

REGARDS CROISES : Cet ouvrage est réalisé à l'occasion des 60 ans de l'APASP, avec le soutien de la Fondation Paris-Saclay, dans le cadre de la Chaire Achat public
Les opinions exprimées dans cet ouvrage reflètent uniquement celles de leur auteur.
Toute reproduction totale ou partielle soumise à autorisation.

Les principes de la commande publique sont-ils universels ?

par
Laurent Richer
Professeur émérite de droit public
Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Dégagé de la gangue de réglementation dans laquelle il fut longtemps enfermé, le droit de la commande publique, sous l'influence de la législation européenne, est maintenant structuré par des principes, dont certains ont valeur constitutionnelle¹.

L'article L. 3 du Code de la commande publique en livre une synthèse en distinguant principes et objectifs.

Les principes sont l'égalité de traitement des candidats, la liberté d'accès et la transparence des procédures.

Les objectifs, qui sont poursuivis à travers les principes, sont l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers que les principes permettent d'assurer.

Là où le CCP retient trois grands principes d'autres textes en mentionnent parfois plus, parfois moins.

Parfois plus : nos trois principes se retrouvent en droit communautaire, mais celui-ci en fait des corollaires d'autres principes et en retient une liste plus large. Ainsi le préambule de la directive 2014/24 prévoit que la passation des marchés publics doit respecter les « principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services », puis il ajoute qu'elle doit aussi être conforme à des principes spécifiques qui « découlent » des précédents et qui sont « notamment » « l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence »². Dans la *doxa* issue de l'arrêt *Telaustria*³ la transparence est un dérivé de l'égalité⁴, mais d'une part ce n'est pas la seule implication de l'égalité, d'autre part la transparence a pris son autonomie, comme le montre le Code de la commande publique.

Parfois moins : l'Accord OMC sur les marchés publics comporte un article IV sur les « Principes généraux » qui ne mentionne que la transparence et l'impartialité⁵.

¹ Les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement et de transparence des procédures ont valeur constitutionnelle (Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit : *AJDA* 2003. 1391, note J.-E. Schoettl ; *Dr. adm.* 2003, comm. 188 et 191, note A. Ménéménis ; *RDP* 2003. 1163, art. F. Lichère ; *Contrats-Marchés publ.* 2003, chron. 18, F. Linditch).

² Principes qui s'imposent aux États-membres, sans que cela empêche de les diversifier (v. p. ex. le droit allemand : E. Müller « Principes de la commande publique : un bref regard outre-Rhin », *Contrats et marchés publics*, 2022, n° 3, repère 3

³ CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Teleaustria Verlags Gmbh, Telefonadress Gmbh et Telekom Austria AG* (*Rec.* 2000, I, p. 10770, concl. N. Fennelly ; *AJDA* 2001, 106, note L. Richer ; *BJCP* 2001, n° 15, p. 132, obs. C. Maugüe)

⁴ Voir S. de La Rosa et P. Valcarcel Fernandez (dir.) *Les principes des contrats publics en Europe*, Bruylant, 2022, *passim*

⁵ « Une entité contractante procédera à la passation de marchés couverts d'une manière transparente et impartiale qui:

- a) est compatible avec le présent accord, au moyen de méthodes telles que l'appel d'offres ouvert, l'appel d'offres sélectif et l'appel d'offres limité;
- b) évite les conflits d'intérêts; et

En faisant abstraction des objectifs liés au commerce intra-communautaire et international que poursuivent les instruments internationaux, il peut être admis que les trois principes du Code de la commande publique vont à l'essentiel. Dans la ligne de raisonnement de la jurisprudence *Telaustria* il serait même possible de tout ramener à la transparence !

Sans aller jusque là, on recherchera si les principes d'égalité de traitement des candidats, de liberté d'accès et de transparence des procédures ont une valeur juridique universelle.

Un examen (évidemment non exhaustif !) des instruments internationaux et des droits nationaux amène à faire une distinction entre la transparence des procédures, d'une part, et, d'autre part, la liberté d'accès et l'égalité.

I. – TRANSPARENCE DES PROCÉDURES

La transparence des procédures est une protection contre la corruption et la partialité. Elle se manifeste par l'obligation de publicité préalable aussi bien du projet de contrat que des critères de sélection, par l'obligation de motivation des choix, par des publications *ex post*, etc... Rendre « publics » les marchés pour prévenir la corruption a été l'objectif historique des premières réglementations des marchés publics⁶.

On trouve un exemple intéressant -et rare -de développement de toutes les implications du principe de transparence dans le "Manual for Procurement of Works" publié en 2019 par le gouvernement indien. L'Appendice 1 de ce manuel précise les obligations qu'entraîne le Transparency Principle tout au long de la procédure de passation : « Cela implique une diffusion simultanée, symétrique et illimitée d'informations à tous les soumissionnaires potentiels, suffisante pour qu'ils soient informés utilement sur les projets d'appel d'offres et des moyens, processus et délais réels prescrits pour l'acceptation des soumissionnaires, sur le déroulement de l'appel d'offres, sur l'évaluation, sur le règlement des litiges, sur la passation et la gestion des contrats. Cela implique que les agents doivent veiller à ce qu'il y ait cohérence (absence de subjectivité), prévisibilité (absence d'arbitraire), clarté, ouverture (absence de secret), égalité des chances (absence de discrimination) dans les processus. Essentiellement, le principe de transparence enjoint également aux autorités adjudicatrices de ne faire que ce qu'elles avaient pré-déclaré faire dans les documents publiés et de ne rien faire qui n'ait pas été ainsi déclaré »⁷. La transparence, on le voit, recouvre à la fois une obligation de publicité et une obligation de cohérence⁸.

c) empêche les pratiques frauduleuses ».

⁶ Cf. Hélène Lemesle « Concurrence et publicité pour tous les marchés publics ? De la naissance d'un principe à sa mise en application dans la France du XIX^e siècle », <https://isidore.science/document/10670/1.qjk4rr>

⁷ Un autre exemple intéressant de développement des implications de la transparence se trouve dans le *Manuel pour les achats des Nations Unies* : « Aux fins du présent manuel, la transparence signifie que toutes les informations sur les politiques, procédures, opportunités et processus d'approvisionnement sont clairement définies, rendues publiques et/ou fournies simultanément à toutes les parties intéressées. Un système transparent dispose de mécanismes clairs pour assurer le respect des règles établies (cahier des charges impartial, critères d'évaluation objectifs, documents d'appel d'offres standardisés, information égale de toutes les parties, confidentialité des offres, etc.). Ces mécanismes comprennent des registres ouverts, le cas échéant, à l'inspection des auditeurs. Les fournisseurs non retenus pour les offres éligibles peuvent être informés des forces et des faiblesses de leurs propres offres. Les informations sur les récompenses, telles que déterminées par l'ONU, sont divulguées publiquement. La transparence garantit que tout écart par rapport à un traitement juste et égal est détecté tôt dans le processus, ce qui rend ces écarts moins probables et protège ainsi l'intégrité du processus et les intérêts de l'Organisation ».

⁸ Dans la théorie politique transparence et publicité sont loin de coïncider, parfois même on les oppose (cf. J. Pitseys « Publicité et transparence. Le statut de la représentation et de la visibilité chez Kelsen et Schmitt », *Rev. fr. de Sc. Polit.* 2016, vol. 66, p. 117.

L'obligation de transparence avec ses corollaires publicité et impartialité est un principe universel comme en attestent à la fois les instruments internationaux et les réglementations nationales.

A) Les instruments internationaux

Dans le *corpus* produit par les organisations internationales universelles on trouve aussi bien des normes impératives que des encadrements plus ou moins contraignant.

L'Accord de l'OMC (texte révisé le 30 mars 2012), comme on l'a vu, impose la passation des marchés « d'une manière transparente et impartiale ».

Un texte non prescriptif est la Loi type sur la passation des marchés publics de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international⁹. Adoptée d'abord en 1994 elle a été revue et la nouvelle version a été adoptée par la Résolution 66/95 de l'Assemblée générale le 9 décembre 2011¹⁰. Ce document ne formule pas de principes, mais, ce qui en est proche, il énonce des objectifs au nombre desquels figure « Assurer la transparence des procédures de passation des marchés ».

La loi type n'est qu'un modèle facultatif, mais qui a inspiré nombre de législations d'États en transition. On relève ainsi qu'en Afrique les réformes des marchés publics, intervenues dans les années 2000, ont généralement suivi le même schéma avec l'intervention de consultants extérieurs et notamment de la Banque mondiale¹¹.

En revanche, est doté de force contraignante le Règlement de Passation des Marchés pour les Emprunteurs sollicitant de la Banque mondiale le financement de projets d'investissement adopté en 2015. Le règlement met en place une diversification des procédures faisant place à une certaine flexibilité, en dehors du classique appel d'offres, mais les principes ne sont pas perdus de vue : « Le Règlement est guidé par les principes fondamentaux suivants de passation des marchés : optimisation des ressources, économie, intégrité, adaptation aux besoins, efficacité, transparence et équité » (Art. 1. 3).

La transparence est toujours présente et sa mise en œuvre déclinée dans des procédures de publicité et concurrence.

B) Les droits nationaux

Au niveau national la consultation de l'incontournable banque de données constituée par la Banque mondiale (<https://www.globalpublicprocurementdata.org/gppd/>) montre qu'on compte sur les doigts de la main les États qui n'ont pas adopté une réglementation des marchés publics, parfois étendue aux concessions et partenariats public-privé.

Et, le plus souvent, l'adoption de la réglementation s'accompagne de l'énoncé de principes ou d'objectifs généraux, comme le montre un sondage dans les systèmes juridiques des plus grands États, la Russie, la Chine, les États-Unis, l'Inde, le Brésil et le Canada.

En Russie la loi « Sur les marchés publics de l'État et des collectivités locales de biens, travaux et services » affirme qu'un des objectifs des procédures qu'elle définit est d'« assurer la publicité et la transparence des marchés publics et prévenir la corruption et autres abus dans les marchés publics »¹².

⁹ Cf. L. Folliot-Lalliot « International soft law principles on public acquisition contracts » in S. de La Rosa et P. Valcarcel Fernandez (dir.) *Les principes des contrats publics en Europe*, Bruylant, 2022, p. 121 et s.

¹⁰ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/2011-model-law-on-public-procurement-f.pdf>

¹¹ B. Basheka « Public Procurement Reforms in Africa: A Tool for Effective Governance of the Public Sector and Poverty Reduction » in K. V. Thai (ed.) *International Handbook of Public Procurement*, CRC Press, 2009, p. 139.

¹² Федеральный закон № 94-ФЗ «О государственном и муниципальном Закупки товаров, работ и услуг» (с изменениями в 2011)-Federal Law No. 94-FZ "On State and Municipal Procurement of Goods, Works and Services" - as amended in 2011, art. 1

En Chine il est prévu que « Les appels d'offres et leur déroulement doivent suivre les principes d'ouverture, d'équité, de justice, d'honnêteté et de crédibilité »¹³. « Ouverture » (Openness) et « transparence (*transparency*) » ne sont pas exactement synonymes, mais l'*openness*, l'ouverture suppose la transparence.

Le même terme se retrouve aux États-Unis, où le FAR énonce des « guiding principles for the Federal Acquisition System » (art. 1.102) en prévoyant notamment que « (b) Le système d'acquisition fédéral [...] (3) Conduira les affaires avec intégrité, équité et ouverture ».

Un autre exemple intéressant est celui de l'Inde.

La commande publique en Inde n'est pas régie par une loi spéciale. On trouve dans les *General Financial Rules* un chapitre 6 consacré à la commande publique et les règles spécifiques à chaque type de marché sont regroupées dans des « Manuels ».

La Rule 144 définit les « Principes fondamentaux de la commande publique (pour tous les marchés, y compris les marchés de travaux) » de la manière suivante: « Toute autorité dotée du pouvoir financier d'acheter des biens dans l'intérêt public a la responsabilité et l'obligation de respecter l'efficacité, l'économie et la transparence dans les questions relatives aux marchés publics et pour le traitement juste et équitable des fournisseurs et la promotion de la concurrence dans les marchés publics ».

Et ce *Manual for Procurement of Works* a été révisé en 2019 « en vue d'améliorer la transparence dans la prise de décision en matière de marchés publics et de réduire le champ de la subjectivité ».

Ce rapide sondage montre que l'importance de la transparence fait l'objet d'un *consensus*. Le traitement juridique qui lui est réservé est, cependant, variable.

Une première variation tient à ce que la transparence est tantôt un principe, tantôt un objectif, ce qui peut avoir son importance pour définir les règles applicables en cas de dérogation à l'obligation de publicité préalable.

D'autres différences apparaissent dans la place donnée au principe.

Ainsi, au Brésil, le nombre de principes est tellement élevé¹⁴ que le caractère essentiel de la transparence risque d'être perdu de vue. En revanche, au Canada, le *Code of Conduct for Procurement* est beaucoup moins disert sur les principes mais met en valeur la transparence comme fondement des règles de passation¹⁵.

Même les États où la corruption est endémique rendent hommage à la transparence.

La République fédérale de Somalie a été qualifiée en 2021 d'État en déliquescence et le plus corrompu du monde (The Fund for peace : <https://fragilestatesindex.org/>).

Cela n'empêche pas qu'en 2015 la Somalie a adopté un Public Procurement, Concessions and Disposal Act¹⁶ dont l'article 2 §§ (a) à (c) reprend, sous la forme d'objectifs, les grands principes. Il y est déclaré que « La présente loi vise à : [...] (b) promouvoir la transparence et la concurrence en offrant un accès égal aux projets d'appel d'offres et aux informations ».

¹³ 中華人民共和國法律, 1999年8月30日第九屆全國人民代表大會常務委員會第十一次會議中華人民共和國主席令第二十一號- Law of the People's Republic of China, August 30, 1999 the Ninth National People's Congress Standing Committee of the eleventh meeting of the People's Republic of China by Presidential Decree XXI published August 30, 1999 from January 1, 2000 implementation, art. 5

¹⁴ La *Lei de Licitações e Contratos Administrativos* n°14.133 du 1^{er} avril 2021 (<https://www.globalpublicprocurementdata.org/gppd/document/search/BR>) mentionne « les principes de légalité, d'impersonnalité, moralité, publicité, efficacité, intérêt public, probité administrative, égalité, planification, transparence, efficacité, séparation des tâches, motivation, avis public contraignant, jugement objectif, sécurité juridique, caractère raisonnable, compétitivité, proportionnalité, célérité, économie et développement national durable ».

¹⁵ *Code of Conduct for Procurement* de 2021 (<https://www.tpsgc-pwgc.gc.ca/app-acq/cndt-cndct/ccacccp-eng.html#s1>): « Au Canada, l'équité, l'ouverture et la transparence sont assurées par le respect de divers lois, règlements, politiques, instruments internationaux adoptés par le Canada, les accords commerciaux internationaux et nationaux du Canada et les accords de coopération dans le domaine du travail ».

¹⁶ <https://www.globalpublicprocurementdata.org/gppd/>

Tout en bas du classement de Transparency International de 2021 figure le Soudan du Sud (<https://www.transparency.org/en/cpi/2021>). Ici aussi la réglementation définit des « objectifs » et prévoit que « pour renforcer les principes d'économie, de transparence et d'égalité des chances dans les offres, tous les marchés doivent, dans la mesure du possible, être attribués sur la base d'une mise en concurrence » (art. 4 (3)).

Il est à penser que dans les États où la corruption reste développée, voire systématique, l'adoption d'une réglementation de la commande publique n'est qu'une concession consentie aux organisations internationales, ce que le règlement intérimaire du Soudan du Sud reconnaît expressément en faisant figurer au nombre des objectifs l'accroissement de la confiance des investisseurs étrangers et des donateurs. On ne peut donc exclure qu'il y ait uniformité des règles sans partage des valeurs. En pareil cas, si la corruption est systématique faut-il en déduire que la transparence n'est pas un principe universel ?

Tel ne nous semble pas être la cas ; l'ineffectivité de la règle n'empêche pas que la règle existe et, à la longue, « les lois peuvent contribuer à former les mœurs, les manières et le caractère d'une nation » (Montesquieu *L'Esprit des lois*, Livre XIX, chap. XXVII), . C'est seulement si la déliquescence de l'État était poussée à un point tel que les règles qu'il émet seraient dénuées de véritable caractère normatif qu'il faudrait admettre que le principe n'a aucune réalité juridique.

II. – ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ET LIBERTÉ D'ACCÈS

Les deux principes d'égalité de traitement et de liberté d'accès à la commande publique sont étroitement complémentaires, à tel point que le principe de liberté d'accès peut être considéré comme une concrétisation de l'égalité au stade fondamental de la candidature¹⁷. On peine, en effet, à trouver des exemples d'atteinte à la liberté d'accès qui ne soient pas aussi des violations de l'égalité. On se concentrera donc sur le principe d'égalité.

À première vue, les instruments internationaux et les règles nationales consacrent l'égalité aussi bien que la transparence.

Mais à y regarder de plus près il n'est pas certain que l'unanimité corresponde à l'universalité. Le principe d'égalité n'a une portée universelle que s'il s'applique partout où il y a des acheteurs publics à l'ensemble des opérateurs économiques quelle que soit leur nationalité ou leur taille. Or, certains instruments internationaux et beaucoup de droits nationaux limitent le champ d'application du principe d'égalité dans des conditions telles que sa portée universelle est compromise.

La restriction la plus importante au point de vue théorique est celle qui est apportée par l'Accord OMC. Son importance tient à ce qu'elle repose sur une mise à l'écart des valeurs qui fondent le principe.

De même qu'en matière de droits de l'homme il existe une « full belly thesis », selon laquelle les droits de l'homme sont un luxe de pays riches et doivent être suspendus tant qu'un pays est économiquement sous-développé¹⁸, de même l'égal traitement des entreprises des pays tiers est perçue à la fois comme une impossibilité et un danger par les pays en développement. C'est pourquoi l'Accord OMC fait place à un cantonnement de l'égalité permettant de protéger les entreprises locales contre la concurrence internationale, cantonnement qui a été renforcé en 2012 pour attirer des candidatures à l'Accord, avec l'espoir de renforcer à long terme la compétition mondiale.

L'Accord déclare dans son préambule que « les mesures en matière de marchés publics ne devraient pas être élaborées, adoptées ni appliquées de façon à accorder une protection aux fournisseurs, aux marchandises ou aux services nationaux, ou à établir une discrimination entre des fournisseurs, des marchandises ou des services étrangers », mais il reconnaît aussi

¹⁷ Aussi bien d'ailleurs que de la transparence étant donné que la publicité préalable se rattache aux deux.

¹⁸ Rhoda Howard "The Full-Belly Thesis: Should Economic Rights Take Priority over Civil and Political Rights? Evidence from Sub-Saharan Africa", *Human Rights Quarterly*, Vol. 5, No. 4 (Nov., 1983), pp. 467-490

« la nécessité de tenir compte des besoins en termes de développement, de finances et de commerce des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés ». Cette nécessité est à l'origine de l'article V — « Pays en développement » selon lequel il faut prendre en considération la situation et les besoins de chaque pays qui « peuvent différer notablement d'un pays à l'autre » et, sur leur demande, accorder à ces pays « un traitement spécial et différencié », ce qui est le contraire de l'universalité. Le traitement spécial consiste en une période transitoire au cours de laquelle l'État partie peut, notamment, prendre certaines mesures en faveur de l'industrie et du commerce locaux.

L'universalité peut donc varier en fonction des demandes des États en développement. Pour l'heure, cependant, il semble que, même après la révision de 2012, le traitement spécial et différencié reste insuffisamment attractif.

Ce n'est pas la seule restriction à l'égalité permise par l'Accord OMC.

Les engagements des États parties à l'Accord sont définis par eux dans un Appendice lors de leur adhésion. En 1994 les États-Unis n'ont adhéré que sous réserve du maintien des règles concernant les avantages qui sont faits au *Small Business*, avantages qui bénéficient non seulement aux petites entreprises au sens strict, mais aussi aux petites entreprises détenues et gérées par des minorités, par des anciens combattants ou qui sont situées en zone de développement¹⁹. L'universalité s'arrête donc devant le small business qui est « *une des plus sacrées des vaches sacrées de la scène politique nationale* » aux États-Unis (Arthur Miller, « *Government Contracts and Social Control* », *Virginia Law Review* 1955, p. 43).

Des restrictions du même type existent dans d'autres droits nationaux.

Une démarche intéressante à cet égard est celle d'un des États les plus « vertueux » du monde. La Nouvelle-Zélande est, selon Transparency International un des trois États les moins corrompus du monde (avec le Danemark et la Finlande) et les principes de la commande publique y sont traités d'une manière qui traduit une véritable acculturation et pourtant....

Le droit néo-zélandais des marchés publics résulte non d'une loi mais de *Government Procurement Rules* approuvées par l'Exécutif²⁰, qui adoptent plus la forme de lignes directrices que de réglementation.

La Règle 1 définit : « cinq principes de l'achat public » qui incorporent la transparence et l'égalité, mais sans les sacraliser car elles sont mentionnées au sein d'un ensemble de principes qui relèvent autant du *management* que du droit.

Les cinq principes sont les suivants :

1. « Planifiez et gérez pour obtenir d'excellents résultats ;
2. Soyez juste envers tous les fournisseurs ;
3. Choisissez le bon fournisseur ;
4. Obtenez l'offre la meilleure pour tout le monde ;
5. Respectez les règles ».

Chacun de ces principes est développé dans ses conséquences.

Le principe « Soyez juste envers tous les fournisseurs » se voit doter d'une implication attendue : « Traiter tous les fournisseurs de la même manière - nous ne faisons pas de discrimination (cela fait partie de nos obligations internationales) », mais aussi d'une implication surprenante qui consiste à « rechercher des opportunités pour impliquer les entreprises néo-zélandaises, y compris les entreprises maories, pasifika et régionales et les

¹⁹ La principale technique utilisée est celle du droit de préférence, soit à travers une exclusivité pour tout ou partie du marché (« set aside »), soit à travers diverses formes de priorité. Ce régime juridique est détaillé dans le titre 48 « Federal Acquisition Regulations System », partie 19 « Small Business Programs » (articles 19.000 à 19.1407) du CFR. On retrouve des dispositions comparables dans les législations de chacun des États fédérés sur leurs propres marchés publics.

²⁰ <https://www.procurement.govt.nz/procurement/principles-charter-and-rules/government-procurement-rules/>

entreprises sociales » La règle de traitement équitable des candidats se traduit de la sorte par une directive de discrimination à rebours en faveur d'opérateurs locaux.

Cette idée de discrimination positive est à la base de toutes les restrictions à l'égalité prenant la forme de réservations ou préférences, mais ce n'est pas cette forme positive du principe d'égalité qui est à l'œuvre dans le droit de la commande publique. Les systèmes juridiques qui consacrent l'égalité positive érigent donc une barrière à l'universalité du principe d'égalité,. Ce n'est, toutefois, pas nécessairement le signe d'une déliquescence de l'État.

On peut conclure que l'importance de la transparence est reconnue universellement, mais avec des variations non négligeables dans son intégration au système normatif et à ses implications. Le principe d'égalité ne peut, quant à lui, être considéré comme universel, car s'il fait l'objet de proclamations, il est presque toujours assorti de dérogations qui ne peuvent être considérées comme de simples variations.