peut également introduire de nouveaux critères dans l'application des règles de concurrence ; comme celui du concurrent hypothétique aussi efficace « qui commande la qualification d'abus de position dominante ».²⁵

Conclusion :

Nous pouvons relever que la concurrence sous ses différents termes ne donne aucune définition et aucun éclaircissement à propos des aboutissants de cette concurrence en terme d'efficacité économique ; mais au regard du droit européen de la concurrence ; ce sont les principes d'effectivité et d'efficacité qui prévalent dans la

mesure où la commission européenne édicte des normes juridiques à respecter sous formes de communications dans le cadre beaucoup plus d'un encadrement juridique, C'est-à-dire la soumission à la légalité administrative qui implique le respect de la règle de droit ; sous le principe d'égalité de chances des soumissionnaires avec certaines permissivités dans le sens où le caractère régulateur de la Soft Law se manifestera à travers l'adoption de certaines pratiques ; à titre d'exemple ; dans un abus de position dominante ; ne seront sanctionnés que les comportements régissant cette position ; si et seulement s'ils aboutissent à supprimer ou dissuader l'entrée sur le marché de ce concurrent aussi efficace.²⁶

En conséquence, ce que nous pouvons suggérer dans une analyse juridique accompagnée d'une approche économique, que le principe d'égalité de chances entre les soumissionnaires à un marché public international ne peut expliquer les aboutissants de la concurrence, puisque cette dernière est tributaire d'un marché.

Le principe d'égalité de chances n'explique pas le fondement de la concurrence, il explique seulement l'égalité des soumissionnaires devant un marché public international dans leur prise de connaissance des conditions juridiques et techniques d'obtention d'un marché public international, mais l'administration contractante ; connaissant les finalités de la concurrence qui ne sont ni la loyauté, ni l'égalité, mais plutôt l'efficacité économique et le bien-être social ; se doit avant tout de veiller à cette finalité et ne pas toujours se référer aux articles 101 et 102 du traité de fonctionnement de l'union européenne, dans le sens d'une interprétation et application littérales.

¹ Leonel Zevounou, « Concept de concurrence en droit », thèse de doctorat, Paris X, 2010, pp. 12 à 15.

² B. Clément souligne « c'est à l'Etat qu'il appartient de définir la place de l'économie de marché et par conséquent de veiller à ce qu'elle joue correctement son rôle », Idem.p.13

³ S'inspirant des prescriptions économiques de l'école de Harvard, R. Joliet regrette que le droit européen soit inadapté à un domaine par essence économique. Idem. pp. 13

⁴ Efficience définition www.toupie.org.dictionnaire/efficience*.htm du 21-05-2020

⁵ « Si l'on suppose par définition qu'un produit est élaboré par une branche d'activité, il existe donc autant de branches que de produits pour fabriquer son produit output, chaque branche consomme une certaine quantité de produits en provenance d'autres branches input, ce type de consommation interbranches étant appelé consommation intermédiaire, le premier objectif d'un tableau d'échanges interindustriels (TEI) est de permettre une description détaillée des consommations intermédiaires par branches et par produits (en volumes ou en valeurs), voir. Pierre Darrot « input output », Economie Encyclopédie Universalis, en ligne 2021

⁶ Aurelien Portuèse, « Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne », thèse de doctorat, Paris, 2012, 2^{ème} édition, public book, 2014. pp. 26-27

⁷ Ibid., p.14

⁸ Thierry Debard, Bernadette Le Baut-Ferrarese ; Cyril Nourissat « Dictionnaire du droit de l'union européenne », édition Ellipses 2002, p.47

⁹ Ibid., p.47

¹⁰ « Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits, tout accord entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises ou toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres, et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché... », extrait de l'article 101 du traité de fonctionnement de l'union européenne ex article 81 de la TCE.

¹¹ « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté. Le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci pratiques abusives peuvent notamment consister à imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables, telles que limiter la production et débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs et appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, aussi subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations

supplémentaires qui par nature ou selon les usages commerciaux n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats » article 102 du traité de fonctionnement de l'union européenne ex article 81 de TCE .

¹² Leonel Zevounou, op.cit., pp. 12 à 15

¹³ Ordonnance n° 2015-899 du 23 Juillet 2015, dans son article 01 du code des

marchés publics et autres contrats, Editions Dalloz, 2018.

¹⁴ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, Edition Dalloz, 2018 pp. 01 et 02

¹⁵ Marches publics pme <http://www/marchespublics.pme.com>

¹⁶ « Le moins disant n'est pas toujours le mieux disant..., une nuance fondamentale », GBS appel d'offre <http://gbs-appeldoffre.fr>. pp 01 et 02.

¹⁷ Jeacke Chevalier « l'Etat et ordre concurrentiel », <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01728581>, submitted on 11 Mar 2018.

¹⁸ Ibid., pp. 01 à 04.

¹⁹ Marchés publics pme <http://www/marchéspublics.pme.com> du 22-03-2019.

²⁰ Directives 2014/24 de l'union européenne, code des marchés publics et autres contrats, Dalloz, 2018, pp. 286-287

²¹ Florian Linditch, « Le droit des marchés publics », Dalloz, 2016, pp. 12 à 17.

²² Christophe Lajoie « Droit des marchés publics », France, édition Galini Lextenso, 2016, pp.244-245.

²³ La commission européenne est un organe essentiel d'un processus décisionnel de l'union européenne, la commission en tant que collège est responsable devant le parlement européen qui peut adopter une motion de censure contraignant les commissaires à abandonner collectivement leur fonction. Voir. Vie publique.fr « fiches du 25 mars 2021 »

²⁴ Dominique Ritleng « L'effectivité du droit européen de la concurrence », revue de l'union européenne, droit de concurrence, n° 588 - 2015 pp. 277 à 281

²⁵ Ibid., pp. 277 à 281

²⁶ Ibid., p.287

BIBLIOGRAPHIE

A/ Ouvrages

1. Christophe Lajoie « Droit des marchés publics », Galini Lextenso, Paris, 2016.
2. Directives 2014/24 de l'union européenne .code des marchés publics et autres contrats, Dalloz, 2018.
3. Florian Linditch, « Le droit des marchés publics », Dalloz, Paris, 2016.
4. Ordonnance 2015-899 du 23-07-2015, Dalloz 2018.
5. Thierry Debard, Bernadette Lebaut –Ferrarese, Cyril

Nourrissat, Dictionnaire du droit de l'union européenne, Ellipses, Paris, 2002.

B/ Thèses

1. Aurélien Portuèse, « Le principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne », thèse de doctorat, soutenue le 10-12-2012, Paris II, Publick Book, Paris, 2014.
2. Léonel Zévounou, « Concept de concurrence en droit », thèse de doctorat soutenue le 08-12-2010, Paris X, 2010.

C /Articles

1. Dominique Ritleng, « L'effectivité du droit européen de la concurrence », revue de l'union européenne, droit de concurrence, n° 588, 2015.
2. Journal officiel de l'union européenne du 09-05-2008, extrait de l'article 101 du traité de fonctionnement de l'union européenne, ex article 81 de TCE.
3. Journal officiel de l'union européenne, du 09-05-2008 article 102 du traité de fonctionnement de l'union européenne, ex article 81 de TCE.

D /Sites Web

1. Vie publique.fr, fiches du 25 mars 2021.
2. Efficience, définition simple et traduction news letter quotidienne mise à jour le 17-01-2020 .
3. Fabien Piem, « Concurrence effective ou concurrence efficace « [https://www.cairn.info/revue internationale de droit économique](https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique) »
4. GBS appel d'offre. [http //gbs –appel d'offre .fr](http://gbs-appel-d-offre.fr)
5. Jeake Chevalier, « L'Etat et ordre concurrentiel » [http//hal.archives – ouvertes.fr /hal 01728581](http://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01728581)submitted on 11 mars 2018.
6. Marchés publics pme [http//www//marchés publics pme.com](http://www//marchés-publics-pme.com) .du 22-03-2019.
7. Pierre Darrot, « Input output », Economie, Encyclopédie, Universalis, en ligne 2021.
8. [www.toupie.org.dictionnaire l'efficacité.htm](http://www.toupie.org/dictionnaire-l-efficacite.htm) du 21-05-2020