

Jean-Marc Peyrical
Yann Baranger
Jean-Pierre Bueb
Jean-Christophe Carouille
Sophie Chevrolle
Olivier Coq
Jo-Michel Dahan
Guillaume Delaloy
Souhir Fourati
Régis Froger
Olivier Giannoni

REGARDS CROISÉS SUR L'ACHAT PUBLIC

Jean-Pierre Gohon
Clodyne de Lacroix
Andréa Londoño López
Philippe Maraval
Daniel Maslanka
Lewis Nsalou
Christelle Oréal
Pierre Pelouzet
Abílio Pereira
Laurent Richer
Christian Rouvière
Sébastien Taupiac
Baptiste Vassor

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.

Cette Chaire a pour objectif d'accompagner les évolutions de la commande publique au travers de formations initiales et continues, de recherches notamment doctorales et de séminaires et autres manifestations afin de professionnaliser au mieux ses acteurs dans un domaine où les besoins de compétences sont exponentiels.

fondation.universite-paris-saclay.fr

Conception graphique :
Design Spot, centre de design
de l'Université Paris-Saclay

designspot.fr

Les opinions exprimées dans cet ouvrage reflètent uniquement celles de leur auteur.

Toute reproduction totale ou partielle soumise à autorisation.

© APASP 2022

Jean-Marc Peyrical
Yann Baranger
Jean-Pierre Bueb
Jean-Christophe Carouille
Sophie Chevrolle
Olivier Coq
Jo-Michel Dahan
Guillaume Delaloy
Souhir Fourati
Régis Froger
Olivier Giannoni

REGARDS CROISÉS SUR L'ACHAT PUBLIC

Jean-Pierre Gohon
Clodyne de Lacroix
Andréa Londoño López
Philippe Maraval
Daniel Maslanka
Lewis Nsalou
Christelle Oréal
Pierre Pelouzet
Abílio Pereira
Laurent Richer
Christian Rouvière
Sébastien Taupiac
Baptiste Vassor



204, rue de Charenton – 75012 Paris
www.apasp.com

Sommaire

Préface	7	Droit européen de la commande publique : la France, un bon élève ?	151
Jean-Marc Peyrical		Abílio Pereira	
Qu'est-ce qu'un acheteur public ?	13	L'achat public, levier du développement en Afrique : mirage ou réalité ?	159
Clodyne de Lacroix et Jean-Pierre Gohon		L'avis de Lewis Nsalou et de Souhir Fourati	
Les principes de la commande publique sont-ils universels ?	21	L'acte de construire : retour sur plus d'un demi-siècle d'évolution réglementaire autour de la maîtrise d'ouvrage publique et de ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée	223
Laurent Richer		Yann Baranger	
Un code de la commande publique est-il indispensable ?	37	La médiation est-elle efficace dans l'achat public ?	247
Guillaume Delaloy		Pierre Pelouzet	
L'achat public connaît-il une révolution copernicienne ?	69	Peut-on vraiment acheter innovant ?	257
Sébastien Taupiac		Baptiste Vassor	
Les contrats de la commande publique passés par des personnes publiques doivent-ils rester administratifs ?	75	Achat local, la fin d'un tabou ?	273
Olivier Giannoni		Daniel Maslanka	
L'achat public va-t-il sauver la planète ?	89	L'acheteur public doit-il être un visionnaire ?	281
Jean-Christophe Caroulle		Sophie Chevrolle et Philippe Maraval	
Achat et corruption : l'achat corrompt, l'achat public corrompt absolument ?	99	La mutualisation : faut-il se grouper pour mieux acheter ?	291
Jean-Pierre Bueb		Olivier Coq	
L'efficacité du contentieux administratif contractuel	105	60 ans après, changements et continuités : l'achat public est-il si différent ?	299
Régis Froger et Andréa Londoño López		Échanges entre Jean-Marc Peyrical, Daniel Maslanka et Jo-Michel Dahan	
Le <i>made in France</i> est-il soluble dans l'achat public ?	123		
Christelle Oréal et Christian Rouvière			

Ce PDF est interactif. Cliquez sur le **titre d'un article** pour l'atteindre et retournez au sommaire à tout moment en cliquant sur le bouton 

Préface

Jean-Marc Peyrical

Président de l'APASP

Au commencement était l'APASP... et l'APASP était — et est toujours — auprès des acheteurs publics.

L'idée de créer une telle association est venue du ministère de l'Économie et des Finances qui a souhaité mettre en place un club d'acheteurs publics — en tout cas, à l'époque, d'agents publics travaillant dans le domaine des marchés publics.

On était en 1962. Il y a donc soixante ans. Une éternité ou une brièveté c'est selon... Un vrai challenge quoi qu'il en soit, à un moment où la première version du code des marchés publics, finalement créé par décret du 17 juillet 1964, n'existait pas encore.

Réunissant d'abord des acheteurs de l'État, le « club APASP » a rapidement étendu son champ d'adhérents et s'est constitué deux noyaux durs d'acheteurs : ceux des établissements scolaires et ceux des établissements de santé publique. Puis, surtout après les années 2000, le périmètre s'est encore élargi et concerne aujourd'hui toutes les catégories d'acheteurs publics,

même ceux des entreprises publiques locales comme les sociétés d'économie mixte et les sociétés publiques locales.

À quoi sert finalement une association qui s'occupe de l'achat dans les services publics... Et même au-delà ?

D'abord, et c'est même son essence, à créer du lien entre des acheteurs dont la complexité des tâches et fonctions ne cesse de croître avec le temps. Il n'y a d'ailleurs pas un mais de multiples acheteurs publics, du juriste au négociateur en passant par le financier, le technique ou encore le comptable... À la limite, tous les métiers présents au sein des structures publiques et para publiques sont concernés, l'achat public étant par nature transversal. L'acheteur public a une vision de tous les aspects de la vie de la collectivité où il officie, ce qui est un attrait indéniable de la fonction.

Ensuite, et cela dès le début, l'APASP s'est voulu un outil de formation et d'information au service de ses membres. Si tant sur le fond — les thèmes ayant forcément évolué — que sur la forme — avec l'arrivée des moyens dématérialisés et, plus récemment, de la visioconférence — les modalités de formation se sont adaptées à leur temps, l'outil reste similaire et rencontre toujours le même succès auprès des acheteurs qui ont pleinement conscience du fait que la formation tant initiale que continue est le nerf essentiel non pas de la guerre mais de leur profession.

Quant à l'information, le nombre de sessions d'études — près de 200 à ce jour — qui se sont tenues depuis soixante ans, sans compter les colloques et autres types d'interventions, témoigne

de la richesse des manifestations organisées par l'APASP, s'agissant notamment de la fameuse session annuelle sur l'actualité de la commande publique qui est un rendez-vous incontournable pour ses adhérents.

Avec le temps tout ne s'en va pas, bien au contraire : l'APASP a su nouer des relations et partenariats durables et solides avec diverses structures et institutions, de la Direction des affaires juridiques de Bercy à la Chaire achat public de la Fondation de l'Université Paris-Saclay, en passant par l'Ugap qui est présente au sein de son CA depuis longtemps ou encore, sans être exhaustif, la Commission européenne via plus particulièrement la direction marchés publics de sa DG Marché Intérieur... Ces partenariats ont tous été plus enrichissants les uns que les autres et ont permis à l'association d'accroître sans cesse sa sphère d'action et de réflexion.

Il n'est cependant de richesse que d'hommes nous disait le Jurisconsulte et philosophe Jean Bodin au 16^e siècle. Si je dois retenir une chose en tant que Président de l'APASP depuis 1996, c'est la formidable aventure humaine qu'elle m'a, qu'elle nous a, permis à tous de vivre. Plus d'un quart de siècle de vie commune, de colloques inoubliables notamment aux Antilles où les acheteurs nous ont — mais comme partout ailleurs en France — toujours magnifiquement accueillis, de débats, de partages, de moments bien sûr plus difficiles, voire quelquefois empreints de découragements... Moments d'une vie partagée tout simplement.

Je remercie chaleureusement toutes celles et ceux qui, certains étant d'ailleurs là bien avant moi, m'ont accompagné toutes ces années et ont permis de faire en sorte que l'APASP soit un objet non seulement de plus en plus identifié, mais qui dure et perdure et ne reste pas figé dans son âge tendre.

Il n'est pas certain que nous puissions nous retrouver pour le centenaire de l'association... Mais on peut prendre un pari à la Pascal : en 2062, l'APASP sera toujours là, présente au service de l'achat public et de ses acheteurs, et sera sans nul doute portée par une équipe toujours plus compétente et motivée.

En attendant, l'APASP et ses adhérents doivent faire face aux évolutions profondes de l'achat public — qui ne sont que le reflet de l'évolution même de notre société —, et aux multiples défis et problématiques dont certains et certaines sont traités dans le présent ouvrage.

Passage de l'achat à la location, made in France et localisme, innovation, développement durable, compliance, place du droit européen voire international, positionnement respectif du contentieux et de la médiation, accès des PME... Victime de son succès et de la prise de conscience de son importance économique et sociale, l'achat public est de plus en plus instrumentalisé par nos décideurs publics, quitte à oublier quelquefois l'essentiel à savoir un achat le plus efficient possible au service des collectivités publiques et de leurs administrés — usagers.

On en revient à s'interroger sur les notions d'achat et d'acheteurs, sur la nature juridique des contrats souscrits par ces derniers, sur l'universalité des principes de la commande publique ou encore — question ô combien existentielle — sur la nécessité d'un code du même nom...

Au final, les choses ont-elles vraiment changé en soixante ans ? Était-ce mieux avant ou est-ce mieux maintenant ? L'achat public s'est-il métamorphosé ou, tout en s'adaptant à ses époques, repose-t-il toujours sur les mêmes fondements ?

Peut-être que le présent ouvrage apportera quelques réponses à ces questions. Il a dans tous les cas le mérite de provoquer, quelquefois très directement, débats et cogitations qui ne pourront qu'être bénéfiques.

Je tiens à remercier là encore chaleureusement tous les contributeurs à ces mélanges en l'honneur de l'achat public, qui, somme toute, le valait bien. C'est avant tout l'APASP qui est honorée par leurs écrits et réflexions qui montrent bien que le travail ne s'arrête jamais et que l'achat public, à l'instar de la pendule de Foucault, est en perpétuel mouvement.

Qu'est-ce qu'un acheteur public ? (À la recherche de l'acheteur public)

Clodyne de Lacroix et Jean-Pierre Gohon

Administrateurs, vice-présidente et trésorier de l'APASP

Lors de la création du Code des marchés publics, il y a plus de 60 ans, l'acheteur était un juriste chargé d'appliquer une réglementation complexe. Puis l'acheteur a été conduit à prendre conscience de son rôle économique lors de l'attribution des marchés non plus sous le seul angle du prix, mais avec la mise en œuvre de nombreux critères et la recherche du meilleur rapport qualité-prix.

Si l'acheteur privé est guidé essentiellement par l'avantage économique de son achat, l'acheteur public veille à la sécurité juridique des procédures, garant de l'intérêt général.

L'acheteur-juriste définit et organise les achats pour le compte des personnes publiques dans le respect des règles juridiques encadrant l'attribution et l'exécution des marchés publics. À ce titre, il doit veiller à respecter les procédures de passation et les

principes fondamentaux définis au Code et éclairés par la jurisprudence des juridictions administratives.

Il doit agir en toute transparence sous l'œil des entreprises auxquelles les textes ont donné de plus en plus de droits. Si l'on voulait résumer la notion, on pourrait dire que l'acheteur public doit annoncer et publier ce qu'il va faire puis faire ce qu'il a annoncé dans ses avis de publicité et dans son règlement particulier de la consultation. Ainsi, la transparence repose sur le contenu des avis de publicité et sur le contenu du dossier de consultation. Les manquements à la transparence reposent sur les pratiques de l'acheteur, pratiques en contradiction avec les règles qu'il s'est données ou avec les règles de publicité et de mise en concurrence qui lui ont été imposées.

La notion est apparue avec la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 (JO du 8) relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et modifiant le Code des marchés publics, loi qui a institué à la fois la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et le délit de favoritisme et qui avait transposé en droit interne les obligations de mise en concurrence et de publicité des marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs non soumis au Code des marchés publics.

Cette notion est ensuite reprise par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (JO du 30) relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique, loi « Sapin » qui a imposé la mise en concurrence des délégations de service public en prenant les dispositions du Code des marchés publics comme modèle.

La Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) a donné une définition de la transparence lorsqu'elle indique à la fois que l'obligation de transparence est le moyen pour le pouvoir adjudicateur de s'assurer que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité est respecté et qu'elle « consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (CJCE 7 décembre 2000, Aff. C — 324/98, *Telaustria Verlags GmgH*, rec. P. 10747)

Pour leur part, les entreprises candidates peuvent contrôler le respect du principe en ayant d'une part, accès au résultat des consultations et d'autre part, en ayant la possibilité de contester ce résultat par le biais des procédures de référés précontractuels et contractuels. Par ailleurs, la CADA ouvre largement la communication des documents administratifs relatifs aux marchés, ce qui accentue le contrôle externe sur les marchés.

L'acheteur public est un acteur qui doit respecter le principe d'égalité sous peine d'être mis en cause dans le cadre d'une enquête relative à la commission du délit dit « de favoritisme ». En effet, tous les candidats doivent être informés dans les mêmes conditions et recevoir les mêmes informations au même moment sur la base des mêmes documents ; dans le cas contraire, l'un d'entre eux pourrait être favorisé dans l'élaboration de son offre. De plus, ce délit apparaît comme un délit formel constitué dès lors que les règles de procédure ne sont pas respectées, ce qui en fait un délit obstacle aux possibles manquements.

L'acheteur public est un acteur épris de liberté, mais la liberté n'est pas la fantaisie, selon la formule du professeur René Chapus : « la liberté est une chose, la fantaisie en est une autre ». L'acheteur est donc bridé y compris dans la mise en œuvre des marchés passés selon une procédure adaptée alors même que le Code énonce que « Une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit **librement** les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique » (art. L.2 123-1 du CCP). Les principes fondamentaux auxquels il est fait référence par le Code mettent l'acheteur dans un carcan dont il ne pourra se défaire.

De plus, l'acheteur public n'est pas libre de ses choix : ceux-ci doivent être justifiés en plein (motifs d'attribution du marché à une entreprise) et en creux (rejet des offres non retenues).

C'est un acteur qui agit sous contrôle :

- contrôle de légalité, car tous les actes sont potentiellement contrôlés tant par les services centraux (contrôleur d'État, contrôleur financier) que par les autorités préfectorales ;
- contrôle d'impartialité, lorsque le juge pénal est saisi d'agissements contraires aux grands principes et à la réglementation ;
- contrôle de régularité, par les juridictions financières au moyen d'observations ou de référés adressés aux ministres.

Pour remplir correctement sa fonction, l'acheteur public doit posséder de nombreuses qualités (il doit être ordonné, précis, bon rédacteur, etc.) et doit être formé au droit de l'achat public

et trouver sa place dans la chaîne de l'achat, de la définition du besoin au contrôle de l'exécution du marché.

Cependant, c'est aussi un acteur économique particulier (l'achat public représente environ 10 % du PIB, autant que le tourisme), avec des achats récurrents pour le fonctionnement des administrations, des services et des établissements publics et des achats pour l'investissement, essentiellement des travaux d'infrastructures et de constructions.

Il convient de relever que depuis une quinzaine d'années, le caractère économique de l'achat est devenu prégnant dans les textes et dans les pratiques. Du critère unique du prix aux multicritères, du moins disant au mieux disant, du classement des offres à la pondération des critères, de la seule définition de l'objet du marché à l'obligation de définir avec précision les besoins en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale (art. L.2 111-1 du CCP).

Cette évolution a transformé considérablement le rôle de l'acheteur qui doit passer d'un profil de juriste à un profil plus économique.

Dans ce nouveau rôle, l'acheteur a pour mission principale de répondre aux besoins des personnes publiques par le meilleur achat : couvrir le juste besoin, corroboré par une juste qualité au meilleur prix. Il est clairement demandé aux directions des achats de veiller aux approvisionnements dans les meilleures

conditions, de réduire les dépenses de fonctionnement au bénéfice des dépenses d'investissements des personnes publiques. Cette notion financière demande aux acteurs de remplacer le prix d'acquisition par la notion de coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie (Dir. 2 014/24/UE du 26 février 2014, art. 68) puis sur le coût global (D. n° 2016-360 du 25 mars 2016 ; art 2 152-9 du CCP).

Juriste devenu économiste, l'acheteur public aujourd'hui participe à la mise en œuvre des politiques publiques : emploi, innovation, développement durable, transition écologique.

La loi « Climat » n° 2021-1104 du 22 août 2021, portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience et son décret d'application n° 2022-767 du 2 mai 2022, impose que si les acheteurs souhaitent choisir l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un seul critère, celui-ci devra nécessairement être le coût global prenant en compte des caractéristiques environnementales. Dans le cas où les acheteurs se fondent, pour attribuer un marché, sur plusieurs critères, l'un d'entre eux doit être obligatoirement un critère environnemental. Dans ces conditions, l'acheteur est tenu de mettre en œuvre une politique publique de développement durable et/ou de transition écologique.

De même, il est également demandé à l'acheteur public de recourir à des produits, équipements, matériaux, savoir-faire innovants soit à partir de la mise en œuvre du critère « caractère

innovant », soit par une procédure spécifique de partenariat d'innovation (art. R.2 172-20 et s. du CCP).

L'insertion professionnelle des publics en difficulté devient soit un critère d'attribution des marchés, soit une condition d'exécution de ceux-ci. En ce sens, les marchés participent à la politique du retour à l'emploi de certains publics.

Pour le nouvel acheteur, les relations avec les entreprises sont plus fréquentes que par le passé avec les possibilités d'échanges préalables avec les opérateurs économiques (sourcing : art. R.2 111-1 du CCP) et les nombreuses possibilités de négociations en cours de procédure autorisées par les textes (procédure adaptée, procédure avec négociation (art. R.2 124-3 du CCP), dialogue compétitif, concours, partenariat d'innovation).

Au vu de l'évolution des outils de la commande publique, force est de constater la nécessité d'une professionnalisation croissante des acheteurs publics. La part juridique subsiste mais la fonction achat est aujourd'hui avant tout économique ; si le respect des procédures va de soi, le rôle de l'acheteur est avant tout de répondre aux besoins de personnes publiques avec des objectifs sociaux, environnementaux, sociétaux, responsables, innovants et économiques.

Les principes de la commande publique sont-ils universels ?

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.

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).

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.

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 c) empêche les pratiques frauduleuses ».

En faisant abstraction des objectifs liés au commerce intracommunautaire 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.

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

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>

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 prédéclaré faire dans les documents publiés et de ne rien faire qui n'ait pas été ainsi déclaré »⁷.

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 ».

La transparence, on le voit, recouvre à la fois une obligation de publicité et une obligation de cohérence⁸.

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.

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 contraignants.

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, 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 ».

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).

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>

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.

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

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.

réglementation des marchés publics, parfois étendue aux concessions et partenariats public-privé.

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.

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

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

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

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 Act ¹⁶dont 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 ».

Tout en bas du classement de Transparency International de 2021 figure le Soudan du Sud (<https://www.transparency.org/>

14. La *Lei de Licitações e Contratos Administrativos* n°14.133 du 1er 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-pwgsc.gc.ca/app-acq/cndt-cndct/ca-ccp-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/>

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 le 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.

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, l'égal traitement des entreprises des pays tiers est perçu à la fois comme une impossibilité et un

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

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 « 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-parti 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-partis 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 d'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*

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.

Procurement Rules approuvées par l'Exécutif²⁰, qui adopte 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 doté d'une implication attendue : « Traitez 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 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.

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

Un code de la commande publique est-il indispensable ?

Guillaume Delaloy

Premier conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel

Adjoint au sous-directeur du droit de la commande publique à la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances

Administrateur de l'APASP

Après plus de vingt ans d'attente, le code de la commande publique est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019¹. Présenté comme un outil de simplification et de modernisation du droit de la commande publique², il est le fruit d'un long processus de rationalisation et de codification destiné à renforcer l'accessibilité et l'intelligibilité du droit. Pour autant, l'aboutissement de ce chantier de plus cinq ans, mené en concertation avec l'ensemble des parties prenantes et passé entre les mains de la Commission supérieure de codification et du Conseil d'État³, n'a pas fait taire

1. Il résulte, pour sa partie législative, de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 et, pour sa partie réglementaire, du décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018.

2. Rapport au Président de la République (*JORF* du 5 décembre 2018, texte n° 19).

3. Les travaux de codification du droit de la commande publique ont nécessité 19 séances de la Commission supérieure de codification et 21 réunions de travail au Conseil d'État

toutes les critiques dirigées contre notre droit de la commande publique, jugée encore souvent trop complexe.

Trois ans après l'entrée en vigueur du code, la célébration des 60 ans de l'Association pour l'achat dans les services publics, créée à l'origine sous l'égide du ministère de l'Économie et dont la qualité de l'action en faveur de la professionnalisation de l'achat public n'est plus à démontrer, est donc l'occasion de revenir sur l'utilité, si ce n'est la nécessité, d'un tel corpus juridique. En fait, la question qui constitue le titre du présent papier, suggérée judicieusement mais non sans une pointe de malice par le président de l'APASP, recèle deux questions sous-jacentes.

D'une part, dès lors que le droit qu'il codifie serait principalement le fruit de la transposition, voire de la surtransposition des directives européennes relatives aux marchés publics et aux contrats de concession, un code national de la commande publique ne serait-il pas superfluetatoire et source de complexité inutile ?

D'autre part, était-il bien nécessaire d'élaborer un nouveau code alors que le travail de « remise en ordre » du droit français des contrats publics d'affaires avait déjà été réalisé à l'occasion de la rédaction des textes de transposition des directives européennes de 2014 et qui avait conduit à l'abrogation du précédent code des marchés publics ?

(C. Frackowiak et S. de La Rosa, « La genèse du code de la commande publique, *AJ contrat* 2019, p. 156).

On tentera donc de démontrer ici que le code de la commande publique n'est pas le doublon inutile des directives européennes mais la réponse à un besoin de sécurisation des acheteurs en rassemblant les diverses sources du droit des marchés publics et des contrats de concession. S'il doit beaucoup à la rationalisation de l'architecture du droit de la commande publique à laquelle a procédé le chantier de transposition qui s'est achevé en 2016, il se veut plus ambitieux car c'est bien tout le droit de la commande publique qui, cette fois, gagne en cohérence⁴.

Une réponse à un besoin de sécurité juridique des acheteurs et des opérateurs économiques

Les appels à la simplification du droit de la commande publique, notamment des procédures de passation des marchés publics, se font régulièrement entendre, tant de la part des acheteurs que des fédérations professionnelles représentant les entreprises, et le gouvernement tente autant qu'il peut d'y répondre, comme en témoignent notamment les relèvements successifs du seuil de dispense de procédure. Toutefois, ces demandes de simplification se heurtent bien souvent, de façon paradoxale, au besoin de sécurité juridique des parties prenantes qui implique clarté et précision de la norme applicable, d'autant que le droit de la commande publique ne se limite pas aux règles issues des directives européennes.

4. C. Frackowiak, « Des ordonnances de transposition au code de la commande publique », *AJDA* 2019, p. 395.

La difficile conciliation entre les demandes de simplification du droit et le besoin de sécurité juridique

Dans une tribune publiée le 17 septembre 2021 sur le site achatpublic.info, le président du Conseil national d'évaluation des normes (CNEN) lançait un appel à la « disruption » face à la logique d'un « pur formalisme juridique » qui constituerait un carcan inutile empêchant le développement de véritables stratégies d'achat. Selon lui, le droit des marchés publics doit être fondé sur le principe de confiance a priori dans les acheteurs publics, qui ne devrait s'effacer qu'en cas de faux ou usages de faux, ce qui impliquerait de supprimer les seuils nationaux et de transformer le code de la commande publique en simple guide de bonnes pratiques⁵. Cette position est le reflet des critiques suscitées par le droit des marchés publics perçu comme « hypocrite, contre-productif, ruineux et insensé »⁶, certains allant jusqu'à se demander « *pourquoi garder le code des marchés publics, chronophage et superfétatoire puisqu'il fait doublon avec le droit européen ?* »⁷.

En réalité, l'idée n'est pas nouvelle. Le président Alain Lambert avait déjà suggéré en 2013 de supprimer le code des marchés publics au motif que le droit européen « suffisait » pour encadrer la commande publique, reprenant ainsi la proposition formulée

5. A. Lambert, « Commande publique : Oser enfin la disruption », achatpublic.info, 17 septembre 2021.

6. A. Lambert, cité par F. Linditch, « La suppression du code des marchés publics envisagée ? », *Contrats et marchés publics* 2007, alerte 37.

7. D. Lisnard, *Le Point*, 2 septembre 2021, p. 35.

par le groupe de travail chargé, dans le cadre de la révision générale des politiques publiques entreprise par le gouvernement en 2007, de réfléchir aux relations entre l'État et les collectivités locales et qui n'avait pas hésité à présenter les conclusions suivantes : « L'analyse menée par les services du Sénat suggère que le souci du détail et de la réglementation peut devenir contre-productif dans la lutte contre l'insécurité juridique tout en générant des coûts administratifs supplémentaires (exemple du formalisme imposé aux documents de la consultation). Dès lors, pourquoi ne pas se contenter du seul droit communautaire relatif aux marchés publics évitant ainsi un code national des marchés publics en permanente modification ? »⁸.

Il est vrai qu'on a tendance à considérer que ce qui est ajouté en plus des directives est une surtransposition et que l'efficacité de l'achat public gagnerait à sa suppression. Mais il s'agit le plus souvent des conséquences d'une imbrication des normes internes et européennes, ce que le Professeur de La Rosa qualifie « d'hybridation normative »⁹. En effet, contrairement à certains de nos voisins européens qui ont commencé à réglementer les procédures de passation des contrats publics sous l'effet du droit européen dérivé, le droit français de la commande publique a préexisté aux directives européennes. Un arrêt du Conseil du

8. Groupe de travail sur « Les relations entre l'Etat et les collectivités locales », RGPP décembre 2007, cité par G. Eckert, « Faut-il supprimer le code des marchés publics ? », in *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkkehr*, Dalloz, 2009, p. 263.

9. S. de La Rosa, achatpublic.info, 3 juin 2022, à l'occasion de la parution de l'ouvrage collectif *Les principes des contrats publics en Europe*, sous la dir. de S. de La Rosa et P. Valcárcel Fernández, Bruylant, 2022.

roi du 4 juin 1668 explique par exemple comment doivent être faites les adjudications de travaux. Sous la monarchie de Juillet, la réglementation des marchés publics va être organisée dans un souci à la fois de moralisation de l'achat public et de bon usage des deniers publics : les ordonnances du 4 décembre 1836 relatives à la passation des marchés de l'État et du 14 novembre 1837 étendant les mêmes obligations aux communes et aux établissements publics, qui consacrent l'obligation de concurrence et de publicité, ont servi de fondement au droit des marchés publics jusqu'au milieu du XX^e siècle¹⁰. De même, le régime juridique des conventions de délégation de service public a été défini par la loi du 29 janvier 1993, et renforcé par les lois des 2 et 8 février 1995, avant que le droit de l'Union européenne ne s'y intéresse en tant que tel. Cette préexistence a ainsi conduit le gouvernement, lors de la transposition de la directive relative aux contrats de concession, à ne pas « déréglementer » certains pans du droit, notamment le secteur de l'eau et de l'assainissement, pourtant exclus de la directive.

Ainsi, le droit européen n'est pas la seule source du droit français de la commande publique. Il s'agit d'un cadre d'harmonisation des législations nationales pour permettre la réalisation du marché intérieur et garantir l'égale concurrence entre les opérateurs économiques lorsque les contrats présentent un intérêt transfrontalier, notamment en raison de leur montant. Or, à cet égard, au-dessus des seuils européens, le droit de la commande

10. Voir H. Lemesle, « Réglementer l'achat public en France (XVIIIe-XIXe siècle) », *Genèses*, 2010/3, pp. 8 à 26.

publique est très proche des dispositions européennes, les administrations centrales étant chargées d'éviter les surtranspositions, voire de désurtransposer¹¹.

Pour les contrats qui ne sont pas couverts par les directives, notamment ceux qui ont un montant inférieur aux seuils européens, ou dans le cadre des secteurs dits « non prioritaires », les principes fondamentaux de la commande publique, qui ont pris un relief particulier depuis que le Conseil constitutionnel a reconnu leur valeur constitutionnelle¹², s'appliquent également. Lorsque, afin de faire bénéficier les acheteurs publics des souplesses du droit européen, les auteurs du code des marchés publics de 2004 avaient repris intégralement le régime dérogatoire prévu par la directive de 1992 s'agissant des marchés de services de l'annexe IB en ne les soumettant qu'aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes ainsi que, lorsque leur montant atteignait le seuil européen applicable aux marchés de services, à l'envoi d'un avis d'attribution, le Conseil d'État a censuré ces dispositions au motif que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures posés à l'article 1er du code et auxquels il avait donné une portée générale dans son avis contentieux du 29 juillet 2002,

11. Aux termes de la circulaire du Premier ministre du 26 juillet 2017 relative à la maîtrise des textes réglementaires et de leur impact, « toute mesure allant au-delà des exigences minimales de la directive est en principe proscrite » (JORF, 28 juillet 2017, texte n° 3).

12. Cons. const. déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 (loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit), JO du 3 juillet 2003, p. 11205 ; AJDA 2003, p. 1391, note J.-E. Schoettl ; Dr. adm. 2003, comm. n° 188, obs. A. Ménéménis ; Contrats et marchés publics 2003, doct. n° 18, obs. F. Linditch ; RD publ. 2003, p. 1163, note F. Lichère.

*Société MAJ Blanchisserie de Pantin*¹³, s'opposaient à ce que ces marchés puissent être conclus sans aucune formalité préalable¹⁴. De même, pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le projet de réforme de 2004 prévoyait qu'en dessous des seuils communautaires, l'autorité contractante déterminerait elle-même des modalités de publicité et de mise en concurrence dans le respect des principes fondamentaux. Les auteurs du projet pensaient ainsi satisfaire à la demande de flexibilité ; ils se sont heurtés à une forte résistance. Laurent Richer et François Lichère rappellent qu'élus, chefs d'entreprises, hommes politiques ont alors protesté, notamment par voie de presse, contre l'insécurité juridique liée à l'absence de règle nationale et dénoncé le risque de favoritisme et de corruption¹⁵. Il est vrai qu'en l'absence de code, compte tenu notamment du risque contentieux et surtout du risque pénal, les acheteurs publics se sentiraient démunis et seraient contraints de créer pour leurs propres achats des règlements internes pour préciser les modalités de mise en œuvre des principes de la commande publique, si bien qu'« on a le sentiment que les acheteurs publics cherchent davantage la protection contre les risques que la liberté »¹⁶.

13. CE avis 29 juillet 2002, *Société MAJ blanchisserie de Pantin*, n° 246921, Lebon, p. 297 ; BJCP 2002, p. 427, concl. D. Piveteau ; AJDA 2002, p. 755, note J.-D. Dreyfus ; CJEG 2003, p. 163, note J. Gourdou et A. Bourrel ; Contrats et marchés publics 2002, comm. n° 207, note Llorens.

14. CE 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et autres*, n° 264712, Lebon, p. 71 ; AJDA 2005, p. 668, note J.-D. Dreyfus ; Contrats et marchés publics 2005, comm. n° 107, note G. Eckert.

15. L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 12e édition, 2021, p. 371, n° 801.

16. J.-M. Peyricat, « Faut-il supprimer le Code des marchés publics ? », 20 novembre 2013, <https://www.banquedesterritoires.fr/faut-il-supprimer-le-code-des-marches-publics>.

La crise sanitaire liée au covid-19 et l'impact de la flambée des prix des matières premières sur les contrats en cours ont récemment mis en lumière le besoin des acheteurs d'avoir des règles précises pour les accompagner dans la gestion de situations inédites engendrées par des circonstances exceptionnelles. Une enquête menée récemment auprès de plusieurs dizaines d'acteurs par la Chaire de droit des contrats publics de l'université Jean Moulin Lyon III révèle que les dispositions du code de la commande publique ne sont pas jugées assez sécurisantes et laissent parfois une place trop importante à des considérations subjectives¹⁷. Ainsi, « la demande de simplification trouve ses limites : une certaine complexité est inévitable pour respecter l'égalité tout en s'adaptant à la diversité des situations ; comme le relevait Thouret en 1790, il ne faut pas confondre simplification et simplicité »¹⁸.

Le droit de la commande publique ne se réduit pas aux obligations de publicité et de mise en concurrence

Si les règles de publicité et de mise en concurrence visent avant tout à assurer un égal accès des entreprises à la commande publique, qu'elles soient nationales ou européennes ou même originaires d'États tiers ayant conclu un accord de libre-échange avec l'Union européenne, le code contient également d'autres règles issues de législations non saisies par le droit européen et

17. Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin Lyon III, *Les liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics*, octobre 2021, p. 122.

18. L. Richer et F. Lichère, précité, p. 369, n° 797.

qui poursuivent d'autres objectifs. On pense notamment aux règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, au paiement direct des sous-traitants, aux avances et acomptes ou encore au règlement amiable des différends.

La suppression du code pour ne conserver que les directives conduirait à la disparition de ces règles qui ont pourtant été adoptées dans un souci de protection de l'intérêt général et des intérêts des entreprises ou à ressusciter ces textes au risque d'un retour vers une situation d'éparpillement normatif à laquelle l'exercice de codification avait justement vocation à mettre un terme.

Par ailleurs, compte tenu du poids qu'elle représente dans l'économie, la commande publique est désormais perçue comme un levier majeur pour poursuivre des objectifs stratégiques de politique publique¹⁹. Dès lors, de plus en plus d'obligations sectorielles pèsent sur les acheteurs pour faire évoluer leurs pratiques dans le sens d'une politique d'achat plus « responsable » ou « durable »²⁰. Mais des obligations transversales sont également

insérées directement dans le code, notamment afin de favoriser l'accès des PME à la commande publique (obligation de faire exécuter au moins 10 % des marchés globaux par des petites et moyennes entreprises ou des artisans²¹) ou de mieux tenir compte des enjeux sociaux et environnementaux (obligation de prévoir des clauses environnementales et sociales dans les marchés et les contrats de concessions et de choisir les cocontractants sur la base d'un critère environnemental²²). La démarche n'est pas nouvelle. Les décrets Millerand du 10 août 1899 imposaient déjà dans les marchés publics des clauses sociales relatives aux conditions de travail, notamment en termes de rémunération, de repos hebdomadaire et de durée de travail, dans le but de « favoriser une amélioration sociale par le truchement du droit des marchés publics »²³.

Les objectifs de politique publique que les pouvoirs publics assignent à la commande publique ne sont pas sans susciter des réserves. Ils conduisent à douter de plus en plus de l'efficacité des procédures d'achat public sur lesquelles pèsent des coûts de transaction importants et croissants, voire à en déduire que le droit de la commande publique constitue en soi un frein à la performance de l'achat public²⁴. En ce sens, une note du

19. Voir notamment, E. Muller (dir.), *La commande publique : un levier pour l'action publique*, Paris, Dalloz, 2018.

20. Voir par exemple la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (JORF du 18 août 2015, texte n° 1), la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous (« loi EGALIM », JORF du 1er novembre 2018, texte n° 1) ou encore la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (« loi AGECE », JORF du 11 février 2020, texte n° 1).

21. Art. 131 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (JORF du 8 décembre 2020, texte n° 1).

22. Art. 35 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (JORF du 24 août 2021, texte n° 1).

23. N. Boulouis, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *RFDA* 2014, p. 617.

24. Voir not. F. Linditch, « Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? », *RFDA* 2014, p. 403.

Conseil d'analyse économique publiée en avril 2015 intitulée « Renforcer l'efficacité de la commande publique » souligne que l'objectif de la commande publique, quel qu'en soit le montant, est avant tout de satisfaire un besoin identifié en parvenant à la meilleure performance en termes de coûts et de services ou fonctionnalités attendus, estimant en conséquence que charger la commande publique d'atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation serait inefficace²⁵. Mais pour le professeur Richer, la note du CAE est « décalée », dès lors que les directives de 2014 ont fondamentalement modifié les termes du débat. Désormais, « elles placent sur le même plan, celui des objectifs fondamentaux, l'ouverture à la concurrence, d'une part, et l'utilisation de "l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs", d'autre part »²⁶.

Longtemps présentés comme des « objectifs secondaires »²⁷, les objectifs de développement durable ont d'ailleurs trouvé leur place dans le titre préliminaire du code au même niveau que les principes fondamentaux destinés à garantir une libre et égale concurrence entre les entreprises. En insérant dans le code un nouvel article L. 3-1 disposant que « la commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le présent code », l'article 35 de la loi

25. J. Tirole et S. Saussier, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Les notes du conseil d'analyse économique*, n° 22, avril 2015.

26. L. Richer, « Une analyse décalée », *AJDA*, 2015, p. 1065.

27. M. Karpenschif, « Le contrat au service des politiques publiques : contrat public et Union européenne », *RFDA* 2014, p. 418.

« Climat et Résilience » du 22 août 2021 les a consacrés comme principes directeurs de la commande publique, au même titre que les principes fondamentaux de l'article L.3, appelant ainsi les acheteurs et autorités concédantes à les concilier au mieux dans un objectif d'efficacité globale ou macro-économique de la dépense publique.

Si l'obligation du lien entre les clauses ou critères sociaux ou environnementaux et l'objet du marché constitue toujours, pour reprendre la formule de Denis Piveteau dans ses conclusions sur la décision *Commune de Gravelines*, « l'expression du principe tout à fait essentiel de la neutralité de la réglementation des marchés publics, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût »²⁸, la conception du meilleur achat et la finalité de la commande publique ont bien évolué depuis cette décision. Comme le rappelle Gilles Pellissier dans ses conclusions sur la décision *Département de l'Isère* du 25 mars 2013, à propos des clauses d'insertion professionnelle dans les marchés de travaux, « la notion d'offre économiquement la plus avantageuse ne recouvre plus uniquement des aspects économiques au sens strict, à supposer qu'elle ne l'ait jamais fait. Une offre est économiquement plus avantageuse lorsqu'elle répond le mieux aux besoins du pouvoir adjudicateur, en termes quantitatifs (notamment le

28. D. Piveteau, concl. sur CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n° 229666, *BJCP* 2001, p. 490.

prix) mais aussi qualitatifs, ce que les critères esthétique, environnemental ou social permettent de révéler »²⁹.

Cette « instrumentalisation du droit de la commande publique »³⁰ vise à promouvoir une utilisation stratégique des contrats publics et optimiser les politiques d'achat. Dans une communication récente, la Commission européenne exhortait les États membres à utiliser le droit de la commande publique « d'une manière plus stratégique, afin d'obtenir un meilleur rapport coût/efficacité pour chaque euro d'argent public et d'apporter leur pierre à la construction d'une économie plus innovante, durable, inclusive et compétitive »³¹. Toutefois, bien que cette démarche soit désormais incontournable, la multiplication des textes et des injonctions, parfois contradictoires, qui pèsent sur l'acheteur renforcent le sentiment de complexité souvent décrié. Technique, le droit des marchés publics apparaît pour certains comme « un labyrinthe procédural »³², d'où la nécessité de lui redonner de la cohérence grâce à la codification.

29. G. Pellissier, concl. sur CE, 25 mars 2013, Département de l'Isère, n° 364950, *BJCP* 2013, p. 269.

30. F. Llorens et W. Zimmer, « L'instrumentalisation du droit de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, juin 2014, repère 10.

31. Commission européenne, « Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe », 3 octobre 2017, COM (2017) 572 final.

32. S. Braconnier, *Précis du droit des marchés publics*, éd. Le Moniteur, 3e édition, 2009, p. 11.

Une œuvre de mise en cohérence et d'unification du droit de la commande publique

Pendant longtemps, le droit de la commande publique a été caractérisé par une multiplication des formules contractuelles, plus ou moins inspirées du droit privé et découlant de la liberté contractuelle progressivement reconnues aux personnes publiques. Souhaitant offrir aux collectivités des outils dérogatoires au droit des marchés publics et aux règles encadrant la maîtrise d'ouvrage publique, le législateur a créé une variété considérable de contrats qui sont venus s'ajouter les uns aux autres, sans cohérence d'ensemble³³. Face à un droit des contrats publics « en miettes »³⁴, fait de catégories incertaines et de règles parcellaires, aux origines diverses et répondant souvent à des besoins purement conjoncturels, une rationalisation de l'architecture des contrats publics apparaissait comme une exigence impérieuse. En réorganisant le droit de la commande publique, la codification lui a permis de retrouver son unité et sa cohérence.

33. Voir not. G. Eckert, « Réflexions critiques sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA* 2006. 238.

34. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le droit des contrats publics en miettes », *Contrats et marchés publics* 2005, repère 1.

Une exigence impérieuse pour mettre fin à l'éparpillement des sources du droit de la commande publique

Les premières initiatives visant à la codification du droit des contrats publics remontent au milieu des années 1990. C'est en effet en 1994 qu'un groupe de travail de l'Assemblée nationale a invité, pour la première fois, le gouvernement à solliciter du Parlement une habilitation législative en vue d'opérer une refonte d'ensemble des textes relatifs à la « commande publique », dont la caractère « juxtaposé et dispersé » lui a paru de nature à « obscurcir les lignes de force »³⁵. Sur la base de cette invitation, relayée par le Conseil d'État dans son rapport public de 1995³⁶, une circulaire du Premier ministre du 30 mai 1996 prévoyait, dans le cadre d'un ambitieux chantier de codification de l'ensemble des lois et règlements dans un délai de cinq ans, d'élaborer un « code des marchés publics et autres contrats d'intérêt général »³⁷. Dans cette optique, un projet de loi était déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 25 mars 1997 mais n'a pu aboutir en raison de la dissolution de l'Assemblée par le Président de la République.

35. Philippe Seguin, Groupe de travail sur la clarification des rapports entre la politique et l'argent, Assemblée nationale, Les documents d'information, 1994, 443 p.

36. Conseil d'État, *Rapport public 1995*, EDCE, n° 47, Paris, La doc. française, 1996, p. 148.

37. Circulaire relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, NOR : PRMX9601534C, *JORF* du 5 juin 1996, p. 8263.

Quelques années plus tard, l'article 84 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit autorisait le gouvernement à procéder par ordonnance à l'adoption de la partie législative d'un « code de la commande publique ». Si le projet a été délaissé pour faire place au chantier de transposition des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004, il a refait surface lors de la discussion de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissements publics et privés. Une nouvelle disposition d'habilitation y a été insérée par voie amendement mais dont le champ était défini de façon particulièrement étonnante : l'article 33 du texte définitivement adopté par le Sénat le 29 janvier 2009 prévoyait en effet que ce futur code devait contenir « les dispositions de nature législative applicables aux contrats de toute nature, à l'exception de ceux régis actuellement par le code des marchés publics »³⁸. Cette disposition a toutefois été censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2009-575 DC du 12 février 2009 comme cavalier législatif.

Malgré ces différentes tentatives avortées, la nécessité d'un code de la commande publique était régulièrement rappelée par la doctrine et les praticiens³⁹. Elle figure également dans le rapport public de 2008 du Conseil d'État, lequel « recommande

38. Sénat, texte n° 44 (2008-2009).

39. Voir not. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Pour un code de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, 2006, repère 2 ; G. Alberton, « Vers une inévitable refonte du droit français des contrats publics sous l'effet des exigences communautaires », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de Montpellier, 2006, vol. 1, p. 761 ; F. Tiberghien, « Il faut un code de la commande publique pour assurer sa sécurité juridique », *AJDA* 2008, p. 1228.

au Gouvernement (...) pour introduire davantage de simplicité, de lisibilité et de sécurité, dans notre droit des contrats, de remettre en chantier l'élaboration d'un code de la commande publique »⁴⁰.

La doctrine était en effet unanime pour constater que le droit des contrats de l'administration était « à bout de souffle »⁴¹. Ainsi, le professeur Yves Gaudemet, concluant le colloque de l'Association française pour le droit de la construction sur les contrats de partenariat public-privé, n'avait pu que relever « un grand désordre dans l'état du droit » et souligner que celui-ci « avait un coût et, finalement, compliquait, renchérisait la commande et l'investissement publics, rendait ces opérations vulnérables »⁴².

Si les causes d'une telle situation sont multiples, l'une d'entre elles réside dans le caractère uniquement réglementaire des différents codes des marchés publics qui se sont succédés depuis 1964. En effet, en ce qui concerne les marchés publics de l'État, le Conseil constitutionnel, voyant dans le code des marchés publics un simple code de procédure administrative, a estimé que « *ni l'article 34 de la Constitution, ni aucune règle de valeur constitutionnelle n'exige que les conditions de passation des marchés et*

contrats passés par l'État soient définis par la loi »⁴³. La question se posait néanmoins en des termes différents pour les collectivités territoriales au regard de l'article 72 de la Constitution. Or, si le Conseil d'État n'a pas contesté que les bases constitutionnelles de la décentralisation imposaient la compétence du législateur, il a admis, au terme d'un raisonnement sophistiqué voire « acrobatique »⁴⁴ fondé sur un décret-loi du 12 novembre 1938, que celui-ci avait délégué sa compétence au pouvoir réglementaire⁴⁵.

Cette solution, si elle permettait au gouvernement de garder la main sur les modifications du code des marchés publics, a eu pour effet d'exclure de son champ d'application toute disposition nouvelle, même étroitement liée à la matière, du simple fait qu'elle était de nature législative. Cela, ajouté à la différence entre les définitions nationales et européennes de pouvoir adjudicateur ou de marché public de travaux, a contribué à la dispersion des textes relatifs à des contrats qui, sans entrer dans le champ du code des marchés publics, étaient néanmoins des marchés publics au sens des directives. On citera notamment l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et ses décrets d'application n° 2005-1308 et n° 2005-1742 relatifs aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin

40. Conseil d'Etat, *Rapport public 2008 : Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n°59, Paris, La doc. française, 2009, p. 254.

41. N. Symchowicz, « Pour un code des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics* 2007, étude n° 4.

42. Y. Gaudemet, « La commande publique et le partenariat public-privé : Quelques mots de « synthèse » », *RDI* 2003, p. 534.

43. Cons. constit. déc. n° 2002-460 DC du 22 août 2002 (loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure), *JORF* du 30 août 2002, texte n° 3.

44. L. Favoreu, « Le Conseil d'Etat, défenseur de l'exécutif », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz 1991, p. 237.

45. CE, 5 mars 2003, Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, n° 238039 ; CE, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité dans les marchés publics, n° 264712 ; CE, 9 juillet 2007, EGF-BTP, n° 297711.

2004 sur les contrats de partenariat et de nombreux textes sectoriels autorisant la passation de « contrats complexes » ou de « troisième type »⁴⁶ fondés sur des titres d'occupation domaniale adossés à des conventions de mise à disposition (BEA ou AOT dits « aller-retour »). Outre qu'il est résulté de cette multiplication des textes que « le code des marchés publics [n'était] que le code de certains marchés publics »⁴⁷, la diversité des formules contractuelles était particulièrement préjudiciable à la sécurité juridique, avec des différences de régime dont on peinait à trouver la raison d'être⁴⁸ et qui n'étaient bien souvent pas compatibles avec le droit de l'Union européenne, ce qui a pu conduire le juge administratif à les requalifier et censurer leur procédure d'attribution⁴⁹.

La transposition du nouveau paquet législatif européen sur les marchés publics et les contrats de concession, adopté par le Parlement européen et le Conseil le 26 février 2014⁵⁰, a donc été l'occasion de remettre l'ouvrage sur le métier⁵¹. Toutefois, le

46. F. Llorens et W. Zimmer, « Les marchés publics de travaux du « troisième type » à l'épreuve du droit interne », *Contrats et marchés publics* 2016, repère 2.

47. G. Eckert, « Faut-il supprimer le code des marchés publics ? », *précité*, p. 270.

48. F. Lorens, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics* 2005, étude n° 7.

49. Voir par exemple à propos des baux emphytéotiques administratifs : CE Ass. 10 juin 1994, Commune de Cabourg, n° 141633 ; TA Paris, 3 février 2009, Sté Ken Club, n° 0900393 ; TA Nice, 6 décembre 2006, Société Cirmad Grand Sud, n° 0605880 ; TA Bordeaux, 26 novembre 2007, Société Norbail-Immobilier, n° 0704671.

50. Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession – Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE – Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

51. C. Frackowiak, « De la transposition à la codification : cent fois sur le métier... », *BJCP*

chantier se révélait ambitieux et de grande ampleur et ne pouvait raisonnablement pas s'inscrire dans le délai de transposition de 24 mois fixé par les directives. Les expériences antérieures et les difficultés techniques inhérentes à l'exercice de codification inclinaient à privilégier une codification à droit constant.

C'est pourquoi, comme l'avait annoncé le ministre de l'Économie Pierre Moscovici dès le 12 mars 2014, la transposition a été pensée comme une première étape afin de repenser l'architecture de la commande publique en collant au plus près des notions européennes⁵². Pour mettre fin au « millefeuille des contrats publics »⁵³ et à la « complexité structurelle de la typologie des contrats publics d'affaires »⁵⁴, le droit de la commande publique se devait, avant d'être codifié, d'être rationalisé et organisé autour de la *summa divisio* consacrée par les directives entre les marchés publics et les contrats de concessions⁵⁵.

Ainsi, s'agissant des marchés publics, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 a, d'une part, unifié le régime applicable à tous les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, y compris les

2016, p. 177.

52. Pierre Moscovici, Discours de clôture du colloque organisé par la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie et des finances le 12 mars 2014 sur la transposition des directives européennes. Voir « Le gouvernement veut simplifier avant de codifier la commande publique », *Dalloz Actualité*, 14 mars 2014.

53. A. Cabanes, « Une couche supplémentaire au millefeuille des contrats publics », *CP-ACCP* 2004, p. 68.

54. S. Braconnier, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA* 2014. 832.

55. C. Frackowiak et G. Delaloy, « Pour une rationalisation de l'architecture du droit français de la commande publique », *BJCP* 2014, p. 239.

personnes morales de droit privé, en mettant fin à la dichotomie entre les marchés publics soumis au code des marchés publics et ceux régis par l'ordonnance du 6 juin 2005 et, d'autre part, remis à plat le régime des contrats complexes, en consacrant le marché de partenariat comme formule unique de partenariat public-privé. L'apport de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession n'est pas moins fondamental : elle a complété le paysage contractuel interne par la reconnaissance, à côté de la concession de travaux déjà bien connue, de la concession de services comme catégorie contractuelle à part entière englobant désormais les délégations de service public. La notion de concession de services a en outre permis de combler un vide juridique pour les contrats de type concessif portant sur des prestations de services sans délégation de service public, qui pouvaient être qualifiés, de manière aléatoire, soit de délégation de service public grâce à une interprétation quelque peu extensive de la notion afin d'éviter qu'ils n'échappent à tout encadrement⁵⁶, soit de marché public⁵⁷ ou de convention d'occupation du domaine public⁵⁸.

56. Voir par ex. CE 19 mars 2012, *SA Partouche*, n°341562, à propos des conventions d'exploitation de casinos, ou CE 7 mars 2014, *CHU de Rouen*, n°372897, à propos des contrats de mise à disposition de moyens de communication aux patients des hôpitaux.

57. Voir par ex. CE 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n° 247298 et CE 15 mai 2013, *Ville de Paris*, n° 364593, à propos des contrats de mobilier urbain, ou CE 6 novembre 2009, *Prest'Action*, n° 297877 à propos des contrats de régie publicitaire.

58. CE Sect. 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin, Société Paris Tennis*, n° 338272 ; *AJDA* 2011. 18, obs. S. Nicinsli et E. Glaser ; *AJCT* 2011. 37, obs. J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publics* 2011, comm. n° 25, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2011, comm. n° 17, note F. Brenet et F. Melleray ; *RDI* 2011. 162, note S. Braconnier et R. Noguellou.

Lorsque, à l'issue de chantier de rationalisation, la rédaction d'un code de la commande publique a été relancée par l'article 38 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (loi « Sapin 2 »), l'objectif n'était donc pas d'apporter une nouvelle réforme. C'est parce que celle-ci avait été préalablement réalisée dans le cadre de la transposition des directives que la codification de la matière a été rendue possible, à droit constant. Le code de la commande publique s'inscrit donc dans la catégorie des codes qui reforment et non des codes qui réforment, selon la célèbre formule du président Braibant⁵⁹. Toutefois, « toute codification, même à droit constant, a une fonction de révélateur »⁶⁰. En effet, Mathias Guyomar expliquait que « de même que le jardin “à la française” domestique la végétation grâce à son plan géométrique et au dessin de ses parterres, la codification appréhende le droit positif de manière systématique et rationnelle. D'une certaine manière, elle vise l'établissement d'un ordre juridique parfait, c'est-à-dire à la fois complet et cohérent »⁶¹.

Ainsi, au-delà de la nouvelle présentation formelle des règles découlant du plan retenu, le code contient « une part d'innovation »⁶² qui vient de ce qu'il ne se borne pas à juxtaposer

59. G. Braibant, « La problématique de la codification », *REFAP*, n° 82, avr.-juin 1997, p. 165.

60. F. Moderne, « À propos de la codification du droit des contrats publics, réflexions sur l'expérience française », in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 413.

61. M. Guyomar, « Y compris à droit constant, la codification revêt une dimension non seulement formelle mais aussi substantielle », *JCP G* 2015, 1271.

62. M. Ubaud-Bergeron, « Passation et exécution : le code de la commande publique

des « textes épars »⁶³ mais les organise selon une structure qui donne à l'ensemble une incontestable unité.

La révélation de l'unité de la commande publique

La seconde étape du processus qu'a constitué la rédaction proprement dite du code ne s'est pas limitée à une simple compilation des ordonnances de 2015 et 2016 et de leurs décrets d'application. En effet, ont également été intégrés d'autres textes relatifs notamment à l'exécution des contrats mais aussi certaines règles jurisprudentielles, opérant ainsi une véritable « consolidation des sources du droit de la commande publique »⁶⁴.

Ainsi, d'une part, le code de la commande publique rassemble, en les organisant selon un plan logique et cohérent, des règles précédemment contenues dans une trentaine de textes qui jusqu'à présent régissaient, de manière disparate et partielle, les marchés publics et les contrats de concession, mais aussi, sans être exhaustif, la loi MOP du 12 juillet 1985, une partie de la loi de 1975 sur la sous-traitance, les textes relatifs à la lutte contre les retards de paiement dans la commande publique, au développement de la facturation électronique, aux comités de règlement amiable des différends ou encore à l'arbitrage. Si certaines règles applicables à certains marchés ou contrats de concession

innove-t-il ? », *RFDA* 2019, p. 219.

63. F. Brenet, « La codification des textes « épars » du droit de la commande publique », *AJDA* 2019, p. 389.

64. G. Eckert, « Code de la commande publique : la sécurité juridique au service de l'efficacité économique ? », *Contrats et marchés publics* 2019, repère 1.

spécifiques n'ont pas été intégrées dans le nouveau code car déjà présentes dans d'autres codes, comme les délégations de service public conclues par le secteur local, les concessions d'aménagement, les concessions d'autoroute ou encore les concessions de plage, la cohérence des régimes est assurée par des jeux de renvois entre codes. Au total, ce sont donc bien tous les marchés et toutes les concessions au sens du droit de l'Union européenne qui sont soumis au code de la commande publique.

Ce travail de compilation a d'ailleurs été l'occasion d'affiner la répartition entre la loi et le règlement. Si une réflexion sur le niveau de norme avait déjà été menée lors de la rédaction des textes de transposition des directives, elle nécessitait d'être actualisée au regard de la décision du Conseil constitutionnel du 14 août 2015 aux termes de laquelle « la définition des procédures de passation des marchés et accords-cadres passés par les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics locaux, celle des règles et modalités encadrant l'usage de ces procédures et la définition des critères en fonction desquels des seuils peuvent être retenus sont au nombre des principes qui relèvent du domaine de la loi »⁶⁵.

D'autre part, en l'habilitant à regrouper et organiser « les règles relatives aux différents contrats de la commande publique », le législateur a permis au gouvernement de codifier non seulement

65. Cons. constit. déc. n° 2015-257 L du 14 août 2015, *JORF* du 18 août 2015 page 14428. Voir F. Lombard, « Constitution et contrats publics : développements récents », *Constitutions*, avril-juin 2016-2, p. 277.

des dispositions écrites, mais également des règles de nature jurisprudentielle. C'est le cas de certaines règles de fond, comme le régime des biens de retour dans les contrats de concession, la possibilité de passer en urgence un contrat de concession sans publicité ni mise en concurrence ou encore la définition de l'offre anormalement basse. Mais c'est surtout l'intégration des certaines « règles générales applicables aux contrats administratifs », rassemblées au côté des principes fondamentaux de la commande publique au sein d'un titre préliminaire, qui contribue à « dessiner l'ADN de la commande publique »⁶⁶.

Ce titre préliminaire, ajouté à l'initiative du Conseil d'État⁶⁷, répond ainsi au souhait de la Commission supérieure de codification qui soulignait dès 2011 que l'apport de la création d'un code de la commande publique « ne peut se limiter à la codification des règles applicables à chaque type de contrat public... Il devrait, sans se limiter à une pure juxtaposition des types de contrats..., en faire ressortir les principes organisateurs et fixer les délinéaments d'une théorie juridique des contrats publics »⁶⁸.

Dans cet objectif, le titre préliminaire pose, en premier lieu, une définition commune des contrats de la commande publique. Si l'expression de « commande publique » est apparue dans la

doctrine avant d'être révélée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans la célèbre décision du 26 juin 2003⁶⁹, ses contours restaient mal définis⁷⁰. En affirmant que « sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques », l'article L. 2 du code parachève l'entreprise de rationalisation par les textes de transposition de 2015-2016 qui ont permis de « subsumer sous la *summa divisio* européenne une pluralité de contrats auparavant très disparates »⁷¹.

Cette définition, qui continue de distinguer acheteur et autorité concédante et qui estime nécessaire de préciser dans l'alinéa suivant que « les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre Ier de la première partie », conduit certains auteurs à préférer voir dans ce nouveau code un code des contrats de la commande publique plutôt qu'un code de la commande publique⁷². Il est toutefois certain que la notion de commande publique est enfin incarnée et que cette définition prend acte de ce que les marchés et les concessions ont bien pour objet de **répondre au besoin de**

66. C. Maugué et S. Roussel, « La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ? », *RFDA* 2019, p. 213.

67. Sur l'apport du Conseil d'État dans le processus d'élaboration du code, voir N. Boulouis et B. Dacosta, « L'élaboration du code de la commande publique : cinq actes sans tragédie », *RDEA* 2019, p. 197.

68. Commission supérieure de codification, *Rapport annuel 2011*, p. 20 et 21.

69. Décision n° 2003-473 DC précitée.

70. J.-D. Dreyfus et B. Basset, « Autour de la notion de « droit commun de la commande publique » », *AJDA* 2004, p. 2257.

71. E. Muller, « Les ambitions raisonnées du code de la commande publique », *Dr. adm.* 2019, étude 9.

72. A. Ménéménis, « Le code de la commande publique existe-t-il ? Quelques remarques sur son champ d'application et sur son plan », *RFDA* 2019, p. 202.

la personne publique qui les passe⁷³ et qu'ils ont suffisamment en commun pour relever d'un même code, même s'ils sont suffisamment différents pour qu'on maintienne deux régimes juridiques distincts.

En deuxième lieu, en les plaçant dans un article L. 3, au frontispice du code, le codificateur a expressément affirmé que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures s'appliquent à tous les contrats soumis au code, y compris aux « autres marchés » et « autres concessions », antérieurement qualifiés de « contrats exclus » compte tenu de leur exclusion du champ d'application des directives européennes⁷⁴. Si la jurisprudence avait déjà pu rappeler que les contrats exclus des procédures de publicité et de mise en concurrence restaient soumis aux principes fondamentaux de la commande publique⁷⁵, des incertitudes demeuraient néanmoins sur leurs modalités de mise en œuvre. À cet égard la rédaction de l'article L. 3 apporte des éléments de réponse bienvenus : en disposant que « les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de

73. P. Delvolvé, « Les contrats de la commande publique », *RFDA* 2016, p. 200.

74. Voir not. H. Hoepffner et P. Tierneyre, « La place des principes dans le code de la commande publique », *RFDA* 2019, p. 206.

75. CE, 17 décembre Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion-Côte de Granit, n° 413193, *Lebon* T. p. 668 ; *AJDA* 2017, 2495 ; *BJCP* 2018, p. 106, concl. O. Henrard, obs. S.N. ; *Contrats et marchés publics* 2018, comm. n° 46, obs. P. Devillers – CE, 5 février 2018, CNRS, n° 414846, *Lebon* T. p. 2018 ; *JCP A* 2019, 2041, chron. J. Martin et G. Pellissier ; *Contrats et marchés publics* 2018, comm. n° 78, note M. Ubaud-Bergeron ; *BJCP* 2018, p. 143, concl. O. Henrard.

la commande publique » et « mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code », le texte affirme la prééminence du principe d'égalité et admet qu'il puisse être dérogé aux deux autres, notamment lorsque leur mise en œuvre est impossible ou inutile. Il donne ainsi aux acheteurs, dans une logique de sécurité juridique, une grille de lecture permettant de concilier ces principes avec les différentes hypothèses permettant de conclure des marchés de gré à gré sans aucune formalité.

Enfin, la codification de « règles générales applicables aux contrats administratifs » apparaît également comme un vecteur d'unité du droit de la commande publique. L'article L. 6 énumère ainsi les principales règles d'origine jurisprudentielle qui caractérisent le régime des marchés publics et des contrats de concessions : le pouvoir de contrôle de l'autorité contractante sur l'exécution du contrat, le respect du principe de continuité du service public, la théorie de l'imprévision, le pouvoir de modification et de résiliation unilatérales du contrat avec, en contrepartie, le droit à indemnisation du cocontractant même si le principe du droit au maintien de l'équilibre financier du contrat est seulement mentionné aux articles L. 2194-2 et L. 3135-2 du code. On peut certes regretter que l'intégration des règles jurisprudentielles ait été réalisée avec « parcimonie et prudence »⁷⁶. Mais ces choix manifestent la volonté du codificateur de ne cristalliser que les

76. E. Muller, « Les ambitions raisonnées du code de la commande publique », *Dr. adm.* 2019, étude 9. Voir aussi F. Melleray et R. Noguellou, « La codification de règles jurisprudentielles », *AJDA* 2019, 381.

jurisprudences « les plus solidement éprouvées » afin de préserver la plasticité de la règle jurisprudentielle⁷⁷.

On notera que ces « règles générales » n'ont vocation à s'appliquer qu'aux marchés publics et aux contrats de concession qui sont des contrats administratifs soit en raison de leur qualification législative soit en raison de leur objet ou de leurs clauses, alors même que les contrats de la commande publique ne sont pas tous des contrats administratifs. Toutefois, comme le souligne Marion Ubaud-Bergeron⁷⁸, leur intégration dans le titre préliminaire s'imposait afin de faire le lien nécessaire entre droit de la commande publique et droit des contrats administratifs, qui, sans se recouper, se rejoignent : ainsi, derrière le droit des contrats de la commande publique « dominé par le droit de l'Union européenne, n'a pas disparu la spécificité de ceux que reconnaît le droit administratif français »⁷⁹.

Au terme de ces réflexions, on peut sans difficulté répondre par l'affirmative à la question posée en titre de cet article : oui, un code de la commande publique est indispensable, sur le fond comme dans sa forme. Certes, il n'est pas parfait. Il n'a pas mis fin à l'instabilité du droit puisqu'il a été modifié dès après sa publication puis à plusieurs reprises déjà. Mais ces évolutions

77. Sur les critères qui ont guidé les auteurs du code dans le choix des jurisprudences à codifier, voir C. Maugué et S. Roussel, « La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ? », *RFDA* 2019, p. 213.

78. M. Ubaud-Bergeron, « Passation et exécution : le code de la commande publique innove-t-il ? », *RFDA* 2019, p. 219.

79. P. Delvolvé, « Les contrats de la commande publique », *RFDA* 2016, p. 200.

témoignent du besoin d'adaptabilité de la norme pour répondre au mieux aux préoccupations concrètes de ses utilisateurs dans une logique à la fois d'efficacité de l'achat public et d'attractivité de la commande publique pour les entreprises.

Sans vouloir rigidifier le droit de la commande publique, la codification est de nature à renforcer substantiellement la sécurité juridique des procédures de passation et de l'exécution des marchés publics et des contrats de concession. En réunissant les différents régimes applicables à l'ensemble des contrats de la commande publique au sein d'un corpus juridique unique et cohérent, elle constitue un moyen essentiel de renforcer l'accessibilité du droit. On retrouve là la finalité principale de la codification contemporaine à droit constant qui, en rendant les règles plus accessibles, répond aux objectifs de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁸⁰. Le code de la commande publique fixe dorénavant un cadre général, global et cohérent, de nature à renforcer la performance de l'achat public, dans un cadre sécurisant pour les acheteurs, les autorités concédantes et les entreprises.

Une brèche subsiste néanmoins dans cette belle unité : la distinction au sein du code entre les contrats de la commande publique de droit administratif et les contrats de la commande publique de droit privé. Cette dichotomie n'est pas sans créer

80. Cons constit., déc. n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 (loi portant habilitation du gouvernement à procéder à l'adoption de la partie législative de certains codes), *JO* du 22 décembre 1999, p. 19041 ; *AJDA* 2000. 31, note J.-E. Schoettl ; *RTD civ.* 2000. 186, obs. N. Molfessis.

des différences importantes en termes de régime juridique (référence aux cahiers des clauses administratives générales, règles d'exécution financière, recours à la médiation ou à l'arbitrage). Mais surtout elle soumet ces contrats à des juges différents, ce qui a pu être vu comme créant une inégalité entre les opérateurs économiques au regard du droit au juge, compte tenu de l'hétérogénéité des recours ouverts aux candidats évincés devant les juridictions administratives ou judiciaires, comme en témoigne la QPC posée au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation en juillet 2020⁸¹. Une question se pose alors : l'unité de la commande publique voulue par le codificateur implique-t-elle d'aller plus loin en unifiant également le contentieux des contrats de la commande publique ?

81. Cons. constit. déc. n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020 (Société Bâtiment mayennais), *JORF* du 3 octobre 2020, texte n° 105 ; *JCP G* 2020, p. 1992, obs. E. Muller ; *JCP A* 2020, p. 3, obs. S. Hul ; *AJDA* 2020. 2281, note M. Karpenschif ; *RFDA* 2021, p. 1, note P.-Y. Gahdoun et M. Ubaud-Bergeron ; *RFDC* 2021, p. 227, obs. P. Bon.

L'achat public connaît-il une révolution copernicienne ?

Sébastien Taupiac

Directeur du développement/Verso Healthcare

Administrateur de l'APASP

La transformation des méthodes scientifiques et des idées philosophiques qui a accompagné le changement de représentation de l'univers du XV^e au XVIII^e siècle, a fait passer les représentations d'un **modèle géocentrique**, selon Ptolémée (II^e siècle), au **modèle héliocentrique** défendu par Nicolas Copernic et perfectionné par Johannes Kepler, Galilée, et Isaac Newton.

Si de manière beaucoup plus humble, et par analogie, nous nous attachions à un autre univers, celui quotidien de l'association et de bon nombre d'entre nous (cf. l'achat public), nous pourrions probablement évoquer la transition accélérée d'un modèle juridique et budgétaire à un modèle économique et écologique. Une « révolution copernicienne » de l'achat public largement issue d'une révolution sociétale et mondiale sous-jacente.

Les fondements du droit de la commande publique

Mieux comprendre ce qui se passe ou ce qui va se passer exige un retour en arrière de plusieurs décennies voire siècles...

Nous pourrions poser les premières pierres d'un Code des marchés publics moderne aux publications des Décrets n° 66-887 et 66-888 du 28 novembre 1966 modifiant et complétant le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 (modifié) portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics. Une période qui correspond en toute cohérence avec la création de l'APASP en 1962.

Pourtant, afin de mieux appréhender la révolution en marche évoquée (sans lien avec celle de 1789, quoique ?), il est intéressant de s'arrêter un instant sur deux textes importants :

La Loi de finances du 31 janvier 1833 et son article 12

L'Ordonnance royale du 4 décembre 1836

L'article 12 de la loi du 31 janvier 1833 imposait, d'une part, la rédaction d'une ordonnance royale précisant « les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du Gouvernement » et, d'autre part, la confection d'un tableau annuel qui récapitulait pour le Parlement tous les marchés de 50 000 F et plus.

L'Ordonnance royale constituait, quant à elle, la première réglementation de l'ensemble des achats de l'État et consacrait la « concurrence et la publicité » (art. 1) comme règle générale. Était ainsi posée, quasi jusqu'à nos jours, une approche de l'achat public tournée fortement vers la transparence, le contrôle et les gains financiers.

Une orientation historique, juridique et budgétaire, qui a probablement éloigné jusqu'à nos jours l'achat public de son rôle régaliien au travers notamment du portage des politiques publiques.

Un poids conséquent du PIB et pourtant un intérêt limité de l'État

Le système, mis en place en 1836, est demeuré quasiment inchangé jusqu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, et ce en dépit de la croissance forte du volume des achats et des bouleversements politiques et économiques de l'époque.

La multiplication des textes après-guerre, et plus récemment encore, s'explique davantage par l'avènement de l'Europe (transposition de Directives) et la nécessité d'intégrer au droit de la commande publique les conséquences issues de textes nationaux (ex. : Loi Climat et Résilience).

Un droit alors relativement instable et difficilement maîtrisable qui aura orienté les organisations achats davantage vers le juridique que vers l'Économique avec un grand E.

Il n'est donc pas choquant de constater (voire regretter) que jusqu'à encore récemment et l'avènement du nouveau Code de la commande publique (publié le 1er avril 2019), l'achat public était absent du débat politique considéré alors par la plupart des responsables politiques comme une question de « simple intendance ».

La fin de la mondialisation comme signal du début de cette révolution copernicienne ?

Entre la déclaration d'Arnaud Montebourg en 2021 sur la fin de la mondialisation et la présence de la commande publique dans la quasi-totalité des programmes des candidats à la Présidentielle de 2022, devrions-nous y voir les prémices d'une véritable prise de conscience ou celle d'un nouveau stratagème politique et électoral ? Pas sûr, tant il est fort probable que nous vivions un cycle sans précédent de transformations sociales et économiques débuté avec la crise financière de 2008, accéléré par la crise sanitaire et consacré par la crise géopolitique et la crise économique actuelles.

Qu'ils soient sociétaux, économiques ou environnementaux, les impacts qui nous touchent désormais directement et concrètement ont tous une origine commune : la mondialisation, la consommation à outrance et une approche unique du prix éloigné de toute réflexion en coût global à l'échelle des pays, des continents et de la planète.

Si nos sociétés, nous-mêmes et nos enfants allons devoir nous adapter brutalement et rapidement, comment ce contexte va-t-il impacter l'achat public qui, rappelons-le, pèse 10 à 15 % de notre PIB et de celui des pays industrialisés ?

La révolution ne viendra ni du législateur ni du droit

Les pouvoirs publics ont tenté ces dix dernières années d'adapter le droit afin de faciliter l'achat innovant, l'accès des TPE et

PME à la commande publique mais aussi contraindre les acheteurs publics à un achat plus responsable et plus durable.

Certes ces initiatives peuvent à court terme faire bouger des indicateurs pourtant insuffisamment exhaustifs et justes mais ne pourront pas permettre d'enclencher les transformations profondes et inéluctables dont a besoin notre achat public. Pas pour le rendre plus prestigieux ou plus vert mais tout simplement pour assurer notre indépendance, notre souveraineté (alimentaire, sanitaire, numérique, financière...) et notre développement social et économique.

Attendre de l'État et du législateur une adaptation permanente du Droit **serait faire oublier le rôle clé des décideurs, des centrales d'achat et des acheteurs publics.**

Penser désormais souveraineté et pérennité devrait conduire à encore simplifier les phases de sourcing et de procédures pour accentuer les efforts et investissements sur l'exécution des contrats, leur suivi, mais aussi la transparence des marchés publics (digitalisation, open data...). Comprendre la réalité de l'achat (indicateurs fiables à partir du 1er euro de dépense publique), c'est mieux anticiper et définir de véritables stratégies nationales et régionales en matière de budget, ressources, compétences, processus et outils achat.

La réponse n'est plus dans les textes, **elle est dans les pratiques.**

Une révolution qui comme toujours viendra du « peuple »

Mais que manque-t-il alors ? La réponse est simple : un changement de paradigme et de logiciel mais surtout de culture achat.

Interroger ou interpellier uniquement les décisions politiques, juridiques ou réglementaires serait trop rapide et facile car nous omettrions de nous regarder individuellement dans le miroir. L'individu, par sa recherche permanente de l'économie, parfois du moins-disant (terme bien connu en matière d'achat public) a engendré au fil du temps les transformations profondes de notre écosystème, susceptibles d'être d'ailleurs à l'origine des crises que nous connaissons.

Le consommateur est ainsi lui aussi à l'origine d'une désindustrialisation démontrée sur le territoire européen et français. Rappelons-le : aucune entreprise ne se développe lors d'une crise, toute entreprise ne vit que par des volumes de commandes significatifs et constants, et tout d'abord sur son périmètre géographique d'origine.

Le citoyen contraint d'évoluer dans son comportement va naturellement **faire pression en tant que contribuable** mais aussi en tant qu'usager sur l'État, les collectivités territoriales ou encore les établissements de santé.

Une plus grande exigence vis-à-vis du bon usage économique, social et environnemental des deniers publics.

Une plus grande pression facilitée par la publication des données essentielles et de l'Open Data.

Cette révolution de l'achat public est ainsi en marche et doit conduire l'État à donner ou redonner à l'achat public la place essentielle qu'il aurait toujours dû avoir. Une place régalienne au service de notre pays et de son rayonnement européen et international.

Les contrats de la commande publique passés par des personnes publiques doivent-ils rester administratifs ?

Olivier Giannoni

Directeur juridique de l'UGAP, Premier conseiller de Tribunal administratif, enseignant à l'Université de Panthéon-Assas et à Science Po Paris

Selon l'article L.6 du Code de la commande publique : « *S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs (...)* ». Cette qualification législative qui prend la suite de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite Murcef a sans doute considérablement simplifié la répartition des litiges entre les deux ordres de juridictions. Toutefois, si elle attribue l'essentiel du contentieux à la juridiction administrative en se fondant sur un critère organique, elle laisse perdurer des marchés publics de droit privé, essentiellement ceux qui sont conclus par des personnes de droit privé contrôlées par des personnes publiques soumises au code de la commande publique.

Cette situation engendre l'application de règles juridiques différentes pour des contrats — marché ou concession — dont la

nature est analogue. Ainsi dans des circonstances similaires on pourra obtenir des solutions divergentes ce qui ne peut qu'interroger sur la légitimité du maintien de ces divergences. L'exemple très actuel de la modification des prix pendant l'exécution du marché public est, de ce point de vue, une excellente illustration de ce phénomène. Si rien ne semble s'opposer à cette modification dans les termes de la directive 2014/24, la circulaire du Premier ministre du 30 mars 2022¹ considère qu'il existe un principe d'intangibilité du prix pour les contrats administratifs². En revanche, aucun principe de cette nature n'est invocable en droit privé, ce qui explique le silence de la circulaire sur ce point. Les parties à un marché public de droit privé pourront donc initier des négociations pour modifier les prix du contrat s'ils le souhaitent alors que les parties à un marché public de droit public devront attendre la fin du contrat et appliquer la théorie de l'imprévision³.

L'exorbitance du droit administratif paraît d'autant plus contestable lorsqu'elle semble dépourvue de justification. On peut ainsi s'interroger sur la nécessité de prévoir pour l'administration la possibilité d'introduire des clauses exorbitantes dérogatoires au droit commun dans des contrats de fournitures ou de services en

1. Circulaire n°6338-SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières

2. La jurisprudence du juge administratif nous semble toutefois pouvoir être interprétée dans un sens différent, voir sur ce point la décision du CE 20 décembre 2017, Soc. Area Impianti, requête n°408562

3. Il est possible d'anticiper la fin du contrat en versant une forme de provision à l'entreprise sous réserve de prévoir une clause de rendez-vous pour établir de manière définitive l'indemnité d'imprévision

tout point comparables à ceux conclus par une entreprise. C'est l'existence d'un intérêt général ou la continuité du service public qui peut justifier l'existence de règles dérogatoires. Or, lorsque l'administration conclut des marchés pour ses besoins propres, en quoi se distingue-t-elle d'un autre acheteur ?

Il existe certes des possibilités pour corriger l'inégalité des rapports contractuels dans le contrat administratif en utilisant la hiérarchie des textes applicables ou la jurisprudence Grencke Location⁴. Cette tendance pourrait sans doute être approfondie par une clarification de l'application du droit de la consommation aux personnes publiques. Cette meilleure protection de l'opérateur économique pourrait diminuer le coût du marché pour l'administration et potentiellement protéger l'administration elle-même lorsqu'elle est dans un rapport économique à son désavantage.

Si le droit des contrats administratifs emprunte beaucoup au droit privé en général et au droit civil en particulier, il demeure caractérisé par une inégalité entre les parties liées à la recherche de l'intérêt général dans l'action de l'administration (I). Toutefois, la qualification législative de l'ensemble des marchés publics en contrat administratif a rendu contestable le caractère exorbitant du droit administratif en le privant de sa finalité, une poursuite du travail jurisprudentiel pour limiter cette exorbitance pourrait être favorable aux entreprises comme à l'administration (II).

4. CE 8 octobre 2014 Grencke Location, requête n°370644

I. Le droit des contrats administratifs emprunte au droit privé mais demeure caractérisé par une inégalité entre les parties liées à la recherche de l'intérêt général

Le droit des contrats administratifs emprunte incontestablement beaucoup au droit privé en général et au droit civil en particulier (A), il demeure néanmoins caractérisé par une inégalité différente par sa nature de celle qu'on peut constater dans des rapports de droit privé car liée à la recherche de l'intérêt général (B).

A. Le droit des contrats administratifs et les principes de droit privé

Cette application du droit privé dans les contrats administratifs concerne à la fois des principes généraux du code civil (1) mais également des règles plus spécifiques (2).

1. Les principes généraux du droit privé appliqués dans les contrats administratifs

De longue date, le juge administratif applique, dans le contentieux des contrats administratifs et sur de nombreux sujets, le code civil : on peut notamment évoquer la garantie décennale⁵

5. CE 15 avril 2015, Commune de Saint-Michel-sur-Orge, requête n° 376229

ou la garantie des vices cachés⁶. Les principes généraux des obligations civiles font aussi l'objet d'une transposition par le juge administratif : le contrôle de la nullité d'une convention en raison de l'absence de cause ou parce qu'elle est fondée sur une cause illicite⁷, l'application de l'exigence de bonne foi lors de l'exécution du contrat⁸, la sanction des vices du consentement comme le dol⁹ ou la modulation des pénalités contractuelles¹⁰.

2. Les règles spécifiques du droit privé appliquées dans les contrats administratifs

Le juge administratif applique également des règles plus spécifiques. C'est le cas lorsque les stipulations du contrat renvoient à des dispositifs régis par d'autres législations que les strictes dispositions des textes de la commande publique. Il en va ainsi lorsque le contrat conclu comporte des mécanismes de cession-escompte (cession de créances ou cession *Dailly*) régis par les articles L. 323-23 et suivants du code monétaire et financier. Le juge administratif se prononcera alors sur leur mise en œuvre¹¹. C'est aussi le cas lorsque la conclusion du contrat est conditionnée au respect par les opérateurs intéressés de certaines conditions liées à l'exercice de leur profession. On peut penser aux incompatibilités des contrôleurs techniques de l'article L. 111-25 du code

6. CE 7 juin 2018, Société Powertrain technologies France et autres, requête n° 416535

7. CE 15 février 2008, Communes de La londe des Maures, requête n° 279045

8. CE Ass. 28 décembre 2009, Commune de Béziers, requête n° 304802

9. CE 27 mars 2020, Société Lacroix, requête n° 421758

10. CE 29 décembre 2008 OPHLM de Puteaux, requête n° 296930

11. CE 11 décembre 2020, Société générale, requête n° 436388

de la construction et de l'habitation¹². Le juge administratif fait également application du code de commerce dans le contrôle de légalité de certains actes administratifs ainsi que dans le cadre de la dévolution de certains contrats administratifs¹³. Cette inspiration privatiste du droit des contrats administratifs ne doit néanmoins pas conduire à négliger le particularisme qui continue de s'attacher à leur exécution.

B. Le droit des contrats administratifs et le déséquilibre des parties

Alors que le droit privé autorise un déséquilibre entre les parties sous réserve de certaines législations protectrices (1), le contrat administratif, exorbitant du droit commun permet un déséquilibre des relations contractuelles en faveur de l'administration pour un but d'intérêt général (2).

1. Le déséquilibre dans les contrats privés et la protection des parties

Le déséquilibre des parties est une situation possible dans le droit privé mais elle est limitée par la protection des intérêts des parties. Citons sur ce point les conclusions du rapporteur public Bertrand Dacosta prononcées à l'occasion d'un litige concernant la résiliation d'une concession¹⁴ : « une personne

privée a la libre et entière disposition de ses droits ; elle peut y renoncer, sous réserve, d'une part, que son consentement ne soit pas vicié et, d'autre part, que n'y fassent obstacle des dispositions législatives, voire des règles jurisprudentielles, ayant pour objet la protection du cocontractant. Citons la prohibition des clauses léonines, en application de l'article 1844-1 du Code civil, c'est-à-dire des clauses privant un associé de tout droit aux profits de la société ou lui attribuant la totalité des profits ou mettant à sa charge la totalité des pertes ; ou encore la législation sur les clauses abusives dans le droit de la consommation. Toutefois, en dehors de ces hypothèses, un contrat déséquilibré, et même manifestement déséquilibré n'est pas nul pour autant. »¹⁵

2. Le déséquilibre dans les contrats administratifs et la prévalence de l'intérêt général

Dans le cadre d'un contentieux initié contre le décret portant adoption du code des marchés publics en 2004, un requérant soutenait que les dispositions relatives à la durée des marchés publics méconnaissaient les articles 1170 et 1174 du Code civil (alors en vigueur), interdisant la conclusion de contrats comportant une condition potestative c'est-à-dire « une condition qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. » Le Conseil d'État rejeta ce moyen en considérant « (...) que les dispositions du Code civil ne font pas obstacle à ce que soient introduites dans les contrats administratifs

12. CE 28 juin 2010, Ministère de la Justice, n°331641

13. CE 3 novembre 1997, Société Million et Marais et autres, requête n°169907

14. CE 4 mai 2011, CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan, requête n°334280

15. BJCP n°2011/77, p. 285

*des clauses exorbitantes du droit commun, qui confèrent à l'administration un pouvoir de décider seule, dans l'intérêt général, de l'interruption ou de la poursuite de leur exécution (...) ».*¹⁶ Cette exorbitance par rapport au droit commun civil ou commercial du régime applicable au contrat administratif conduit à un déséquilibre inhérent à la présence d'une personne publique car son action est menée dans l'intérêt général. C'est d'ailleurs pour cette raison que la clause exorbitante est un des critères de détection de l'administrativité d'un contrat.

II. Le droit des contrats administratifs appliqué à tous les marchés publics est contestable car privé de justification, ce qui rend nécessaire une poursuite du rééquilibrage jurisprudentiel des relations contractuelles

La qualification législative de l'ensemble des marchés publics conclu par les personnes publiques en contrat administratif a rendu contestable l'application du régime exorbitant car elle le prive de la finalité à laquelle il se rattachait. L'application indifférenciée du régime des contrats administratifs apparaît donc à la fois contestable et implique un rééquilibrage.

16. CE 23 février 2005, ATMP, requête n°264712

Une application généralisée du droit des contrats administratifs est contestable

La qualification législative des marchés publics en contrat administratif induit l'application d'un régime spécifique à des contrats ayant une relation lointaine avec l'intérêt général (1) et est susceptible d'induire des surcoûts (2).

1. Une exorbitance contestable

L'application d'une qualification législative de contrat administratif à l'ensemble des marchés publics conclus par des personnes publiques a fait basculer dans un régime exorbitant du droit commun des contrats relatifs au fonctionnement de l'administration alors que l'application des critères jurisprudentiels ne les aurait pas forcément qualifiés de contrats administratifs. Cette évolution soulève inévitablement la question de la légitimité de l'application de ce régime qui n'apparaît dès lors plus fondé sur la légitimité de l'intérêt général. On perçoit en effet mal pourquoi un ministère, lorsqu'il achète du papier, bénéficierait de la possibilité de résilier unilatéralement ce contrat dans l'intérêt général sans indemnité (si cela est explicitement prévu dans le contrat) alors qu'une société privée détenue par des personnes publiques soumise au Code de la commande publique ne pourrait pas en faire de même sauf à risquer une action fondée sur une rupture abusive contraire à l'article L. 442-1 II du code de commerce. Certes, on pourra soutenir, comme Bertrand Dacosta, qu'« (...) il est parfaitement concevable que le cocontractant privé prenne sciemment le risque de perdre de l'argent en

cas de résiliation anticipée, en raison de la perspective de gain si le contrat va jusqu'à son terme (...). »¹⁷ Toutefois, c'est négliger la circonstance que les marchés publics avec des enjeux économiques significatifs sont conclus avec des procédures formalisées. La passation des marchés publics est donc plus souvent une logique de contrat d'adhésion que de rencontre du consentement des parties avec des négociations.

2. Une exorbitance coûteuse

À supposer que l'opérateur économique accepte cette exorbitance, cette dernière ne sera pas sans coûts pour la personne publique. En effet, si les soumissionnaires peuvent prendre le risque de perdre de l'argent, ils peuvent aussi prévoir une prime de risque lors de la formulation des prix. C'est-à-dire que pour des contrats équivalents de fournitures ou de services, les personnes publiques paieront peut-être plus que des entreprises achetant la même chose au même moment auprès des mêmes opérateurs économiques. On pourra répliquer à cette observation que les soumissionnaires aux marchés publics prennent un risque financier moindre puisque l'État est réputé toujours solvable. La réalité est toutefois que les clients publics ont souvent une faible prévisibilité de leurs commandes et que les délais de paiement peuvent parfois être longs (le dépassement des délais légaux de paiement pouvant être camouflés par des rejets techniques de factures sur Chorus).

17. BJCP n°2011/77, p. 285

Une application rééquilibrée du droit des contrats administratifs est nécessaire

La pratique et la jurisprudence ont initié un commencement de rééquilibrage des relations contractuelles dans les marchés publics (1), cette tendance mériterait d'être approfondie par une plus grande utilisation des normes de droit privé par le juge administratif (2).

1. Un début de rééquilibrage des relations contractuelles dans les marchés publics

Le juge administratif a volontairement initié un mouvement de rééquilibrage des relations contractuelles au sein des marchés publics. Il a en effet permis que le cocontractant de l'administration dispose d'un pouvoir de résiliation dans l'hypothèse d'une méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles. Toutefois, cette possibilité est timide, car elle est doublement encadrée : d'abord, elle ne peut être introduite que lorsque l'objet du contrat ne porte pas sur l'exécution même du service public et l'administration peut s'opposer à la résiliation pour des motifs d'intérêt général. Il est intéressant de relever que cette solution a justement été rendue à propos d'un marché public de location de photocopieurs¹⁸. Pour résoudre cette question, les praticiens ont pu aussi passer par un subterfuge qui consiste à faire prévaloir les conditions générales de ventes des

18. CE 8 octobre 2014 Grencke Location, requête n°370644

opérateurs économiques sur le CCAP ou le CCTP mais cette solution peut trouver ses limites en cas de règle d'ordre public.

2. Un approfondissement du rééquilibrage des relations contractuelles dans les marchés publics

Disons-le clairement, nous ne pensons pas que l'approfondissement de ce rééquilibrage passe par une abrogation de la qualification législative des marchés publics. L'effet bénéfique de simplification de la répartition du contentieux est suffisamment significatif pour que la qualification législative soit conservée. Une piste pourrait être de clarifier l'opérance du code de la consommation dans les contrats administratifs. À ce jour, le Conseil d'État n'exclut pas par principe l'application du code de la consommation. En effet, pour écarter un moyen tiré de la non-conformité des marchés à l'interdiction des clauses abusives portées par l'article L. 212-I du code de la consommation, il juge que les personnes publiques acheteuses ne peuvent être regardées comme des non-professionnels ou des consommateurs¹⁹. Une solution inverse consisterait à considérer que lorsque l'administration agit comme un consommateur, c'est-à-dire lorsqu'elle agit à des fins qui n'entrent pas dans sa mission stricte de service public, elle ne peut déroger au droit commun. C'est-à-dire que lorsque l'administration conclut des marchés de fournitures ou de services similaires aux pratiques commerciales elle ne peut bénéficier des règles dérogatoires. Nous voyons deux avantages à cette évolution : en premier lieu, maintenir la compétence du juge administratif sans engendrer une application

19. CE 23 février 2005, ATMMP, requête n°264712

injustifiée des règles exorbitantes du droit administratif ; en deuxième lieu, protéger l'administration lorsqu'elle se retrouve dans un rapport économique ou technique défavorable comme un consommateur de droit commun.

L'achat public va-t-il sauver la planète ?

Jean-Christophe Caroulle

Chef du service « Stratégie, performance et programmation »
de la Direction de la commande publique mutualisée entre la
Ville et la Communauté Urbaine de Dunkerque et
administrateur de l'APASP

Il ne faut jamais perdre de vue qu'un achat public est un achat et donc, en premier lieu, la satisfaction d'un besoin dans les meilleures conditions techniques et financières. Pour autant, pendant longtemps, l'achat public était essentiellement un achat contraint par des procédures pour éviter la corruption ou le soupçon même d'une corruption. L'achat était masqué derrière l'*instrumentum* : le marché public.

Vint ensuite le discours qu'il fallait redonner à l'achat public sa place d'acte économique. Et pas le moindre, car, sans qu'on sache trop quelle est la méthode de calcul, on affirme que les marchés publics représentent environ 8 % du PIB (source : guide « *Les marchés publics au service de la relance économique des entreprises* » — Le Médiateur des entreprises - mars 2021) ou encore, au niveau européen, la somme de 2 163 milliards d'euros pour l'année 2018, soit 12,5 % du PIB communautaire (source :

« *Public Procurement Indicators 2018* », publié en 2021 par DG Grow de l'Union européenne¹).

Puis certains acteurs ont considéré que l'achat public pouvait être, voire devait être, un levier pour les politiques publiques². Là encore, le constat de la masse des achats publics incite à penser qu'ils peuvent infléchir l'offre des opérateurs économiques dans le sens voulu par des décideurs, en dehors du strict cadre de la satisfaction du besoin qui déclenche l'achat.

L'objectif n'est pas ici de refaire l'histoire de cette évolution mais bien de se projeter sur le potentiel d'une démarche volontaire d'achat responsable, notamment en matière de transition écologique, avec cette question reprise dans le titre de cet article : l'achat public va-t-il sauver la planète ?

Attardons-nous en préambule sur la notion de consomm'acteur. Ce mot-valise qui associe consommateur et acteur affiche l'idée que le consommateur n'accepte plus d'être passif et d'acheter ce qu'on lui propose sans réagir. Ainsi, il entend mettre en avant ses idées et les confronter à son acte d'achat. Il exprimera son opinion mais surtout fera ses choix de consommation en fonction de ses valeurs, allant parfois jusqu'à boycotter un produit, une marque, une entreprise qui ne lui semble pas agir dans le bon sens. Isolé, son impact sera relatif, essentiellement fondé sur le principe « je n'achète pas ce qui ne correspond pas à mes valeurs ». Mais le mouvement consumériste a démontré aussi la capacité des consommateurs à se regrouper, à clamer leur opinion et à

réclamer la transparence dans les conditions de production, de fabrication et de vente des produits.

L'acheteur public peut s'inscrire dans cette démarche. La symbolique le justifie : il agit pour l'intérêt général et représente aussi l'intérêt général. Dès lors il doit s'inscrire dans l'exigence d'exemplarité : à la fois « j'agis en conformité avec mes valeurs d'organisation publique » et « je confirme dans mes actes ce qui est d'intérêt général et je vous invite à me suivre ».

L'achat public, c'est une part importante de la demande intérieure. Bien sûr, elle est à relativiser car elle est fragmentée. On estime à plus de 130 000 le nombre d'acheteurs publics en France (Source : « *Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME* » — Sénat — Rapport d'information n° 82 (2015-2016) de M. Martial BOURQUIN, fait au nom de la MCI sur la commande publique, déposé le 14 octobre 2015). Mais, toutes proportions gardées, s'il y a des « petits » acheteurs, il y en a aussi des « gros ». Pour rester dans les chiffres, le nombre d'acheteurs soumis à l'obligation d'établir un SPASER en janvier 2023 est estimé à 300 (*i.e.* : acheteurs ayant un volume d'achat annuel d'au moins 50 millions d'euros hors taxes). Sachant qu'auparavant le nombre des « obligés SPASER » était estimé à 130 quand le seuil était à 100 millions d'euros d'achats annuels. Dès lors, ces 300 gros acheteurs représentent *a minima* (mais sans doute beaucoup plus) 21,5 milliards d'achats annuels³. On s'accordera qu'ils peuvent avoir un vrai impact mais qu'ils ont aussi une grande responsabilité.

1. <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/48156>

2. Cf. notamment : rapport du Conseil économique, social et environnemental « Commande publique responsable : un levier insuffisamment exploité », adopté le 27 mars 2018

3. $130 \times 100\,000\,000 + (300 - 130) \times 50\,000\,000$

Encore faut-il que ces acheteurs publics agissent. Qu'ils le veulent et qu'ils le puissent... Quels peuvent donc être les freins et les moteurs pour s'engager dans l'achat responsable ?

L'acheteur public est prescripteur. Le marché public est en partie un contrat d'adhésion dès lors que les candidats doivent respecter les règles posées par l'acheteur public pour pouvoir accéder au contrat. Un écart et la sanction est là : offre irrégulière donc offre éliminée. L'acheteur public verrouille une partie significative du cadre d'achat. Il peut faire preuve de souplesse en acceptant notamment les variantes et en ouvrant certains sujets au champ de l'offre des candidats mais il peut également imposer et des prescriptions techniques et des conditions d'exécution de la prestation.

L'acheteur public est un acteur public qui agit au vu et au su de tous. Il affichera clairement sa position et n'hésitera à communiquer dessus. Rappelons au passage la dualité du terme « acheteur public ». C'est à la fois l'institution mais aussi une ressource humaine au sein de cette institution. Et cette ressource humaine est soumise à la commande politique qui vient « d'en haut ». La commande politique est passée à la « commande publique » pour la mettre en œuvre avec plus ou moins de bonheur quand la commande « d'en haut » se révèle proche de la quadrature du cercle (acheter mieux et moins cher, en s'affranchissant parfois de certaines contraintes).

L'acheteur public agit dans la transparence. Si l'affirmation fait sourire, rappelons que les dossiers de consultation de la plupart des procédures d'achat sont librement téléchargeables et que le dossier de procédure est communicable (sous réserve du

secret en matière industrielle et commerciale)⁴. Par ailleurs, les logiques d'*open data* se développent permettant d'accéder à de la donnée de manière massive (qui achète quoi auprès de qui). Ainsi l'acheteur public doit être vertueux mais il a aussi ses contraintes.

La contrainte budgétaire en premier. Elle s'accroît notamment pour les collectivités territoriales dont les marges de manœuvre financières se réduisent. Cela peut amener la tentation de réduire les coûts et de minimiser les exigences en termes de développement durable. Ajoutons à cela que la vision du coût global reste peu ancrée dans les pratiques. Cela résulte en premier lieu d'un manque d'outils éprouvés, c'est-à-dire faciles d'emploi et non contestables.

Dans les autres contraintes, la force de l'habitude, particulièrement chez les prescripteurs techniques parfois peu enclins à sortir de leur zone de confort. Priorité aux solutions éprouvées mises en œuvre par les entreprises connues. La culture du risque est plutôt faible.

Ceci explique que certains acheteurs sont frileux sur l'innovation mais aussi sur l'ouverture aux variantes. Il peut y avoir en explications sous-jacentes un manque de connaissances techniques alors qu'il s'agira d'aborder de nouvelles approches. On peut aussi évoquer la malheureuse pratique de travailler dans l'urgence, ce qui réduit en amont les envies et possibilités d'explorer de nouveaux sujets (veille technologique, *sourcing* et paragonnage poussés...) et en aval propulse l'idée qu'on risque de

4. Voir à ce sujet la page dédiée aux marchés publics sur le site de la Commission d'accès aux documents administratifs : <https://www.cada.fr/administration/marches-publics>

déraper dans le calendrier s'il faut tâtonner au démarrage de la prestation et peut-être devoir faire machine arrière. L'urgence est l'ennemie de la prise de risques.

Frein ou moteur, d'aucuns diront que la recherche de solutions en matière de transition écologique peut permettre à des TPE-PME innovantes et agiles de tirer leurs épingles du jeu. Malheureusement, il est aussi vrai que ces entreprises ont parfois du mal à « vendre » une offre performante quand les grands groupes viendront « faire leur *show* » avec un vrai risque de *greenwashing*.

Ce sera d'ailleurs un sujet d'attention pour les acheteurs : démêler le vrai du faux. Ce qui n'est pas évident quand on évalue une offre sur dossier (vive la négociation et les échanges directs entre acheteurs et candidats) ou qu'on peut être sur un sujet technique mal maîtrisé en interne...

On comprend au vu de ces développements que l'acheteur doit être bien armé et doit disposer d'une commande claire des décideurs pour agir. Pour aplanir le terrain et forcer la main, rien de tel qu'une réglementation qui oblige à agir. Mais celle-ci pourra être assimilée à de l'écologie punitive. Alors, comment avancer ? Deux logiques peuvent être identifiées pour faire bouger les lignes sans soulever une opposition marquée : jouer sur l'idée d'exemplarité plus que celle d'obligation (1) et enclencher une transformation de l'offre et de la demande par la commande publique (2).

Commençons par aborder cette 2^e logique. C'est celle qu'on retrouve dans la loi AGECE pour développer le réemploi et la réutilisation. L'article 58 de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire

(dite loi AGECE) impose aux services de l'État et aux collectivités territoriales qu'une part de leurs produits achetés soit issue du réemploi ou de la réutilisation, ou encore intègre des matières recyclées.

Cette obligation pèse donc sur l'acheteur et précisément l'acheteur public⁵, soit une part significative de la demande (ou la commande) publique. Mais, dès lors qu'un achat implique la rencontre d'une offre et d'une demande, elle rejaillit nécessairement sur l'offre. Ainsi la commande publique est censée amorcer la pompe et initier d'abord une adaptation de l'offre (pour ne pas se priver des marchés publics) puis idéalement une généralisation de l'offre auprès des clients tant publics que privés... et la boucle est bouclée.

Nous en revenons à l'idée que le secteur public doit être exemplaire. Mais comment définir l'exemplarité ? Elle implique que l'acheteur public doit être cohérent avec le discours qu'il porte et/ou les attentes citoyennes. Il doit à la fois bannir les mauvaises pratiques mais aussi aller plus loin que les pratiques courantes. L'acheteur public doit repousser les lignes comme on l'attend d'un acteur public : « je fais ce que je dis ».

Mais on peut trouver aussi un deuxième sens à l'exemplarité. Montrer l'exemple, c'est aussi communiquer sur ce qui est fait pour sensibiliser et former les autres acteurs (privés et publics, professionnels et particuliers) : « je dis ce que je fais ». Les « gros » acheteurs publics ont une ingénierie en termes d'achat

5. Pas tous les acheteurs publics puisque cela ne concerne que l'État et les collectivités territoriales. Cela exclut notamment les hôpitaux publics, établissements publics de l'État, bailleurs sociaux, etc...

public responsable. Ils doivent partager leur savoir-faire, les outils et les méthodes qu'ils ont pu concevoir, améliorer ou simplement mettre en pratique.

La logique de réseaux professionnels doit être développée dans la sphère de l'achat public et les acheteurs curieux ou en manque de compétences ou d'expériences doivent pouvoir y trouver un appui. Les outils développés par des acheteurs publics doivent devenir des « communs »⁶.

Pour être complet et « honnête », je me dois d'apporter un éclairage sur une vision opposée à celle que j'ai développée (l'achat public responsable est une locomotive pour le développement durable).

Dans une note du Conseil d'analyse économique, « Renforcer l'efficacité de la commande publique » (22 avril 2015), Stéphane Saussier et Jean Tirole considèrent que « passer par la commande publique pour atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation est inefficace pour plusieurs raisons ». Pour ces auteurs, « une politique corrigeant une défaillance du marché doit être uniforme et globale pour être efficace ». Ils soulignent le risque qu'une entreprise peu vertueuse et/ou peu compétitive sur les exigences sociales et environnementales désertera les marchés des donneurs d'ordre exigeants pour se reporter vers d'autres marchés.

Ainsi le « vilain petit canard » risque de s'enfermer dans ses pratiques peu vertueuses avec, en corollaire, une recherche du

6. « Ce qui appartient à tous, ce que nul ne peut s'attribuer au détriment d'autrui » comme le souligne l'article de Wikipedia sur les communs : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Communs>

prix le plus bas qui séduira certains acheteurs (une vraie spirale infernale). On crée ainsi un antagonisme avec possiblement une fuite en avant de ceux qui n'arrivent pas à améliorer leur offre. Le bon élève reste sur la première marche (attributaire du marché public responsable), le mauvais élève est mis au ban de la commande publique vertueuse. Il cherchera d'autres clients moins regardants.

La logique du bannissement, associée éventuellement à celle du « *name and shame* » (désigner et couvrir de honte, c'est-à-dire mettre au pilori) n'est pas nécessairement une solution qui tire vers le haut. L'acheteur public doit accompagner les entreprises. Il sensibilisera les opérateurs économiques dans les contacts qu'il peut avoir avec eux et notamment lors du sourcing mais surtout, le processus de sélection des fournisseurs ne doit pas être une barrière infranchissable pour ceux qui doivent progresser. Il faut sortir d'une vision binaire « bien/pas bien » et mesurer aussi l'impact des considérations sociales et environnementales retenues par l'acheteur (prescriptions techniques, conditions d'exécution, critères).

La logique d'accompagnement et de progression pourra notamment s'exprimer par la mise en place de plans de progrès. Cet outil est vertueux et il faut sans aucun doute en développer l'usage. Il interroge cependant sur la relation avec son fournisseur car il crée une relation privilégiée qui peut nuire aux concurrents. Un seul opérateur en bénéficie, celui en place. Pour les besoins récurrents, c'est une sacrée prime au sortant !

Ainsi, l'acheteur public peut aider à sauver la planète mais il doit pour cela mobiliser des ressources et des compétences et surtout

développer une vision large de ses responsabilités et des conséquences de ses actes.

À propos de l'auteur

Jean-Christophe Carouille est cadre de la fonction publique territoriale. Il est le chef du service « Stratégie, performance et programmation » de la Direction de la commande publique mutualisée entre la Ville et la Communauté Urbaine de Dunkerque. Son service a en charge l'animation de la politique achat des deux collectivités, la réalisation d'études globales et sectorielles sur l'achat (cartographie...), la veille et le conseil juridique sur la commande publique ainsi que la programmation des achats.

Juriste de formation (bac+5 en droit, diplômé des universités Panthéon-Assas et Panthéon-Sorbonne), il a déroulé toute sa carrière dans les marchés publics. L'achat responsable est fortement ancré dans sa pratique et il aime à partager sa vision dans plusieurs réseaux professionnels et lors d'interventions dans des formations et colloques.

Achat et corruption : l'achat corrompt, l'achat public corrompt absolument ?

Jean-Pierre Bueb

Expert international prévention et lutte contre la corruption et administrateur de l'APASP

J'ai souvent entendu dire : « l'achat corrompt, l'achat public corrompt absolument ». Cette affirmation me déplaît profondément, tout d'abord parce qu'elle est généralement utilisée pour déconsidérer les acheteurs, notamment publics, et les responsables politiques. Ensuite, parce que jamais personne n'apporte la moindre preuve susceptible de valider cette affirmation qui pose de nombreuses questions. Comment un achat peut-il corrompre ? Pourquoi l'achat public serait-il plus corrompu que l'achat privé ? A-t-on des statistiques pour le prouver ? Pourquoi continue-t-on de répéter cette sorte de maxime ? Peut-on limiter les risques dans les transactions ?

L'achat peut-il corrompre ?

La corruption est un pacte secret entre deux personnes. Aucune action, quelle qu'elle soit, ne peut corrompre. C'est la volonté

personnelle de deux individus qui conduit à la corruption. Il y a d'un côté le corrupteur qui fait une offre et de l'autre le corrompu qui est toujours libre de l'accepter ou de la refuser. On imagine souvent que dans un acte d'achat le corrupteur est celui qui possède le produit et que le corrompu est celui qui l'achète : « si vous achetez mon produit, vous aurez un cadeau ! ». Mais cela n'est vrai que dans un cas sur deux. Dans l'autre moitié des cas de corruption, c'est l'acheteur qui est à l'origine du pacte de corruption : « J'achèterai votre produit si vous me faites un cadeau ! ». On voit donc bien que ce n'est pas l'acte d'achat qui corrompt mais la proposition de l'un des deux partenaires et son acceptation par l'autre qui est à l'origine du pacte de corruption. Notons d'ailleurs que celui à qui on fait une proposition est toujours libre de l'accepter ou pas et qu'il est, moralement, plus responsable que celui qui propose. La corruption est donc bien une sorte de contrat secret entre deux personnes physiques (même si elles représentent des personnes morales). Ainsi, il est fondamentalement inexact de dire que « l'achat corrompt ».

Achat public ou achat privé : quel est le plus « corrompu » ?

L'affirmation initiale tendrait à faire croire que la corruption est plus fréquente quand il s'agit d'achat public que d'achat privé. Or, il n'existe aucune statistique qui pourrait prouver cette assertion. La corruption est, comme on vient de le dire, un pacte secret entre deux personnes et aucun des deux participants n'a intérêt à divulguer l'existence de ce pacte. Toutes les pseudos statistiques existantes ne sont donc fondées que sur des données aléatoires

ou de perception. Certes dira-t-on, il y a les condamnations par la justice. Celles-ci amènent deux commentaires. Constaté que le nombre de condamnations augmente ne veut pas obligatoirement dire que la corruption augmente mais peut surtout (ou aussi) signifier que la détection des cas de corruption par les services compétents est plus efficace. Quant à savoir s'il y a plus de corruption dans le secteur public que dans le secteur privé, personne n'en sait rien et si les condamnations d'acteurs publics sont plus nombreuses, cela peut simplement vouloir dire que les secrets sont mieux gardés dans le secteur privé.

Pourquoi répète-t-on cette pseudo maxime ?

Il est certain que le plus grand nombre de condamnations pour corruption prononcées par les tribunaux concerne les achats publics. La raison en est qu'il s'agit d'argent public et que les citoyens (élus ou non) portent une plus grande attention aux dépenses effectuées en leur nom et vérifient, chaque fois qu'ils le peuvent, si leur argent est bien utilisé. Ils savent que les tentations des acheteurs publics sont nombreuses : les élus (qui sont les principaux responsables des achats publics) ont des besoins importants notamment pour se faire réélire mais aussi pour leur propre image et leur « standing », les fonctionnaires utilisent parfois leurs pouvoirs pour se faire accorder des « gratifications ». Dans les entreprises privées, outre des contrôles, sans doute plus efficaces et plus nombreux, les acheteurs doivent d'abord penser à leur entreprise faute de quoi, en cas d'achat inapproprié ou trop onéreux, ils perdent leur emploi. Cette menace réduit

drastiquement l'avantage lié aux tentations ou aux sollicitations dont ils sont les objets. Par contre, les responsables ne sont pas concernés par cette menace et peuvent donc, eux aussi, profiter des « cadeaux que l'on veut (ou que l'on doit) leur faire ». Dans le secteur public, l'acheteur se doit d'abord d'obéir à son supérieur, même s'il sait que son achat ne correspond pas au produit économiquement le plus avantageux pour la collectivité. S'il ne le fait pas, il sera éventuellement « muté » (ou promu) à un autre poste mais il ne perdra pas son emploi (c'est là toute la différence avec le secteur privé !)

Toutefois, affirmer que l'achat public conduit à un plus grand nombre de cas de corruption que l'achat privé ne me semble pas prouvé.

Peut-on réduire les risques ?

La question qui vient alors est : peut-on réduire les risques ? Que faire pour que les acheteurs, publics ou privés, utilisent leurs fonctions pour servir l'organisme auquel ils appartiennent plutôt que pour se servir. La réponse est liée au comportement individuel (les Anglo-saxons utilisent le terme « ethics ») de chacun des maillons de la chaîne d'achat. Mettre en place un pacte de corruption conduit systématiquement à privilégier un intérêt personnel aux dépens de l'intérêt général de la collectivité ou de l'entreprise. Mais il est toujours très difficile de prouver la culpabilité d'un corrompu ou d'un corrupteur. Seule une ou des erreurs dans les moyens utilisés pour camoufler sa turpitude ou la dénonciation par un concurrent évincé permettent le plus souvent d'y parvenir. Mettre en place des « codes de

conduite » permet de rappeler et de faire appliquer la déontologie. Renforcer les contrôles, notamment le contrôle externe est un autre moyen de limiter les risques. Pour ce qui concerne les achats publics, donner aux citoyens plus de moyens pour contrôler les dépenses faites en leur nom est une autre facette du contrôle externe. Enfin et surtout, mettre à la première place l'intégrité est indispensable. La corruption c'est un comportement moral dévoyé. Et dans ce cas il convient que la responsabilité des dirigeants fasse l'objet de sanctions sévères. Le dirigeant est, en effet, toujours responsable : soit il participe au pacte, soit il n'a pas assez contrôlé ses collaborateurs.

Que dire en conclusion ?

Bien que l'affirmation initiale ne soit pas fondée, tout doit être fait pour réduire les risques de corruption et de fraude car chaque fois qu'il y a fraude il y a possibilité de corruption. Des procédures strictes, des contrôles spécifiques, des codes de conduite et des règles déontologiques ont été élaborées mais ils ne règlent pas tout mais surtout, il ne faut pas modifier constamment les règles (comme on a souvent tendance à le faire pour les marchés publics).

De ce fait, pour limiter les risques, il convient de s'intéresser, par priorité, aux individus. C'est le comportement des individus qui conditionne leur responsabilité : mieux former les personnels intervenants dans le processus, insister sur la probité dont on ne parle pas toujours suffisamment, aussi bien dans les établissements publics que dans les entreprises privées, et prendre des mesures pour les vérifier régulièrement.

Il est tout aussi important que les citoyens (achat public) ou les clients (achat privé) soient sensibilisés aux risques de fraude et de corruption. Les informer de ce problème, leur faire prendre conscience qu'ils sont les seules victimes de la corruption et leur donner des informations claires et pertinentes et des moyens de contrôle efficaces (ce qui n'est pratiquement jamais fait) s'avère donc indispensable.

L'efficacité du contentieux administratif contractuel

Régis Froger

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Andréa Londoño López

Avocate aux barreaux de Paris et de New York

« L'État de droit n'est finalement que la dose juridique que la société peut supporter sans étouffer ». La formule du doyen Vedel¹ reflète sans doute l'histoire du contentieux administratif contractuel, fruit de la recherche du juste équilibre entre préservation de la légalité, qui exige de ne pas laisser perdurer des contrats entachés d'irrégularité, et préservation de l'intérêt général comme de la sécurité juridique, qui peuvent mal s'accommoder d'une disparition trop hâtive ou excessive des contrats administratifs.

Sous ce prisme, l'efficacité du contentieux contractuel administratif ne peut s'entendre de la seule possibilité pour un requérant

1. Issue des actes du colloque « *L'État de droit au quotidien* », 1993, p.65, cité dans la préface de la thèse de J.-F. Lafaix, « Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration », 2009, et mise en exergue par O. Mamoudy, « Le contentieux contractuel : à propos d'un séminaire sur l'arrêt *Tropic* », *RFDA* 2020, p. 947.

d'obtenir l'annulation d'un contrat, parce qu'il est irrégulier ou procède d'une procédure de passation irrégulière. Interroger l'efficacité du contentieux du contrat administratif, c'est interroger le rapport entre la sanction des irrégularités, la préservation des droits des justiciables, et la préservation du contrat pour les considérations de sécurité juridique et d'intérêt général.

La recherche pragmatique de cet équilibre — au regard du droit national et sous l'influence du droit de l'Union européenne qui irradie les règles contentieuses de la commande publique — a été la principale force motrice de l'évolution de la jurisprudence administrative, qui a connu des mouvements de flux et reflux quant à l'ouverture des recours (I) et à l'évolution des pouvoirs du juge (II), au prix de refontes importantes de l'édifice théorique.

I. L'accès au juge du contrat administratif

Pendant longtemps, le contentieux du contrat administratif a été presque exclusivement la chose des parties au contrat. Sous l'influence notamment du droit de la commande publique, imposant d'ouvrir des recours contractuels aux concurrents évincés de l'attribution d'un marché public ou d'une concession, la faculté a été offerte aux tiers de saisir le juge du contrat lui-même (A). Le bouleversement du paradigme qui en est résulté s'est traduit par la redéfinition de l'office du juge (B).

A. La tumultueuse ouverture des recours

Le contrat relève, comme acte de gestion, du contentieux de pleine juridiction, et le contentieux contractuel des contentieux subjectifs². L'affermissement, dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, de la classification des contentieux administratifs, a initialement conduit le juge du recours en excès de pouvoir à « *chasser le contrat de son prétoire* », privant par là même les tiers de toute possibilité de les contester³. Cette éviction de « *portée singulièrement restrictive des droits du citoyen* », pouvant « *dans certains cas, aboutir à de véritables dénis de justice* »⁴, la dichotomie fut amendée, dans un premier temps, par l'ouverture aux parties, puis aux tiers, des recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat, telles l'autorisation ou la décision de le signer⁵. L'innovation née de la jurisprudence *Martin* est toutefois restée « *platonique* »⁶, tant pour le contrat lui-même, puisque l'annulation de l'acte détachable restait sans effet, que pour la classification des contentieux, pendant près d'un siècle. L'annulation du contrat ne pouvait être obtenue⁷ que par les parties dans le cadre du plein contentieux puis, après

2. J. Bousquet, « L'effet relatif des contrats administratifs. À propos de décisions récentes », *RFDA* 2020, p.443.

3. En ce sens, concl. D. Casas sur CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Signalisation Travaux*, n°291.545, Rec. p. 360.

4. Concl. J. Romieu sur CE, 4 août 1905, *Martin*, Rec. p.749.

5. CE, 4 août 1905, *Martin*, n°14220, Rec. p.768.

6. Concl. J. Romieu, préc.

7. Au-delà du cas particulier des clauses réglementaires et des contrats de recrutement des agents publics pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, s'agissant en réalité d'actes unilatéraux.

les lois de décentralisation de 1982⁸, par le préfet dans le cadre de l'excès de pouvoir⁹. Seule la reconnaissance législative au juge administratif d'un pouvoir d'astreinte et d'injonction a, dans un deuxième temps, permis d'entrevoir la possibilité d'obtenir indirectement l'annulation du contrat contesté¹⁰, le juge de l'acte détachable ayant reconnu la possibilité d'enjoindre à l'administration de tirer les conséquences de l'irrégularité constatée, ou de saisir le juge du contrat pour envisager la résiliation, voire l'annulation, du contrat lui-même. Le parcours pouvait s'avérer dissuasif, mais l'innovation était déjà un bouleversement de l'équilibre jusqu'alors préservé. Selon les mots du commissaire du gouvernement Didier Casas, si l'« *épée* [de Damoclès] *était de bois — et d'un bois fort tendre... — au temps de Romieu, quand l'annulation de l'acte détachable pouvait demeurer sans effet sur le contrat, ce n'est plus le cas* »¹¹. Eu égard à ses caractéristiques propres — un intérêt à agir apprécié largement et la vulnérabilité illimitée dans le temps de actes détachables du contrat, spécialement des décisions de signer non publiées — le recours pour excès de pouvoir, qui ménageait jusque-là contrat et édifice théorique, faisait désormais peser une menace importante sur la sécurité juridique.

8. Loi n°82-213 du 2 mars 1982, complétée par la loi n°82-623 du 22 juillet 1982.

9. CE, 2 novembre 1988, *Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff*, n°64964, Rec. T 659.

10. CE, 7 octobre 1994, *Époux Lopez*, n°124.244, Rec. p.430, concl. R. Schwartz.

11. Concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, *Tropic Travaux Signalisation*, préc.

Un changement de paradigme s'imposait donc. D'autant que la perspective de l'adoption de la directive « *Recours* »¹² et de l'exigence, par le droit communautaire, de mettre un terme aux contrats conclus en violation des règles de publicité et de mise en concurrence¹³, faisait craindre une accentuation du déséquilibre. L'innovation est venue par la commande publique. Avec la décision *Société Tropic Travaux Signalisation*¹⁴, les concurrents évincés d'une procédure de passation se sont vus ouvrir un accès direct au juge du contrat. La décision *Département du Tarn-et-Garonne*¹⁵ lui a emboité le pas, marquant l'abandon généralisé de la dichotomie entre excès de pouvoir contre les actes détachables pour les tiers et plein contentieux pour les parties aux contrats. Pour tous les contrats administratifs conclus depuis le 4 avril 2014, l'accès au juge du contrat est ouvert à tous les tiers — qui avec la décision *SMPAT*¹⁶ se sont également vu reconnaître la possibilité de solliciter directement la résiliation des contrats irréguliers. Cette révolution dans le prétoire a commandé, dans le même temps, un aménagement des règles contentieuses propres au juge du contrat, à travers la redéfinition de l'intérêt pour agir dont les tiers doivent justifier. Cet intérêt pour agir s'est subjectivisé par rapport au recours pour excès de

12. Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

13. CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c/ Allemagne*, n°C-503/04.

14. CE Ass., 16 juillet 2007, *Tropic Travaux Signalisation*, préc.

15. CE Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n°358.994, Rec. p.70 ; BJC 2014, p. 204, concl. B. Dacosta.

16. CE, Sect., 30 juin 2017, *Synd. mixte de promotion de l'activité Transmanche*, n°398.445, Rec.p.209 ; BJC 2017 p. 395, concl. G. Pellissier.

pouvoir jusque-là ouvert. Mais cette redéfinition s'est dépar-
tie de l'exigence orthodoxe, dans le contentieux subjectif et suggé-
rée par le commissaire du gouvernement Didier Casas¹⁷, d'un
« droit lésé ». « *Les particularités du droit des contrats justif[ant]
que l'on s'abstraie de catégories juridiques trop rigides* »¹⁸, la rece-
vabilité du recours contractuel est admise si le requérant justifie
d'un « intérêt lésé » de façon suffisamment directe et certaine
par la passation du contrat¹⁹ ou par ses clauses, qu'il s'agisse du
recours en contestation de la validité du contrat²⁰ ou de la déci-
sion refusant de faire droit à la demande de mettre fin à l'exécu-
tion du contrat. La rupture de paradigme a réussi son office : le
recours contre le contrat, s'il est ouvert aux tiers, est désormais
enfermé dans des délais connus²¹, tandis que certains tiers qui
auraient pu être recevables à contester des actes détachables de
l'exécution du contrat administratif, pourraient ne plus l'être
dans le cadre du nouveau régime du plein contentieux²².

Le mouvement de balancier amorcé — le prétoire passant de l'acte
détachable contesté dans un cadre objectif, à l'acte contractuel

contesté dans un contentieux subjectif adapté — la recherche
du juste équilibre a conduit, par ailleurs, à redéfinir les moyens
invocables au soutien du recours.

B. La restriction organisée des moyens

Ce deuxième mouvement s'est effectué de front dans le conten-
tieux précontractuel et contractuel, concernant tant les moyens
invoqués par les parties que par les concurrents évincés ou tiers
au contrat — selon des justifications croisées. Dans le référé
précontractuel, le Conseil d'État exige désormais, au nom de la
sécurité juridique et du texte — inchangé — de l'article L.551-1
du code de justice administrative, que les manquements invo-
qués par le concurrent malheureux, « *eu égard à leur portée et au
stade de la procédure auquel ils se rapportent, [soient] susceptibles
de l'avoir lésé ou risquent de [le] léser, fût-ce de façon indirecte, en
avantageant une entreprise concurrente* »²³. Ce resserrement a pu
se fonder sur deux justifications. Bien sûr, la préoccupation de
ne plus annuler des procédures de passation, souvent longues et
complexes, pour des vices véniels, insusceptibles d'avoir exercé
une influence sur l'éviction du requérant. Mais aussi l'idée, sug-
gérée par le président Bertrand Dacosta dans ses conclusions
sur la décision *Smirgeomes*, que le juge du référé précontractuel
n'était plus le seul juge susceptible d'assurer le contrôle de léga-
lité des contrats, à raison de l'ouverture du recours contractuel
au bénéfice des concurrents évincés²⁴. C'est à ces mêmes consi-

17. Concl. précitées.

18. Concl. B. Dacosta sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département du tarn-et-Garonne*, préc.

19. CE, Sect., 3 octobre 2008, *Synd. mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe (Smirgeomes)*, n°305.420, Rec. p.324, concl. B. Dacosta.

20. CE Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, préc.

21. Puisque la même décision qui ouvre le recours contractuel aux tiers, dans un délai de deux mois à compter des formalités de publicité adéquate, ferme la voie du recours en excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat (CE Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, préc.).

22. En ce sens v. O. Mamoudy, *loc. cit.*, citant CE, Sect., 24 avril 1964, *SA LIC*, n°53518, Rec. p.239.

23. CE, Sect., 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, préc.

24. Concl. B. Dacosta sur CE Sect., 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, préc.

dérations qu'a répondu la contraction des moyens utilement invocables dans le contentieux entre cocontractants. Si auparavant « *il était logique que le juge du plein contentieux contractuel [entre les parties] se sentît aussi des devoirs de juge de la légalité, puisque ce juge n'existait pas véritablement pour le contrat* »²⁵, l'efficacité du contentieux contractuel et précontractuel ne l'exige plus. L'ouverture du contentieux contractuel aux tiers et le développement des référés précontractuel et contractuel permettent d'assurer de façon satisfaisante la régularité du contrat, des conditions de sa passation par l'administration, et du choix du cocontractant. De sorte que, le contrôle de légalité étant assuré dans ces autres contentieux, dans les litiges entre cocontractants la sécurité juridique a pu prendre de l'ampleur. Les parties au contrat ont ainsi vu leur action strictement encadrée par l'exigence de loyauté contractuelle. Loyauté qui fait obstacle à ce qu'elles se prévalent des irrégularités dont elles sont l'auteur ; loyauté qui limite les moyens invocables au caractère illicite du contenu du contrat ou à aux vices d'une particulière gravité, spécialement s'agissant des conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement²⁶. Le recours contractuel ouvert aux tiers, enfin, n'a pas échappé à ce mouvement de resserrement des moyens invocables. Si le Conseil d'État a initialement considéré²⁷ qu'« *il ne résulte d'aucun texte ni principe que le caractère opérant des moyens ainsi soulevés soit subordonnés*

25. Concl. E. Glaser sur CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n°304.802, Rec. p.509, dite « *Béziers I* » ; BJC 2010, p. 138.

26. CE Ass., 28 décembre 2009, *Béziers I*, préc.

27. A propos du recours du concurrent évincé ouvert par la décision *Tropic Signalisation Travaux*.

à la circonstance que les vices auxquels ces moyens se rapportent aient été susceptibles de léser le requérant »²⁸, une distinction a été rapidement opérée entre deux catégories de requérants. Subsiste une catégorie limitée de requérants « *privilegiés* » — le préfet et les élus locaux — qui peuvent continuer à invoquer tout moyen. Pour les autres tiers, ne sont opérants que les moyens invoquant des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé qui justifie l'action, d'une part, et les vices d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office, d'autre part. Les règles du contentieux contractuel se sont ainsi construites en référence et en parallèle à celles du contentieux précontractuel, sans se confondre — le pragmatisme et le souci d'efficacité-efficience présidant à l'évolution de la jurisprudence.

Le principe restrictif énoncé, sa mise en œuvre s'avère délicate, et c'est dans les détails que se niche l'efficacité propre au contentieux contractuel. La difficulté réside d'abord dans la définition de ce que recouvrent les vices d'ordre public qui peuvent être relevés en tout état de cause. À titre d'exemple, mentionné parce qu'il ne s'imposait pas d'évidence, il est jugé que les moyens tirés de la méconnaissance du droit de l'Union européenne ne peuvent être regardés, en soit, comme des vices d'une particulière gravité, de sorte qu'ils ne sont pas invocables s'ils ne sont pas en rapport direct avec l'intérêt lésé dont se prévaut le tiers requérant²⁹. La difficulté réside, ensuite, dans la détermination des irrégularités

28. CE Avis, 11 avril 2012, *société Gouelle*, n° 355446, Rec. p.148, citant par contraste la décision CE Sect., 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, préc.

29. CE, 24 juillet 2019, *Assoc. Libre Horizon*, n°421.139, aux T.

qui peuvent être regardées comme en lien avec l'intérêt lésé du requérant. Un exemple, propre à la commande publique, illustre les tensions qui traversent la jurisprudence administrative. En référé précontractuel, le Conseil d'État avait déduit de l'exigence de la lésion d'un intérêt qu'un candidat qui ne pouvait se voir attribuer le contrat, parce que sa candidature devait être écartée ou son offre devait être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable³⁰, ne pouvait pas être regardé comme lésé par le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu, l'irrégularité de ce choix n'étant pas la cause de son éviction³¹. Avec l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne³², le Conseil d'État a amendé cette position, pour considérer que celui dont l'offre était irrégulière peut contester l'attribution du contrat à celui dont l'offre est également entachée d'irrégularité, par exemple pour être anormalement basse³³. Pour autant, à ce jour, le Conseil d'État refuse de transposer cette évolution au recours en contestation de la validité du contrat. « *L'objet, le champ d'application, et l'effet* » du référé précontractuel, qui vise à permettre de relancer

30. Étant précisé qu'il est indifférent que l'administration ait évincé le concurrent pour un autre motif, l'irrégularité de la candidature ou de l'offre du requérant pouvait être invoquée pour la première fois devant le juge (CE, 2 octobre 2013, *Département du Lot-et-Garonne*, n°368900, aux T.).

31. CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 newline du Lloyd's de Londres*, n°354.652, aux T.

32. D'abord CJUE, 4 juillet 2013, *Fastweb*, n°C-100/12 §33 et CJUE, Gde Ch, 5 avril 2016, *PFE*, n°C-689/13 §24-30, dans l'hypothèse d'une même irrégularité touchant tant l'offre de l'adjudicateur que celle du soumissionnaire contestant la décision d'attribution, puis CJUE, 24 mars 2021, *NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE et autres*, n°C-771/19, jugeant que « le soumissionnaire évincé est en droit de soulever tout moyen contre la décision d'admission d'un autre soumissionnaire, y compris ceux qui ne présentent pas de lien avec les irrégularités en raison desquelles son offre a été exclue » (§41).

33. CE, 27 mai 2020, *Société Clean Building*, n°435.982, aux T.

une nouvelle procédure immédiatement avant la signature du contrat, et celui du recours en contestation de validité du contrat, où la stabilité d'un contrat déjà signé se pose, ne sont pas identiques³⁴. Pour ce motif, le Conseil d'État considère que dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat, celui dont l'offre était irrégulière ne peut pas utilement critiquer l'appréciation de l'offre de l'attributaire³⁵ — solution retenue d'autant plus aisément que le contentieux contractuel ne relève pas du champ de la directive du 11 décembre 2007³⁶.

Cet équilibre qui se dégage quant à la nature et à l'objet des moyens qui peuvent utilement être invoqués dessine également l'étendue des pouvoirs du juge.

II. Les pouvoirs du juge du contrat

Constante depuis la décision *Martin*, l'absence d'automaticité entre irrégularité et nullité du contrat a été affirmée avec l'ouverture du prétoire du juge du contrat aux parties et aux tiers (A). Cette ouverture laisse toutefois émerger des questions sur lesquelles l'étendue des pouvoirs du juge reste à affiner (B).

34. Concl. G. Pellissier sur CE, 9 novembre 2018, *société Cerba*, n°420654 et 420663, Rec. p. 607 ; BJC 2019, p. 57.

35. D'abord CE, 9 novembre 2018, *Société Cerba*, préc. ; puis CE, 10 octobre 2022, *Société Action Développement Loisir*, n°455.691, aux T.

36. Concl. G. Pellissier sur CE, 9 novembre 2018, *Société Cerba*, préc.

A. Un équilibre assuré

La plasticité des pouvoirs du juge du contrat n'est pas nouvelle. Dans le cadre de la jurisprudence *Martin*, il appartenait déjà au juge, au titre de ses pouvoirs d'injonction, de définir les conséquences à tirer de l'annulation de l'acte détachable, en fonction tout à la fois de la gravité du vice et des motifs d'intérêt général susceptibles de s'opposer à une résiliation ou une résolution³⁷. Cette modulation des pouvoirs du juge administratif est aujourd'hui reprise et amplifiée dans le cadre du contentieux contractuel de pleine juridiction. Que ce soit dans un litige entre les parties au contrat³⁸, ou dans un litige noué à l'initiative d'un tiers au contrat³⁹, la nullité est l'ultime sanction. Trois grandes séries de paramètres sont appréhendées. D'abord, la nature et la gravité du vice. La nullité ne peut être obtenue qu'en cas de vice d'une particulière gravité, que sont notamment les vices du consentement, l'illicéité de l'objet du contrat⁴⁰ ou la méconnaissance de règles d'ordre public. Ensuite, l'intérêt général, qui peut toujours s'opposer à une mesure d'annulation. Enfin, les effets dans le temps de la mesure envisagée : le juge a la possibilité de moduler dans le temps les effets des annulations prononcées⁴¹. Le

37. CE, 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*, n°248.950, Rec. p.501.

38. CE Ass., 28 décembre 2009, *Béziers I*, préc.

39. CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, préc.

40. Le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement (CE, 9 novembre 2018, *Société Cerba*, préc.).

41. CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n°255.886, Rec. p. 197, concl. C. Devys.

juge doit apprécier « l'importance et les conséquences »⁴² de l'irrégularité invoquée afin de prononcer la mesure la plus adaptée : poursuite de l'exécution avec ou sans régularisation, modification de certaines clauses, résiliation, annulation totale ou partielle, avec effet différé ou non, et indemnisation. Il est permis de penser que le juge raisonne de manière globale, avec un système de vases communicants : plus l'irrégularité est grave, plus il faudra que le motif d'intérêt général invoqué pour maintenir le contrat soit impérieux, et réciproquement.

La modulation des sanctions doit servir l'efficacité du contentieux contractuel — les conséquences drastiques de l'annulation systématique d'un contrat en cours d'exécution affecté d'irrégularités ne devant pas dissuader le juge de les rechercher ou de les constater. Elle risque toutefois de significativement limiter les droits des parties et des tiers au contrat. Ainsi, entre les parties, l'essentiel des litiges d'exécution se résolvent en termes indemnitaires, seule la mesure résiliation pouvant donner lieu à une action en reprise des relations contractuelles⁴³. La décision *Société Cerba*⁴⁴ est souvent invoquée comme exemple de la difficulté à obtenir l'annulation d'un contrat : dans une hypothèse où il était soutenu qu'une erreur sur le prix constituait un vice du consentement, ce que le juge administratif n'a pas retenu, le Conseil d'État a pris soin de préciser en outre que la sanction d'annulation aurait porté une atteinte excessive à l'intérêt général,

42. CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, préc.

43. CE Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n°304.806, Rec. p.117, dite « *Béziers II* » ; BJC 2011, P. 270, concl. E. Cortot-Boucher.

44. CE, 9 novembre 2018, *société Cerba*, préc.

ce qui justifiait en tout état de cause son maintien. Pour autant, l'idée parfois avancée que le juge administratif serait réticent à annuler des contrats paraît battue en brèche par la jurisprudence récente, qui a pu retenir des annulations de procédures de passation de contrats d'importance. Ainsi en est-il allé de la passation d'un contrat de mobiliers urbains⁴⁵, ou de la procédure de passation d'une concession aéroportuaire qui faisait suite à une précédente annulation et avait duré plusieurs années⁴⁶. Une décision *SAGEM* du 15 mars 2019⁴⁷ a également conduit le Conseil d'État à annuler une concession d'aménagement à raison d'irrégularités qui révélaient une volonté de la personne publique de favoriser un candidat, alors que les juridictions du fond avaient maintenu le contrat. De même, le juge considère que la méconnaissance du principe d'impartialité, principe général du droit qui s'impose à toute autorité administrative, est un vice d'une particulière gravité qui justifie une annulation, « à l'exclusion de toute autre mesure »⁴⁸. C'est le point d'équilibre recherché, le contentieux contractuel constituant la garantie du maintien d'une possibilité, pour les candidats évincés, d'exercer un recours juridictionnel effectif contre le contrat, alors même que le juge des référés du tribunal administratif aurait rejeté leur référé précontractuel, en l'absence d'effet suspensif du pourvoi⁴⁹. Pour autant, des évolutions sont encore à attendre.

45. CE, 5 février 2018, *Ville de Paris*, n°416.581, aux T.

46. CE, 2 mars 2022, *Ministre de la transition écologique c. CCISM de Polynésie française*, n°458.354.

47. Req. n°413.584, Rec.p.63.

48. CE, 25 novembre 2011, *Collectivité territoriale de Corse*, n°454.466, au Rec ; BJC 2022, p. 75, concl. M. Le Corre.

49. CE, 15 février 2013, *société Novergie*, n°364.325, rejetant la demande de transmission au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point.

B. Des équilibres à trouver

Dans ses conclusions sur la décision *département du Tarn-et-Garonne* de 2014, le président Bertrand Dacosta évoquait les référés dans le cadre du contentieux contractuel — tant le référé contractuel proprement dit, que le référé-suspension dont peut être assorti le recours en contestation de la validité du contrat. Le premier, « eu égard aux conditions de recevabilité et aux manquements susceptibles d'être invoqués devant ce juge », constitue une « voie fort étroite [qui] n'est couronnée de succès, généralement, que dans des cas pathologiques ». Pour le second, la condition d'urgence, « telle qu'elle est interprétée actuellement par les tribunaux et les cours, est rarement remplie »⁵⁰. Le juge administratif applique sa grille d'analyse habituelle du référé-suspension propre aux décisions unilatérales, selon laquelle l'urgence suppose que soit caractérisée une mise en difficulté de l'entreprise ou une atteinte à l'intérêt général. Cette urgence est en pratique difficile à justifier. Un autre prisme est envisageable : « la suspension d'un contrat peut être préférable à son annulation en cours d'exécution, aussi bien pour les parties que pour l'intérêt général »⁵¹. En suggérant cette piste, en 2014 le président Bertrand Dacosta précisait qu'« à chaque jour suffit sa peine... ». Le temps passant, il est aujourd'hui permis de se demander si une conception de l'urgence propre aux contentieux contractuels ne pourrait pas se dessiner, pour donner au référé-suspension un nouvel élan en ce domaine.

50. Concl. B. Dacosta sur CE Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, préc.

51. Concl. B. Dacosta, préc.

Un autre terrain d'évolution pourrait être celui de l'effet relatif des contrats administratifs, où les décisions récentes révèlent une divergence persistante entre le régime des contrats de droit privé et le régime des contrats administratifs⁵². La Cour de cassation admet l'équivalence de la faute contractuelle et de la faute délictuelle, de sorte qu'un tiers à un contrat peut « *invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* »⁵³. Cet arrêt inspire explicitement, du moins pour partie, l'ouverture du contentieux de la validité du contrat aux tiers⁵⁴, sans avoir toutefois encore trouvé son pendant dans le champ de la responsabilité en matière de contrats administratifs. Le Conseil d'État juge, au nom de l'effet relatif des contrats, que « *les tiers à un contrat administratif, hormis les clauses réglementaires, ne peuvent en principe se prévaloir des stipulations de ce contrat* », de sorte qu'ils ne peuvent se prévaloir « *d'une inexécution du contrat dans le cadre d'une action en responsabilité quasi délictuelle* »⁵⁵ — ne l'admettant, à titre exceptionnel, qu'au bénéfice des titulaires des marchés publics de travaux, dans leurs relations entre eux⁵⁶. Sur ce point peut-être, comme sur d'autres, le dépassement de catégories juridiques, parfois difficilement compatibles

avec les spécificités du contentieux administratif contractuel, laisse présager la poursuite de la mutation de l'édifice théorique du contentieux contractuel, bouleversé depuis l'abandon de la jurisprudence *Martin* sous le prisme de la recherche de sa plus grande efficacité.

52. Comparer CE, 21 octobre 2019, *Soc. Coopérative métropolitaine générale*, n°401.086 ; Cass. A.P., 13 janvier 2020, *Soc. Cube Insurance Europe Limited c/Soc. Sucrerie de bois rouge et a.*, n°17-19.963, B.

53. Cass. A. P., 6 octobre 2006, *Boot Shop*, n°05-13.255, B.

54. Concl. D. Casas sur CE Ass., 16 juillet 2007, *société Tropic Signalisation Travaux*, préc.

55. CE Sect., 11 juillet 2011, *Mme Gilles*, n°339409, Rec. p.330 ; BCJP 2011, p. 341, concl. N. Boulouis.

56. CE, 11 octobre 2021, *Société CMEG*, n°438.872, au Rec. ; BCJP 2022, p. 23, concl. M. Le Corre.

Le *made in France* est-il soluble dans l'achat public ?

Christelle Oréal

Directrice de la commande publique
de Cherbourg-en-Cotentin

Christian Rouvière

Directeur des marchés publics Rexel France
et Président de l'Apeca

La décennie 2010 a mis en exergue l'appétence des consommateurs en faveur du « Made in France » ou « Fabriqué en France ». Ces années ont marqué un changement dans les comportements d'achat, avec une réelle prise de conscience de la nécessité de faire de l'acte d'achat un acte citoyen, visant à soutenir les entreprises du territoire, maintenir l'emploi en France et préserver les savoir-faire nationaux.

Ces objectifs, conjugués aux préoccupations de développement durable de plus en plus prégnantes au sein de la société de consommation, se sont trouvés confortés par la crise sanitaire de 2020, crise de la Covid-19, conduisant à revoir les modes de production et de consommation et ouvrant des pistes de réflexion

pour un achat plus responsable, notamment d'un point de vue environnemental et social.

Pour certains le « Made in France » serait devenu le nouveau critère d'achat privilégié des Français.

Dans une publication du 23 février 2022, « Fabriqué en France, Produit en France ou Made in France : comment utiliser ces mentions pour valoriser vos produits ? » Bercy Infos Entreprises, citant un sondage IFOP de 2018, précise « qu'au moment d'acheter un produit ou un service, 59 % des Français regardent le pays de fabrication et 74 % se déclarent prêts à payer plus cher pour acheter un produit fabriqué en France ».

Cet intérêt grandissant des consommateurs pour le « Made in France » est devenu un argument de vente pour de nombreuses entreprises françaises.

Au vu de cette prise de conscience individuelle, et compte tenu du poids économique de la commande publique dans l'économie nationale, nombre de citoyens s'interrogent : pourquoi ne pas utiliser l'achat public pour soutenir l'emploi et le dynamisme des territoires ? Une certaine incompréhension est souvent constatée de voir les pouvoirs publics, qui agissent en vertu de la représentation nationale, ne pas montrer l'exemple en achetant français, voire local (la problématique du « Made in France » à l'échelle du territoire national se décline au niveau régional ou local avec l'attente des prestataires implantés sur ces territoires de bénéficier des commandes des acheteurs publics de proximité).

Avant d'aborder la problématique du « Made in France » dans l'achat public, le concept, qui peut sembler évident, doit être précisé et un état des lieux des marquages à vocation équivalente dressé. Mais attention, la prudence doit être de rigueur, car la mention « Made in France » peut réserver quelques surprises à un consommateur non averti.

Le « Made in France » c'est quoi ?

Conscients de l'intérêt grandissant pour les produits nationaux ou locaux, les pouvoirs publics, mais également des filières d'activité ou des associations de producteurs, ont décidé la mise en place de mentions, marquages, marques ou labels permettant d'identifier l'origine d'un produit et de valoriser les produits français aux yeux des consommateurs.

Le site de l'INAO (institut national de l'origine et de la qualité) propose un rappel historique permettant de dater les premières mesures visant à prendre en compte l'origine géographique des produits. « C'est historiquement pour lutter contre la fraude que s'est construit progressivement, dès le début du XXe siècle (loi de 1905), le concept d'appellation d'origine. Un décret-loi de 1935 relatif à la défense du marché du vin a créé l'appellation d'origine contrôlée, applicable aux vins et aux eaux-de-vie, et l'organisme chargé de leur définition, de leur protection et de leur contrôle. Leur champ a été ouvert à l'ensemble des produits agricoles et alimentaires en 1990. Plus tard, la politique française de valorisation des produits agricoles a inspiré l'élaboration d'une réglementation européenne, qui a été établie en 1992 le

concept d'AOP, équivalent européen de l'AOC, pour les produits autres que les vins et les eaux-de-vie, et l'a étendu aux vins en 2009 ».

Les produits alimentaires, premiers concernés par ces mentions ou appellations permettant aux consommateurs de connaître et reconnaître les produits selon leur origine, font aujourd'hui l'objet de l'apposition obligatoire d'une indication d'origine. Imposée pour les produits alimentaires, l'indication d'origine est facultative pour les autres produits. Cependant de plus en plus de producteurs souhaitent valoriser leur savoir-faire en apposant un marquage d'origine sur leurs produits, afin de bénéficier de l'impact positif de ces mentions en termes de visibilité et d'attractivité.

Les marquages d'origine sont divers : le marquage « Made in France », utilisé par les services douaniers, se distingue du « Label Origine France Garantie », basé sur un cahier des charges spécifique, ou encore de différents labels et indications institués par l'État, mais aussi des organismes privés représentants principalement des filières d'activité ou des associations de producteurs.

« Made in France »

Le marquage « Made in France » est un marquage d'origine que les entreprises peuvent indiquer sur les produits manufacturés. Pour afficher « Made in France » sur un produit, celui-ci doit répondre aux critères d'origine non préférentielle mis en place par les services douaniers conformément à la réglementation européenne, à savoir avoir subi en France sa dernière

« transformation substantielle » ou respecter un seuil minimum de valeur ajoutée produite en France du prix « sortie d'usine ».

Le guide « Fabriqué en France – Le guide du marquage d'origine » publié par la Direction générale des Entreprises (DGE) précise : « Les règles d'origine non préférentielle permettent d'établir la “nationalité” d'un produit quand des facteurs de production provenant de plusieurs pays interviennent dans son élaboration (composants, matières premières, diverses étapes de fabrication). De manière schématique, le produit prend l'origine du pays où il a subi sa dernière transformation substantielle. »

La notion de dernière transformation substantielle interroge.

Ce même guide indique : « À chaque catégorie de produit correspond une liste des transformations substantielles. Ces opérations, selon les cas, se traduisent par : une transformation ou ouvraison spécifique, un changement de la position tarifaire du produit, un critère de valeur ajoutée (par exemple, un certain pourcentage du prix du produit en sortie d'usine) et, le cas échéant, la combinaison de plusieurs de ces critères. »

Le marquage « Made in France » ne garantit donc pas que le produit soit totalement fabriqué en France et composé de matériaux uniquement issus de la production française.

Preuve de l'intérêt croissant pour le « Made in France », Olivier Dussopt, ministre délégué chargé des comptes publics, a annoncé en avril 2022 que la Direction générale des Douanes et Droits

indirects (DGDDI) allait mettre en place un service de l'origine et du made in France (SOMIF). Ce service sera en charge de deux missions à l'égard des entreprises : la délivrance des Informations sur le Made in France (IMF) et les Renseignements contraignants en matière d'origine (RCO).

Cette création met en évidence le rôle et la compétence des services douaniers en matière de mise en œuvre des mentions d'origine des produits. La DGDDI définit le cadre réglementaire des marquages d'origine, conseille et assiste les entreprises souhaitant s'engager dans la démarche, contrôle et réprime les produits ne répondant pas aux règles d'origine.

Afin de gagner en visibilité, en 2021, les industriels ont travaillé, sous l'égide de l'organisation professionnelle France Industrie, à la création d'un logo tricolore indicatif du « Fabriqué en France », reconnaissable et identifiable par les consommateurs, ayant vocation à être apposé sur des produits strictement conformes à la réglementation européenne régissant le « Made in France ».

Label « Origine France Garantie »

En 2009, le président de la République Nicolas Sarkozy avait chargé Yves Jégo, ex secrétaire d'État chargé de l'outre-mer, député de Seine-et-Marne, de réfléchir aux contours d'une « Marque France », afin de pallier les insuffisances du label existant « Made in France ». Dans son rapport de mai 2010 « En finir avec la mondialisation anonyme : la traçabilité au service des consommateurs et de l'emploi », le député a proposé la création d'un

nouveau marquage ; le label « Origine France Garantie » voit officiellement le jour en 2011.

Attribué par un organisme certificateur indépendant et habilité, ce label, qui permet de certifier l'origine française du produit, obéit à un cahier des charges spécifique avec pour objectif la promotion du « Produire en France » et la valorisation des savoir-faire industriels et artisanaux.

L'obtention de la certification, qui peut être demandée par toute entreprise produisant en France, concerne tous les secteurs d'activité et tous les types de produits ; elle se fait sur deux critères cumulatifs : entre 50 % et 100 % du prix de revient est français, le produit prend ses caractéristiques essentielles en France.

Tout comme le marquage « Made in France », le label « Origine France Garantie » ne garantit donc pas lui non plus que le produit soit totalement fabriqué en France et composé de matériaux uniquement issus de la production française.

Indications et labels collectifs

Au-delà du marquage « Made in France » et du label « Origine France Garantie » il existe une pluralité de labels et d'indications officielles visant à reconnaître l'origine de fabrication d'un produit.

L'Indication géographique protégée (IGP) a été créée en 1992 dans le cadre de la politique européenne de qualité concernant

les produits agricoles et alimentaires. Elle est basée sur la réputation d'un produit et sa forte reconnaissance par le public, associée à un savoir-faire ou une qualité déterminée attribuable à l'origine géographique. Pour prétendre à l'obtention d'une IGP, une étape, au moins, parmi la production, la transformation ou l'élaboration du produit doit avoir lieu dans l'aire géographique délimitée correspondant à l'IGP (source : ministère de l'Agriculture et de la Souveraineté alimentaire).

L'Indication géographique (IG) créée en 2014 pour les produits manufacturés et les ressources naturelles permet d'identifier un produit industriel ou artisanal dont la qualité, la réputation ou d'autres caractéristiques sont liées à son origine géographique. « L'indication géographique met en évidence un lieu ou une région de production précis et détermine les qualités caractéristiques du produit originaire de ce lieu. Ce dispositif améliore la transparence pour le consommateur sur l'origine et le mode de fabrication des produits, reconnaît et met en valeur des savoir-faire, et valorise nos "made in" locaux » (source : ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique).

Le label « Entreprise du patrimoine vivant » (EPV) créé en 2005 est une marque mise en place pour distinguer des entreprises françaises aux savoir-faire artisanaux et industriels d'excellence et éviter la disparition de talents économiques et culturels d'exception trop souvent menacés (source : ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique).

La Spécialité traditionnelle garantie (STG), créée en 1992, « fait référence à la composition d'un produit, à son mode de production ou de transformation effectué de manière traditionnelle. Pratique ancienne, typique, nationale ou régionale... les produits labellisés STG relèvent d'un usage, d'un savoir-faire qui ne peuvent être pratiqués en dehors de leur région de provenance ou de fabrication. La STG vise donc à définir la composition ou le mode de production traditionnel d'un produit, sans toutefois que celui-ci ne présente nécessairement de lien avec une origine géographique » (source : ministère de l'Agriculture et de la Souveraineté alimentaire).

Pour Marie Guittard, directrice de l'INAO « La réglementation européenne sur les appellations d'origine contrôlée et les indications géographiques protégées est une merveille pour protéger les produits de terroir. C'est un outil au service de l'anti-mondialisation, du respect des savoir-faire et de la conservation d'un patrimoine, qui correspondent de plus en plus à l'attente des consommateurs. AOP, IGP ou STG ne sont pas pour autant des marques. D'abord parce qu'elles ne sont pas privées : ce sont des outils collectifs, dont les producteurs sont les usufruitiers, qui s'inscrivent dans la durée, dans une aire géographique donnée, avec des conditions de production données. Le résultat est un produit que l'on ne peut pas faire ailleurs et qui va permettre (...) de raconter une histoire » (source : La Presse de la Manche — 21 juillet 2022 — article sur l'IGP « Huîtres de Normandie »).

Labels et marques privés

Au-delà de ces exemples, de nombreuses marques ou mentions ont vu le jour afin d'attester que le produit a été fabriqué en France et de le valoriser aux yeux du consommateur.

On parle par exemple de marques collectives régionales (exemple : Produit en Bretagne, Fabriqué à Paris) ou de marques collectives sectorielles (exemple : France Terre Textile, Joaillerie de France). Ces dernières années sont même apparus des marquages visant à reconnaître la réalisation française d'une prestation de service (exemple : Service France Garanti, Relation Client France). Si pour être assurés d'acheter un produit « Fabriqué en France », certains recherchent les produits porteurs de marques ou labels, cette diversité peut être source de confusion dans l'esprit des consommateurs. De nombreux marquages, ambigus ou trompeurs, peuvent induire le consommateur en erreur en suggérant une origine « Fabriqué en France » alors que tel n'est pas le cas, ces indications ne donnant en effet aucune garantie sur l'origine française du produit (exemple : mentions de type « élaboré en France » ou « tradition française »). De même un symbole bleu-blanc-rouge (exemple : drapeau, hexagone) apposé sur un produit ne garantit pas que celui-ci ait été fabriqué en France.

Toute indication d'origine doit respecter les règles du code de la consommation, le producteur doit être en mesure de la justifier, à défaut des sanctions pourront lui être appliquées pour pratiques commerciales trompeuses.

Le code des douanes réprime les mentions litigieuses pouvant laisser croire à tort au consommateur qu'un produit est d'origine française alors qu'il ne répond pas aux règles d'origine non préférentielle. La Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF) est compétente pour effectuer des contrôles tant chez les commerçants que sur les sites internet afin de sanctionner toute allégation trompeuse ou information mensongère.

Cet intérêt croissant des consommateurs à titre individuel en faveur des produits « Made in France », mais également des produits régionaux ou locaux, touche également les acheteurs publics qui, d'une part subissent la pression des citoyens, et d'autre part doivent faire face aux enjeux de développement durable qui sont désormais les leurs, tant en terme social qu'environnemental.

Comment les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent-ils concilier cette volonté de valoriser le « Made in France » et d'acheter des produits de qualité ayant un impact environnemental plus faible que celui de certains biens importés, avec le cadre légal du code de la commande publique qui s'impose à eux ?

« Made in France » et commande publique : des notions antagonistes ?

Une prise de conscience collective

Représentant 200 milliards d'euros, soit 8 % du PIB en 2020, la commande publique joue un rôle majeur dans la pérennité de l'économie nationale. Elle peut, par ailleurs, être un levier de développement des achats locaux, afin de conserver des savoir-faire et des outils de production sur le territoire français qui peuvent un jour se révéler stratégiques, comme l'a montré l'exemple de la production des masques chirurgicaux lors de la crise sanitaire de la Covid-19.

Nombreuses sont les prises de position visant à faire de la commande publique un outil de redynamisation de l'économie, soutenant les entreprises nationales et favorisant le maintien et le développement de l'emploi sur le territoire hexagonal. Ces prises de position confirment toute l'importance de la commande publique, instrument des politiques publiques au cœur de la relance économique.

La préférence nationale/locale dans la commande publique est une évidence pour les citoyens. Au vu de l'impact économique de la commande publique qui n'est plus à démontrer, nombreux citoyens s'interrogent : pourquoi ne pas s'en servir pour soutenir l'emploi et le dynamisme du territoire national, mais aussi des communes, départements et régions ? Régulièrement,

des citoyens reprochent aux élus de ne pas dépenser localement l'argent public, consommer localement est devenu un acte militant.

Quelles sont les règles applicables ; les élus ont-ils le droit d'exprimer une préférence nationale/locale ?

Il est couramment affirmé que toute considération de « localisme » dans la commande publique est totalement illégale. Cette interdiction est régulièrement contestée par des plaidoiries d'élus et d'associations diverses militant pour une réforme, voire une suppression, de la réglementation de la commande publique, au motif qu'il serait impossible de contribuer au maintien du tissu économique national/local en raison des obligations concurrentielles inhérentes à tout acte d'achat relevant du champ des directives européennes.

Mais remettre en cause l'interdiction de toute préférence locale, ce n'est pas admettre un choix discrétionnaire sur la base de la seule préférence géographique, c'est, pour des raisons à la fois sociales et écologiques, éviter d'acheter ailleurs quand on peut s'approvisionner auprès d'un prestataire implanté sur un territoire proche. Favoriser/privilégier l'accès des entreprises nationales/locales à la commande publique est un sujet politique et économique majeur, qui exprime la volonté compréhensible d'acheter français.

Le préalable important à toute action en faveur d'un certain localisme dans la commande publique est la définition du territoire

concerné. Si pour le « Made in France » le territoire est facilement identifiable, pour ce qui est du local le territoire est à géométrie variable, en fonction de la structure d'achat concernée : ce que l'on entend par local pour une région sera différent du local à l'échelle d'une commune.

Au vu de la diversité des marquages, indications ou labels existants, la difficulté restera toujours de déterminer ce qu'est/ce que l'on entend réellement par un produit fabriqué en France.

Les fondements de l'interdiction du localisme

Les fondements de l'interdiction du localisme/de la préférence locale dans la commande publique sont multiples.

Les principes constitutionnels fondamentaux de la commande publique, tels que le principe de liberté d'accès à la commande publique, sont l'un des piliers de cette interdiction.

Le droit de l'Union européenne énonce lui dans ses traités les principes de non-discrimination et de liberté de circulation des personnes, capitaux et services. Dès 1957, le Traité de Rome interdit toute discrimination en raison de la nationalité : aucune réglementation nationale ne peut donc valablement réserver un pourcentage de marchés publics à des entreprises nationales ou régionales. En 1992, la Cour de Justice des Communautés européennes, devenue Cour de Justice de l'Union européenne, pose également le principe d'interdiction de toute préférence locale : il est rigoureusement interdit d'attribuer un marché public sur

la base d'un critère d'origine ou d'implantation géographique des candidats.

Enfin, l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), dont la France est membre, interdit de discriminer en accordant une protection à des fournisseurs, marchandises ou services nationaux.

Ces principes font obstacle à la prise en compte d'un critère géographique dans l'attribution des marchés publics ; une entité publique n'a pas le droit de favoriser l'accès des entreprises nationales/locales dans l'attribution de ses contrats, même si des exceptions peuvent cependant être acceptées lorsque l'implantation géographique est nécessaire à la bonne exécution du contrat, par exemple lorsqu'il convient de pouvoir intervenir rapidement.

Ces principes ont toujours été confirmés par la jurisprudence. Les juges européens et administratifs français ont toujours adopté une position stricte vis-à-vis des acheteurs qui, directement ou indirectement, prenaient des mesures pour favoriser les entreprises locales. Ils censurent régulièrement les conditions d'exécution ou les critères d'attribution reposant sur l'origine des produits ou l'implantation géographique des entreprises (CJUE, 22 octobre 2015, Grupo Hospitalario Quiron SA : censure de spécifications techniques imposant le lieu d'implantation des candidats en le limitant à une municipalité donnée ; CE, 12 septembre 2018, société La Préface - CE, 29 juillet 1994, commune de Ventenac-en-Minervois : par principe, un critère de sélection

des offres ou une clause du marché lié à l'implantation géographique des entreprises méconnaît les principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats).

La réponse ministérielle — A.N. R. M. N° 24584 25 février 2020 question de M. Benoit Potterie — traite de la préférence locale. Si d'un point de vue juridique elle n'apporte rien de foncièrement nouveau, en tant qu'elle rappelle que les principes fondamentaux de la commande publique font obstacle par principe à ce que l'implantation géographique puisse être un critère de choix, elle affirme expressément que « la promotion de l'achat local répond également à des préoccupations environnementales et écologiques » et, invite officiellement les acheteurs à utiliser les outils du code de la commande publique qui permettent de faciliter l'accès à la commande publique des entreprises locales. Sans valeur juridique, cette réponse est un soutien fort à l'économie locale, donc par analogie au « Made in France ». Malgré ces positions récurrentes, quelques axes d'ouverture sont perceptibles tant au niveau de la jurisprudence européenne, qui a apporté des éléments probants en faveur d'un certain localisme en marchés publics, que de l'actuel code de la commande publique, qui comporte de nombreuses dispositions en faveur d'une prise en compte de considérations locales. Différents outils sont à disposition des acheteurs pour faciliter l'accès des PME nationales/locales à leurs marchés, plusieurs dispositions légales permettent d'acheter directement à des opérateurs économiques pouvant évidemment être nationaux/locaux.

Sans dresser un état des lieux exhaustif des opportunités légales de prise en compte d'une considération de localisme par les acheteurs soumis aux règles de la commande publique, différents outils et méthodes permettant de pratiquer ou de susciter des achats locaux en toute légalité peuvent cependant être exposés.

En termes de procédure, pourront être mobilisées toutes les dispenses légales de mise en concurrence offertes par les textes (marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur montant ou de leur objet).

Au stade de la préparation des marchés, les acheteurs publics devront actionner les différents outils permettant de définir des clauses contractuelles favorables à la formalisation d'offres locales.

Une définition claire des besoins par le *sourcing* permet de s'interroger sur la composition de l'offre nationale/locale afin de vérifier l'existence et l'adéquation d'une offre à la demande. L'allotissement, qui vise à favoriser l'accès des PME à la commande publique, permet indirectement d'en renforcer l'accès aux entreprises locales, notamment grâce à la souplesse de la technique des « petits lots ». Ajuster les mesures de publicité permet de toucher les opérateurs économiques locaux susceptibles d'être intéressés. Enfin des exigences d'exécution adaptées permettent de favoriser des offres locales (obliger à une implantation locale — imposer des délais d'intervention courts — exiger des approvisionnements auprès des entreprises de proximité — introduire des clauses environnementales et sociales – valoriser un localisme social d'exécution).

C'est incontestablement au stade de l'attribution des offres, en travaillant sur les critères de choix, que les acheteurs ont la plus grande marge de manœuvre. Les acheteurs peuvent retenir des critères d'attribution à tendance locale. En effet, un critère d'attribution peut prendre en compte l'implantation géographique des candidats s'il est justifié par l'objet du contrat ou par ses conditions d'exécution (l'article R.2152-7 du code de la commande publique permet à un acheteur de retenir les critères « délais d'exécution » ou « conditions de livraison », ce qui va nécessairement déboucher sur un certain localisme : soit le candidat est déjà local et est en mesure de garantir ce délai, soit le candidat s'engage à s'implanter localement afin d'être en mesure de respecter cette exigence de délai). D'autres critères permettent également de favoriser l'offre locale : le développement des approvisionnements directs des produits de l'agriculture (circuits courts), la performance en matière de protection de l'environnement (impact écologique du transport des fournitures/des personnels, empreinte carbone), les conditions de production et de commercialisation, l'insertion professionnelle des publics en difficulté et l'apprentissage, l'organisation/les qualifications/l'expérience du personnel assigné à l'exécution des prestations lorsque la qualité du personnel peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché.

À titre d'exemple, dans le cadre d'un marché de fournitures de denrées alimentaires pour les restaurants scolaires, peuvent être demandées dans le cahier des charges des prestations annexes de type visite pédagogique (fermes, structures de production) ou la participation à des échanges au sein des établissements scolaires.

Ces actions, à visée pédagogique, permettent de faire découvrir le monde de l'agriculture aux enfants et de mettre en œuvre un programme de sensibilisation aux bienfaits d'une nourriture saine et équilibrée. Analysées dans le cadre de la valeur technique de l'offre, avec une pondération adaptée, ces demandes peuvent permettre d'orienter l'attribution des marchés vers des prestataires plus locaux.

Si les mesures introduites par la loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (loi AGEC) imposent aux acheteurs publics d'acquérir des biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou comportant des matières recyclées, selon des proportions fixées par type de produits entre 20 % et 40 %, elles n'ont pas vocation à impacter de manière directe la part des achats « Made in France » dans le montant total des dépenses de la commande publique. La mise en place de marchés réservés pourrait cependant orienter certains de ces achats vers des entreprises implantées localement (les activités liées au recyclage et au réemploi sont souvent assurées par des structures de l'économie sociale et solidaire ou employant des personnes en difficulté ou en situation de handicap).

Les mesures de la loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (loi climat et résilience) offrent des perspectives beaucoup plus intéressantes et concrètes, notamment par la réaffirmation des obligations de prise en compte des objectifs de développement durable dans les spécifications techniques, des caractéristiques environnementales de l'offre dans les critères d'attribution, de

l'environnement dans les conditions d'exécution et des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi dans les conditions d'exécution pour les marchés formalisés.

Les externalités positives de la commande publique comme vecteur d'évolution

Au vu des développements ci-dessus, il apparaît paradoxal de vouloir soutenir l'économie nationale/locale tout en respectant les règles de la commande publique et de la libre concurrence. Cependant l'introduction de critères d'attribution adaptés et une réflexion sur les pondérations affectées à chacun des critères, notamment en limitant le poids du critère prix (les procédures avec un critère prix à forte pondération privilégient des produits de faible qualité qui s'avèrent souvent être des produits d'importation), rendent possible le choix d'un produit plus qualitatif, qui pourra être un produit « Made in France ».

Si imposer une origine territoriale est légalement impossible, utiliser tous les leviers offerts par le code de la commande publique peut permettre de mieux orienter les achats vers des acteurs locaux et ainsi internaliser la richesse sur le territoire, dans la limite, bien sûr, de coûts raisonnables pour les deniers publics et ce compte tenu des contraintes budgétaires croissantes qui s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices. Les acheteurs publics devront par ailleurs faire preuve d'une grande vigilance, contractualiser avec un acteur national/local ne garantit pas l'acquisition d'un produit « Made in France »,

une entreprise nationale/locale pouvant fournir des produits fabriqués à l'autre bout du monde.

Si certes différents outils peuvent être utilisés par les acheteurs publics pour espérer pouvoir retenir une offre « Made in France » ou encore locale, nombreux sont ceux qui souhaitent une évolution législative et réglementaire pour affirmer une préférence nationale/locale dans la commande publique, telle qu'elle peut exister par exemple aux USA. Le *Buy American Act* demande aux organismes gouvernementaux fédéraux américains d'effectuer 55 % de leurs achats vers des produits américains.

Ainsi Yves Jégo, qui avait été à l'initiative du label « Origine France Garantie », a appelé, lors de la dernière campagne présidentielle, les candidats à prendre des engagements en faveur de la production française, notamment en matière de commande publique. « J'ai une proposition à faire, c'est que les candidats à la présidentielle s'engagent à ce que 25 % des marchés publics soient réservés aux produits français. Cela ferait 50 milliards par an d'achats français », a déclaré M. Jégo.

En février 2021, le Premier ministre Jean Castex a lancé une mission parlementaire visant à rendre la commande publique plus responsable sur le plan social et environnemental, et plus accessible aux petites et moyennes entreprises. Le rapport, rédigé par la sénatrice du Finistère Nadège Havet et la députée de Haute-Vienne Sophie Beaudouin-Hubière, formule quarante-six recommandations pour rendre les achats publics plus responsables. Ces recommandations ont pour objectif de faire de la commande

publique un levier de transformation et d'innovation pour réussir la transition écologique, développer les productions françaises, développer l'emploi avec les clauses d'insertion et d'inclusion dans les marchés publics.

« La commande publique a longtemps été regardée comme un processus administratif, juridique et budgétaire, et pas un comme un outil de politique économique stratégique », a déclaré la ministre de l'Industrie Agnès Pannier-Runacher, en recevant le rapport. « C'est un levier qu'utilisent très bien d'autres pays pour construire une politique économique, construire aussi une stratégie de transformation environnementale. Ne pas l'utiliser est une faute » a-t-elle souligné. L'un des enjeux d'une réforme serait « notamment de permettre aux PME et TPE d'avoir accès aux commandes publiques », a précisé la ministre.

« Je ne suis pas naïve sur les déviances qu'on peut connaître parfois dans les achats publics, mais je sais aussi à quel point pour des raisons de sécurité juridique et de protection, nous prenons parfois une solution qui n'est pas française, qui n'est pas la meilleure du point de vue de la qualité, et qui n'est pas la plus durable, mais étant la moins chère, on est sûr qu'on ne sera pas attaqué », a dit Agnès Pannier-Runacher. « C'est extrêmement frustrant, cela fait du mal à l'économie de notre pays » a-t-elle conclu.

Le rapport propose d'évaluer les « externalités positives de la commande publique » (gains économiques mais aussi environnementaux) en développant des grilles d'analyse en coût

complet des projets. Ces préconisations visent à faire évoluer les pratiques des acheteurs publics.

Tel est également le sens de la réponse ministérielle — JO Sénat 31 mars 2022 question écrite n° 20400 de Mme Marie-Noëlle Lienemann — qui, après avoir rappelé que les principes fondamentaux de la commande publique font obstacle par principe à ce que l'implantation géographique puisse être un critère de choix, ouvre cependant des perspectives intéressantes en précisant : « La France a présenté à ses partenaires européens et à la Commission européenne des propositions d'évolution de ce cadre juridique pour mieux protéger nos entreprises et nos savoir-faire face à une concurrence internationale qui privilégie trop souvent le prix le plus bas et pour faire de la commande publique un vecteur plus fort de la transition écologique d'ici 2050 ».

Les critères sociaux et environnementaux au secours du « Made in France »

Au quotidien, les acheteurs publics qui souhaitent procéder à des achats « Made in France » ou locaux doivent donc concilier ces différents enjeux et contraintes. D'où la question, fil conducteur et titre de cet article : le « Made in France » est-il soluble dans l'achat public ?

Si pour relancer le « Made in France » dans les achats publics certains prônent une réforme du code de la commande publique, ce qui sera difficilement envisageable sans une évolution du droit européen qui paraît improbable, c'est par une évolution des

pratiques, en intégrant les objectifs d'achats durables et responsables, que passera une augmentation sur le long terme du poids du « Made in France » dans les achats publics. L'utilisation de labels sociaux ou environnementaux, qui permet de faire du protectionnisme de façon indirecte, favorisera les achats publics de produits « Made in France ». Dans le même esprit, les circuits courts privilégient de fait le local sans pour autant faire de la préférence locale.

Ces orientations n'ont rien de novateur puisque la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) avait clairement exposé dans son arrêt *Commission européenne c/Royaume des Pays-Bas* du 10 mai 2012, que les autorités contractantes peuvent choisir un critère d'attribution fondé sur des considérations sociales ou environnementales, si celles-ci sont une condition d'exécution du marché.

La mise en œuvre de ces nouveaux critères, mais surtout leur appropriation par les acteurs économiques, va demander aux acheteurs publics un effort de communication et la mise en place de mesures d'accompagnement afin de démystifier la commande publique souvent perçue comme un processus lourd et obscur.

Ce travail peut évidemment être mené au niveau national, notamment avec la publication de guides ou de fiches thématiques donnant des recommandations ou fixant des orientations et objectifs, mais il appartient à chaque acheteur, individuellement, de réfléchir aux outils les mieux adaptés à son territoire. Ces mesures peuvent se limiter par exemple à de simples réunions

d'information thématiques avec les fédérations professionnelles ou de présentation des futures opérations et procédures envisagées. Des mesures d'accompagnement plus spécifiques peuvent être mises en place par un acheteur pour aider les entreprises qui répondent à ses marchés à s'approprier les critères plus spécifiques qu'il y aurait introduits.

Ainsi, afin de favoriser la mise en œuvre de la démarche d'insertion dans ses marchés, la commune de Cherbourg-en-Cotentin a mis en place une procédure en lien avec la Maison de l'Emploi et de la Formation (MEF) du Cotentin avec la désignation d'une facilitatrice des clauses sociales. Cette assistance permet aux entreprises d'être accompagnées dans la compréhension du dispositif et de faciliter sa mise en œuvre. Cette intervention apporte au dispositif lisibilité et cohérence sur le territoire d'intervention avec un guichet territorial unique au service de tous les acteurs concernés (acheteurs et entreprises) proposant une offre de service sur l'ensemble de la démarche (de la préparation du marché jusqu'à l'évaluation des résultats). Lors de la phase de préparation du marché, un échange entre les services de la collectivité et la facilitatrice permet de déterminer s'il est possible ou non d'introduire une clause sur tout ou partie du marché, et ce en fonction de son montant, de la nature des prestations concernées, de la durée de l'opération et du public — demandeurs d'emploi — disponible. En cours de procédure, la facilitatrice se tient à la disposition des entreprises candidates et/ou attributaires et a pour mission : d'informer et d'accompagner les entreprises titulaires dans la mise en œuvre du dispositif en fonction des spécificités du chantier, de valider l'éligibilité

du candidat pressenti, de proposer des personnes susceptibles de bénéficier des mesures d'insertion avec le concours des différents organismes compétents, de faire le lien avec les opérateurs de l'insertion par l'activité économique et de l'emploi, de suivre l'application de la clause et d'évaluer ses impacts sur l'accès à l'emploi. À l'issue de l'attribution, et pendant toute la durée du marché, le suivi de la clause est assuré par la facilitatrice qui assure le lien avec les entreprises et transmet trimestriellement un bilan des heures réalisées à la collectivité.

Si les opportunités offertes par la réglementation ouvrent des perspectives, et encore plus si ces perspectives devaient être confortées, permettant aux acheteurs publics de mettre en place une forme de préférence nationale/locale, deux questions mériteront d'être posées pour poser un cadre objectif et transparent : en quoi l'offre nationale est-elle la meilleure ? Au vu de la diversité des approches et interprétations, qu'est-ce que le « Made in France » (avec une question sous-jacente : vaut-il mieux acheter une marque étrangère dont la production est localisée en France, ou une marque française dont la production est délocalisée à l'étranger) ?

La préférence nationale/locale devrait donc encore interroger les acheteurs publics pendant de nombreuses années, même s'il paraît possible d'affirmer, au vu des développements précédents, que le « Made in France » est soluble dans l'achat public et ce grâce à la prise en compte de critères sociaux et environnementaux et l'évaluation des « externalités positives de la commande

publique », tel que préconisé par le rapport rédigé par Mesdames Nadège Havet et Sophie Beaudouin-Hubière.

Droit européen de la commande publique : la France, un bon élève ?

Abílio Pereira

Commission européenne
Direction générale du marché intérieur, de l'industrie, de
l'entrepreneuriat et des PME

Depuis son apparition dans les années 70 du siècle dernier, sous une forme encore embryonnaire, jusqu'à la dernière génération de directives de 2014¹, la plus complète et la première à prétendre couvrir l'intégralité de la commande publique y compris la totalité des contrats de concession, la transposition et l'application du droit européen des marchés publics n'a pas manqué d'être un défi pour tous les États membres de l'Union européenne. En effet, la transposition en droit national des différentes générations de directives « marchés publics » a obligé les législateurs

1. Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

nationaux à un exercice, pas toujours évident, de coordination entre les obligations résultant du droit européen et des textes nationaux très souvent déjà anciens et consolidant des principes et des règles bien ancrés dans la pratique et les habitudes des acteurs de la commande publique de chaque État membre. À cet égard, ce ne sont pas nécessairement les États membres qui possédaient le moins d'expérience et de tradition dans ce secteur du droit administratif qui ont dû affronter les plus grandes difficultés. Certes, certains de ces pays n'avaient que des législations récentes et parfois sommaires en matière de commande publique, ne connaissaient pas ou peu une jurisprudence développée, un corpus doctrinal solide ou des pratiques établies, mais ils avaient pourtant l'avantage de partir d'une page en blanc ou, tout au moins, d'une page encore partiellement à remplir. Ils pouvaient donc intégrer plus facilement les directives européennes et créer, autour de ce noyau central de règles², un système national complet et cohérent.

La situation était différente pour les États membres qui avaient une longue tradition législative, réglementaire, jurisprudentielle et doctrinale dans le secteur de la commande publique, accompagnée d'une pratique ancienne et bien consolidée. La France était, bien sûr, dans ce cas et elle pourrait même en être un des meilleurs exemples de par son rôle pionnier dans le droit des

2. Car il ne faut pas oublier que le droit européen des marchés publics ne traite pas de tous les domaines de la commande publique mais uniquement de ceux considérés essentiels pour mettre en œuvre le marché intérieur et garantir ainsi la libre prestation de services et la liberté d'établissement dans l'accès à la commande publique de chaque État membre. À titre d'exemple, des domaines tels que la prise de décisions par les pouvoirs adjudicateurs ou la définition du besoin à satisfaire ne sont pas traités par les directives européennes et relèvent, en principe, exclusivement du droit national.

marchés publics. Certes cela était un avantage, d'autant plus que les directives européennes ont été largement inspirées, dès leur début, du droit français de la commande publique. Toutefois, cette influence ne manquait pas de soulever ses propres problèmes lorsqu'il s'agissait d'intégrer les directives européennes dans le droit français.

En effet, bien qu'influencé par le droit français, le droit européen de la commande publique se voulait un droit transnational applicable et transposable dans tous les États membres. Pour cela, il s'est construit comme un droit de coordination « minimaliste », ignorant certaines particularités nationales et créant un nombre limité mais strict d'obligations. Or, ce caractère « générique » des directives européennes a fini par créer, sans que cela soit, bien sûr, son but, des tensions surtout avec les droits nationaux de la commande publique les plus « développés », tel le droit français.

Deux exemples pour illustrer ce constat : les marchés de définition et les conventions/concessions d'aménagement.

Concernant les marchés de définition³, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé⁴, après avoir confirmé que les États

3. Pour rappel, les marchés de définition étaient une procédure particulière qui permettait aux pouvoirs adjudicateurs qui n'étaient pas « *en mesure de préciser les buts et performances à atteindre, les techniques à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre* » (article 73, 1er tiret, du code des marchés publics tel qu'adopté par le décret n° 2006/975, du 1er août 2006) d'attribuer, dans le cadre d'une procédure unique, aussi bien un certain nombre de marchés ayant pour « *objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur* » (article 73, 2ème tiret), c'est-à-dire les marchés de définition proprement dits, qu'un marché d'exécution ultérieur « *après remise en concurrence des seuls titulaires des marchés de définition* » (article 73, 3ème tiret).

4. Arrêt du 10 décembre 2009 dans l'affaire C-299/08 « Commission/France » (Recueil de la jurisprudence, 2009 p. I – 11587).

membres n'avaient plus la liberté d'adopter des procédures de passation autres que celles énumérées par les directives, que cette procédure, dans la mesure où elle permettait à un pouvoir adjudicateur d'attribuer un marché d'exécution à l'un des titulaires des marchés de définition initiaux avec une mise en concurrence limitée à ces titulaires, n'était pas compatible avec le droit européen de la commande publique⁵.

Pour ce qui est des conventions d'aménagement⁶, la législation française permettait, avant 2005, l'attribution directe de ces contrats sans publicité ni mise en concurrence préalables. Cette situation était justifiée par le fait que ces conventions n'étaient pas des marchés publics au sens du code des marchés publics et qu'elles ne correspondaient pas non plus à des délégations de service public au sens de la loi Sapin du 29 janvier 1993. Elles étaient donc des contrats publics *sui generis*. Cette position entraînait toutefois en conflit avec les définitions du droit européen de la commande publique qui ne conçoit que deux types de contrats, à savoir les marchés publics *stricto sensu* et les concessions, et qui classe tout contrat de la commande publique dans l'une de ces deux catégories. Ayant pris conscience de cette incompatibilité (identifiée, par ailleurs, par la jurisprudence des tribunaux français eux-mêmes), le législateur français a finalement modifié le régime des conventions d'aménagement (devenues concessions

5. Plus précisément, avec les articles 2 et 28 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, alors en vigueur.

6. Les conventions/concessions d'aménagement sont les contrats par lesquels les pouvoirs adjudicateurs attribuent aux opérateurs économiques la réalisation des opérations d'aménagement prévues par le code de l'urbanisme.

d'aménagement) en soumettant leur attribution au droit commun de la commande publique (c'est-à-dire, selon les caractéristiques de la « concession » en question, soit au régime d'attribution des marchés publics, soit au régime d'attribution des concessions).

Ces deux exemples (il en existe d'autres) sont bien représentatifs des tensions, certes non substantielles mais néanmoins réelles, qu'a connues la relation entre les droits français et européen de la commande publique. Ces tensions ont vu le jour essentiellement entre 1990 et 2010 et font aujourd'hui partie de l'histoire. En effet, le droit français de la commande publique a connu tout au long de cette période une évolution qui l'a conduit à une convergence progressive avec les directives européennes⁷. De ce qui précède, il est possible de conclure à l'inexistence de problèmes majeurs actuellement reconnus de compatibilité entre le droit français et le droit européen de la commande publique⁸. Si le cadre légal français de la commande publique semble globalement compatible avec les directives européennes, encore faudrait-il vérifier si la pratique des pouvoirs adjudicateurs et

7. Cette convergence s'est faite dans les deux sens: le droit européen a également accueilli des solutions qui étaient déjà courantes dans la pratique et le droit français de la commande publique. Ainsi, les directives de 2014 ont prévu des dispositions sur l'allotissement qui, sans aller aussi loin que celles déjà prévues par le droit français, s'inscrivent dans la même ligne (article 46 de la directive 2014/24/UE). Un autre exemple est la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'examiner, dans le cadre de procédures ouvertes, les offres avant de vérifier l'absence de motifs d'exclusion et le respect des critères de sélection. Une telle pratique était déjà courante en France, bien avant que le droit européen l'ait expressément prévue à l'article 56 de la directive 2014/24/UE.

8. Cette conclusion ne préjuge pas, bien sûr, de l'avenir: une incompatibilité, inaperçue jusqu'à ce jour, peut toujours résulter d'une nouvelle plainte ou d'un nouveau dossier et une modification législative peut toujours être à l'origine d'une nouvelle incompatibilité. De même, nous ne nous attardons pas sur d'éventuelles incompatibilités mineures.

entités adjudicatrices français lors des procédures de passation mérite la même évaluation.

À cet égard, il faut rappeler que la Commission européenne exerce les pouvoirs qui lui ont été attribués par les traités européens (traité sur l'Union européenne⁹ et traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁰) et qui incluent, notamment, la charge de veiller à la bonne application de ceux-ci et du droit dérivé adopté en vue de leur mise en œuvre et dont font partie les directives de la commande publique.

Dans l'exercice de cette fonction, la Commission instruit les plaintes qu'elle reçoit et peut ouvrir une procédure d'infraction contre un État membre si elle estime une plainte fondée¹¹. La Commission peut également ouvrir une telle procédure de sa propre initiative (cas décelés d'office).

La Commission est ainsi régulièrement saisie de plaintes (présentées essentiellement par des opérateurs économiques mais parfois aussi par des associations, groupes de citoyens ou même par des citoyens à titre individuel) qui estiment que le droit européen de la commande publique (et, en particulier, les directives correspondantes) a été violé. Ces plaintes concernent le plus souvent des situations qui ont eu lieu dans le cadre de la passation d'un marché ou d'une concession spécifiques (par exemple, le plaignant estime que le pouvoir adjudicateur a imposé des critères

de sélection discriminatoires ou disproportionnés). Mais elles peuvent, plus rarement, concerner, non pas une passation spécifique de marché, mais une éventuelle incompatibilité de la législation nationale avec le droit européen (par exemple, le plaignant considère qu'une législation nationale permet le recours à l'attribution directe d'un marché dans des conditions qui iraient au-delà des situations dans lesquelles les directives européennes permettent le recours à cette procédure). Dans le premier cas, on parle de cas de « mauvaise application » du droit européen, alors que dans le deuxième il s'agit d'un cas de « non-conformité » du droit national au droit européen.

Cette distinction est pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer les performances françaises en termes d'application du droit européen de la commande publique. En effet, alors que dans la large majorité des États membres l'essentiel des plaintes et des cas décelés d'office concerne des dossiers de « mauvaise application », le « contentieux » français (c'est-à-dire, l'ensemble des cas ouverts par la Commission contre la France en raison d'une éventuelle violation du droit européen, soit à l'issue d'une plainte, soit de sa propre initiative) s'est toujours caractérisé par une majorité de cas de « non-conformité ».

Or, ce constat rejoint ce qui a été dit ci-dessus sur les problèmes de transposition des directives européennes en droit national que la France a connus par le passé mais qui semblent aujourd'hui dépassés : la progressive « normalisation » des rapports entre le droit européen et le droit national a fait disparaître ce qui était l'origine principale des incompatibilités entre les deux droits et a, partant, tarit la source de ces cas. La quasi-disparition des dossiers de « non-conformité » n'ayant pas été suivie

9. Article 17

10. Articles 258 et 260

11. Il semble utile de préciser que la Commission jouit d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour décider d'entamer ou non, et à quel moment, une procédure d'infraction contre un État membre et de porter ou non, et à quel moment, une affaire devant la Cour de justice de l'Union européenne.

par une augmentation des cas de « mauvaise application », le nombre de dossiers en cours entre la Commission et la France pour violation éventuelle du droit européen de la commande publique est devenu extrêmement réduit depuis plus d'une dizaine d'années. Cette conclusion demeure valable que l'on compare le nombre de dossiers en cours contre la France à celui relatif à d'autres États membres de dimension comparable (dits « grands » États membres) ou que l'on élargisse cette comparaison à tous les États membres (y compris les « petits » et « moyens » États membres).

Ce bilan doit, bien sûr, être placé dans son contexte : il ne s'agit pas d'évaluer le fonctionnement de l'achat public français¹², ni même d'attribuer un satisfecit à l'application du droit européen de la commande publique en France (ce qui impliquerait probablement la prise en compte de beaucoup d'autres éléments), mais uniquement de conclure, sur base de données très ciblées (l'évolution du nombre de plaintes reçues et de dossiers ouverts¹³), que la France apparaît dans une situation plutôt favorable par rapport au droit européen de la commande publique : un État membre qui ne connaît pas actuellement des problèmes structurels de compatibilité avec les directives européennes et qui est à l'origine d'un nombre très réduit de dossiers de plainte ou d'infraction.

12. Tâche qui dépasse largement les compétences de l'auteur et les objectifs de ce texte.

13. La question du nombre réduit de plaintes reçues par la Commission relatives à la France peut, d'ailleurs, s'expliquer pour plusieurs raisons telles que l'accès facile et gratuit aux instances de recours ou le manque de tradition culturelle de porter de façon systématique les contentieux nationaux « à Bruxelles » (contrairement à d'autres États membres où les opérateurs économiques ou leurs représentants présentent très souvent une plainte à la Commission européenne en même temps qu'ils se pourvoient devant les instances de recours nationales).

L'achat public, levier du développement en Afrique- Mirage ou réalité ?

Lewis Nsalou

Avocat et Enseignant à l'Université Paris-Saclay

Souhir Fourati

Maître de conférences agrégée à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis Université de Carthage

L'avis de Lewis Nsalou

L'achat public en Afrique s'inscrit dans une dynamique portée par les États africains, confortée par l'harmonisation régionale et les directives des bailleurs¹.

Les institutions financières internationales, à savoir la Banque Mondiale et le Fonds Monétaire International, se sont longtemps intéressées aux politiques de développement et d'endettement des pays africains. Elles sont intervenues auprès des États

1. Banque Mondiale, UE, AFD

africains par des programmes d'ajustement structurel sans poser, au départ, de conditionnalités précises.

Après plusieurs années au cours desquelles les plans d'ajustement structurel ont été axés exclusivement sur les aspects techniques de l'économie, les institutions de Bretton Woods ont commencé, à partir des années 1980, à exiger le respect de certaines conditionnalités telle la bonne gouvernance dans leur diagnostic de « l'échec à développer ».

Dans ces conditions, les réformes des institutions et la bonne gestion des affaires publiques étaient considérées comme des préalables au développement économique de ces pays.

C'est dans ce contexte que du 30 novembre au 4 décembre 1998, la Banque Mondiale, en partenariat avec la Banque africaine de développement et le Programme des Nations unies pour le développement avaient organisé une conférence sur la réforme des marchés publics en Afrique. Cette conférence ayant réuni près de trente pays africains constituait le point de départ des grandes réformes qui allaient être entreprises dans le secteur des marchés publics au sein des différents pays.

Au terme de cette conférence, les gouvernants africains ont décidé d'engager des réformes institutionnelles importantes concernant la passation des marchés publics. Les participants à la conférence ont souligné, entre autres, la nécessité d'accompagner les changements institutionnels, juridiques et organisationnels intervenus

dans les pays africains par la réforme des marchés publics en vue d'améliorer les ressources des États.²

Ces réformes ont trouvé aussi quelques éléments de justification dans les facteurs internes propres à chaque pays. Ainsi, à partir des années 2000, les pays africains ont connu un cycle de réformes ou de codification des marchés publics.

La nouvelle réglementation, issue de ces réformes, innove par rapport à l'ancienne en érigeant l'appel d'offres en principe et le gré à gré en exception et en faisant intervenir dans le processus de passation des marchés les autorités de contrôle *a priori* et *a posteriori*.

Elle a aussi le mérite d'avoir clarifié la qualification des montages contractuels, essentiellement les marchés publics et les délégations de service public, généralement soumis au même code.

Dans ce sens, la codification de l'achat public devait ainsi permettre le développement économique des États africains.

Toutefois, plus de vingt ans après cet élan de codification, la commande publique en Afrique fait face à de nouveaux enjeux : l'harmonisation régionale, l'apparition des montages complexes du type partenariat public-privé (PPP), la professionnalisation des acteurs de la commande publique, la place des organes de

2. Déclaration tirée du Rapport de la Conférence d'Abidjan sur la réforme des marchés publics, du 30 novembre au 4 décembre 1998

contrôle *a posteriori* et la clarification du contentieux de la passation et de l'exécution.

Sur l'harmonisation régionale, le Bénin, le Burkina-Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée-Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo, regroupés au sein de l'Union monétaire ouest-africaine (UEMOA), bénéficient d'un cadre communautaire institué par les Directives dites 04³ et 05⁴, relatives aux règles de passation et d'exécution et aux organes de contrôle. Ces directives de 2005 sont appelées à évoluer.

La Directive n° 01/2022⁵, portant cadre juridique et institutionnel des PPP dans l'UEMOA, récemment adoptée, s'inscrit dans cet élan d'harmonisation. Elle clarifie la distinction entre PPP à paiement public et PPP à paiement par les usagers (concession d'aménagement, concession de service et concession de travaux).

Contrairement à l'UEMOA, les pays réunis au sein de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC), Cameroun, Centrafrique, Congo, Gabon, Guinée-Équatoriale et Tchad, ne bénéficient pas d'un cadre communautaire sur les marchés publics.

3. La Directive n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA

4. La Directive n°05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA.

5. La Directive n°01/2022/CM/UEMOA du 30 septembre 2022 portant cadre juridique et institutionnel des partenariats public-privé dans l'UEMOA

Quant au montage qualifié de partenariat public-privé, certains États définissent à l'échelle nationale un cadre juridique propre, c'est le cas du Bénin, du Cameroun, de la Guinée-Conakry, du Sénégal et du Tchad, pour ne citer que ceux-là. D'autres mettent en place un cadre institutionnel en charge de la promotion des PPP, c'est le cas du Congo-Brazzaville⁶.

De même, des montages hybrides, passés sur la base du code des marchés publics, associant l'intervention du secteur privé sont parfois abusivement qualifiés de partenariats public-privé.

La professionnalisation des acteurs de la commande publique, incluant les organes en charge de la passation, du contrôle *a priori* et *a posteriori*, constitue un enjeu majeur en vue de faire de l'achat public un réel vecteur du développement économique en Afrique.

D'autres acteurs institutionnels (Cour des comptes, Inspection générale d'État, Inspection générale des Finances, Organe de lutte contre la corruption...), souvent éloignés de l'achat public, cependant sollicités dans le cadre de leurs missions de contrôle, devront aussi bénéficier de formations spécifiques en achat public, utiles à leurs missions.

Enfin le contentieux, d'abord celui de la passation portée devant les organes de régulation des marchés publics⁷, ensuite celui de l'exécution devant les juridictions, comparativement au

6. Ministère de la Coopération internationale et de la Promotion du Partenariat public-privé

7. Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP).

contentieux de la commande publique en France, ne dispose généralement pas des procédures du type, référé contractuel, recours en contestation de la validité du contrat et recours en reprise des relations contractuelles.

L'achat public en Afrique bénéficie aujourd'hui d'un cadre juridique structurant le processus de passation et d'exécution. Cela permet, d'une part, de rassurer et d'attirer des investisseurs et, d'autre part, de garantir la transparence dans le processus de contractualisation.

Cet objectif certes atteint ne saurait suffire à lui seul.

Au-delà, pour que l'achat public devienne un véritable outil de développement en Afrique, il serait utile d'intégrer au titre des évolutions à venir, la logique d'harmonisation régionale, la clarification des montages contractuels (marchés publics, DSP et PPP), la professionnalisation des acteurs de la commande publique et la formation des magistrats et d'autres organes externes en charge du contrôle des marchés publics.

L'avis de Souhir Fourati

Les marchés publics⁸ en Afrique représentent un poids économique considérable. Le pourcentage des marchés publics varie généralement entre 16 et 25 % du PIB dans plusieurs pays. Au Maroc, il représente entre 15 et 17 % du PIB⁹, 20 % du PIB national en Algérie¹⁰, en Tunisie le pourcentage varie entre 15 %¹¹ et 20 % du PIB¹² ce qui correspond environ à 40 % du budget de l'État, ce pourcentage s'élève à 15,22 % du PIB en 2017¹³ au Rwanda et à 15 % du PIB au Sénégal¹⁴.

Si les chiffres sont assez importants dans ces pays, le pourcentage est faible au Burkina Faso¹⁵ et en Mauritanie puisqu'il n'a

8. Les études et rapports traitent essentiellement des marchés publics, notion qui ne couvre pas souvent tous les achats publics en raison des différences quant à la définition juridique adoptée par chaque pays.

9. « Guide sur l'intégrité dans les marchés publics au Maroc », Instance Centrale de prévention de la corruption et OCDE, 2019.

10. « Guide des marchés publics - République algérienne démocratique et populaire », OCDE et ministère des finances algérien, Édition 2021 disponible sur le site de l'OCDE : <https://www.oecd.org/fr/gov/commande-publique/projets-pays/marches-publics-algerie/>;

11. « Guide d'accès des PME aux marchés publics », OCDE, 2017, p. 9 ; disponible sur : https://www.ccibizerte.org/tiny_mce/plugins/filemanager/files/Guide-dacces-aux-marches-publics-Version-Francaise.pdf

12. « Améliorer l'accès des PME aux marchés publics en Tunisie : la voie à suivre », OCDE, 2019

13. "Assessment of Rwanda's public procurement system", 2022 ; disponible sur : <https://www.mapsinitiative.org/assessments/MAPS-Rwanda-assessment-report.pdf>

14. Pour l'année 2015, voir « Rapport d'évaluation du système de passation des marchés publics selon la méthodologie MAPS révisé », 2017 ; disponible sur : <https://www.mapsinitiative.org/fr/evaluations/>

15. Selon le dernier rapport d'évaluation de leur système de passation des marchés publics réalisé selon la méthodologie d'évaluation des systèmes de passation des marchés public révisée (MAPS II), 2022.

pas dépassé 5 % du PIB¹⁶ ces dernières années. Un faible pourcentage comparé au niveau moyen observé au sein des pays de l'Union économique et monétaire ouest-africaine qui est d'environ 15 %. Faiblesse expliquée pour le Burkina Faso par une « non-exhaustivité des données publiées »¹⁷ par l'autorité de régulation de la commande publique (ARCOP).

Toutefois, malgré l'importance de ces dépenses publiques, les marchés publics ne semblent pas constituer un marché prometteur pour les entreprises africaines. Seule une minorité de pays africains prennent une part non négligeable de ces dépenses. En consultant, par exemple, les statistiques sur les contrats attribués dans le cadre des projets financés par la banque africaine de développement (BAD) les 6 dernières années (2016-2021)¹⁸, il ressort que seulement 2 pays africains (la Tunisie et le Maroc) sont classés parmi les 5 premiers sur la liste des pays bénéficiaires de ces contrats. La Chine arrive en tête de liste, largement au-dessus des autres, avec un pourcentage de 33,25 %¹⁹. La France est classée deuxième avec un pourcentage de 5,79 %, suivie de l'Inde avec 4,85 %, le Maroc avec 4,68 % et la Tunisie avec 4,5 %.

Sur un autre plan, le rapport d'évaluation des politiques et institutions en Afrique CIPIA-Afrique de novembre 2021 souligne que « la gestion du secteur public et des institutions, a recueilli comme les années précédentes la note la plus basse de

tous les groupes²⁰. Le critère de la transparence et de la redevabilité a continué d'afficher la note moyenne la plus faible des critères du groupe »²¹.

Il faut dire que les marchés publics en Afrique constituent un principal vecteur de développement économique et les enjeux liés à la réalisation de ces commandes publiques sont nombreuses. En effet, l'accomplissement de nombreux projets est tributaire de l'octroi de financements par de nombreuses institutions financières tel que les bailleurs de fonds institutionnels internationaux multilatéraux ou encore bilatéraux dont les fonds alloués dépendent des budgets des États membres qui cherchent à mieux connaître le système des marchés publics dans chaque pays partenaire. Ils apportent assez souvent un appui technique et financier aux pays emprunteurs pour qu'ils améliorent leurs systèmes de marchés publics afin qu'ils soient en conformité avec les standards internationaux.

En outre, les entreprises privées qui souhaitent accéder à la commande publique en Afrique interviennent parfois dans le cadre des marchés publics et des partenariats publics privés et ont besoin d'informations exactes et fiables sur la situation de chaque pays. L'ensemble de ces intervenants a besoin de données précises sur les systèmes de passation des marchés publics des pays partenaires. Ils participent ainsi d'une manière directe ou indirecte à l'amélioration de ces systèmes. L'appui aux pays africains vient

16. En Mauritanie, la part des marchés publics dans le PIB au cours des années 2017, 2018 et 2019, est respectivement de 5%, 3% et 2% ; Au Burkina Faso au cours des années 2014, 2015 et 2016 les chiffres sont respectivement de 5%, 3% et 2%.

17. Rapport MAPS II, Burkina Faso, *précité*.

18. Statistiques disponibles sur le site de la BAD : <https://www.afdb.org/fr/projects-and-operations/procurement/tools-reports/procurement-statistics>

19. Avec un montant de 5 634 243 093 USD.

20. Groupe A : la Gestion économique ; Groupe B : politiques structurelles/secteur financier ; Groupe C : inclusion sociale et équité ; Groupe D : Gestion du secteur public.

21. « CIPIA-Afrique-Evaluation des politiques et des institutions en Afrique », Groupe de la Banque mondiale 2021 ; rapport disponible sur : <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/36885?locale-attribute=fr>

de plusieurs organisations et institutions²² et plusieurs études sont régulièrement réalisées afin d'améliorer les connaissances en matière de marchés publics. Récemment ont été publiés le « Guide des marchés publics pour l'Algérie »²³, la « Revue du système de passation des marchés publics en Algérie — Vers un système efficient, ouvert et inclusif »²⁴ et le « Guide de l'intégrité dans les MP au Maroc »²⁵. Plusieurs rapports²⁶ et guides²⁷ ont été réalisés avec les instances tunisiennes pour faciliter la tâche des acheteurs publics ainsi que les entreprises partenaires tels que « Améliorer l'accès des PME aux marchés publics en Tunisie : la voie à suivre »²⁸, la « Stratégie de Management des

22. Les publications de l'OCDE sur les marchés publics sont disponibles sur : <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/publications/>

23. « Guide des marchés publics République algérienne démocratique et populaire », OCDE et ministère des finances algérien, Édition 2021 disponible sur le site de l'OCDE : <https://www.oecd.org/fr/gov/commande-publique/projets-pays/marches-publics-algerie/>

24. <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/publications/>

25. « Guide sur l'intégrité dans les marchés publics au Maroc », OCDE et l'instance centrale de prévention de la corruption ; Disponible sur le site <https://www.oecd.org/governance/public-procurement/publications/Guide-integrite-dans-marches-publics-Maroc.pdf> « Ce guide a donc été conçu pour aider les acheteurs publics marocains (maître d'ouvrage) à préserver et à améliorer l'intégrité dans les marchés publics tout au long des différentes étapes du cycle de passation des marchés publics ».

26. « Améliorer l'environnement de passation des marchés publics en Tunisie -aider les groupes vulnérables à obtenir un meilleur accès à TUNEPS » <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/publications/>

27. « Guide d'accès des PME aux marchés publics », le « Déploiement de la Stratégie de Management des Risques dans les Marchés publics en Tunisie » publié en 2020, le « Guide de management des risques dans les marchés publics en Tunisie », Guide publié par l'OCDE en 2020, disponible sur : <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/publications/Guide-de-management-des-risques-dans-les-marches-publics-en-Tunisie-comp.pdf>

28. Elle a été réalisée en dans le cadre du projet « Bonne Gouvernance et Anti-Corruption en Tunisie », mis en œuvre par l'OCDE avec le soutien financier du *Foreign and Commonwealth Office* du Royaume-Uni et en coordination avec le gouvernement tunisien.

Risques dans les Marchés Publics en Tunisie » de 2019 révisée en 2022²⁹.

Au niveau du continent, les pays africains conscients du volume important des dépenses que représentent les marchés publics et « du lot de transactions qu'elle génère d'une part et soucieux de promouvoir la transparence, l'efficacité et la responsabilisation des acteurs pour une bonne gouvernance » d'autre part, ont œuvré pour la mise en place d'un réseau africain de la commande publique (RACOP)³⁰. Regroupés au sein des ensembles régionaux, notamment le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) et l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), ont entrepris de nombreuses actions en vue de l'échange d'expériences et l'adoption de réformes ayant pour « principal objectif de moderniser les systèmes de passation des marchés publics en y intégrant les meilleures pratiques aptes à garantir l'efficacité dans les mécanismes d'acquisition des biens et services tout en favorisant la transparence, l'équité, la concurrence et l'optimisation des ressources »³¹.

Il est à rappeler que la recommandation de l'OCDE affirme un ensemble de principes à intégrer dans les systèmes de passation des marchés publics de chaque pays pour un meilleur fonctionnement. Il s'agit, en effet, de 12 principes intégrés qui sont la transparence, l'intégrité, l'accès, l'équilibre, la participation,

29. Disponible sur : <https://idaraty.tn/fr/publications/strategie-management-risques-marches-publics-tunisie>

30. Site : <https://appn-racop.org/publication/>

31. Rapport d'activité du RACP 2019, disponible sur : <https://appn-racop.org/wp-content/uploads/2019/11/RACOP-AG-112019-HD.pdf>

Rapport financier du RACOP 2019, disponible sur : <https://appn-racop.org/wp-content/uploads/2019/11/RACOP-Rapport-Financier.pdf>

l'efficience, le *e-procurement*, la capacité, l'évaluation, la gestion des risques, la responsabilité et l'intégration. L'appréciation globale d'un système doit concerner le « cycle de passation des marchés publics » **qui désigne la succession d'activités liées aux marchés publics**, « depuis l'évaluation des besoins, la concurrence, jusqu'au paiement et la gestion des marchés, ainsi que toute activité ultérieure de suivi ou d'audit »³². Il faut noter qu'il est difficile d'établir une définition commune des « marchés publics » en raison des divergences entre les législations nationales des pays objet de l'étude.

Tenant compte de la vocation internationale de ces principes, il est judicieux de s'interroger sur leur intégration dans les systèmes africains de passation des marchés publics. Dans quelle mesure la dynamique d'amélioration des marchés publics, entamée depuis plusieurs années en Afrique, a permis de rendre les systèmes nationaux plus transparents, efficaces et équitables afin d'en faire un levier de développement de l'économie ?

Il est difficile de répondre à une problématique aussi complexe en quelques lignes. Les divergences entre les pays d'un continent sont considérables. Toutefois, l'analyse de quelques expériences³³ est susceptible de clarifier certains aspects et d'éclairer le lecteur sur une telle question fort ambitieuse.

L'analyse portera d'abord sur un état des lieux de quelques avancées réalisées (I) ces dernières années, pour ensuite s'arrêter sur les pistes d'évolutions possibles (II).

32. Recommandation OCDE, *précitée*.

33. Les exemples cités sont donnés à titre illustratif car l'étude comparative suggère l'élaboration d'un travail de recherche approfondi - qui dépasse le cadre de la présente étude - pour en tirer des conclusions détaillées.

I. Des avancées

Sans être exhaustif dans la description des multiples progrès des systèmes des marchés publics, un rapide survol du cadre juridique (A), institutionnel (B) et des recours (C) dans quelques pays permet de révéler la dynamique de changement qui a eu lieu depuis quelques années.

A. Un cadre juridique en mutation

Une volonté de mettre en place un cadre juridique moderne régissant les marchés publics s'est fait sentir dans de nombreux pays d'Afrique ces 2 dernières décennies. Bien évidemment la démarche est particulière à chaque gouvernement et tant la mise en place que les réformes n'ont pas suivi le même rythme d'évolution. Le contexte pays est déterminant dans ces choix politico-économiques et un exercice préalable d'évaluation a, largement, contribué à concrétiser les recommandations dans les réformes structurelles réalisées. En effet, plusieurs tentatives nationales d'évaluation des systèmes de passation des marchés publics ont facilité l'amélioration par les gouvernements de leurs systèmes de passation des marchés publics afin de mieux tenir compte des standards internationaux dans le secteur. La méthodologie d'évaluation des systèmes de passation des marchés publics élaborés par l'OCDE en collaboration avec plusieurs partenaires est un outil considérable permettant aux gouvernements de procéder à un exercice collectif et participatif d'évaluation de leur système de passation des marchés publics.

L'harmonisation des législations relatives aux marchés publics au sein des pays de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), par exemple, a commencé depuis plusieurs années par l'adoption d'un ensemble de directives dont la transposition dans le droit interne des États membres est une obligation prévue par les dispositions même des directives³⁴. Si la transposition³⁵ des directives dans le domaine des marchés publics par tous les États membres à savoir le Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée-Bissau, Mali, Niger, Sénégal le Togo, a fait émerger un nouveau droit « harmonisé » des marchés publics, il n'a toutefois, « pas encore atteint la maturité adéquate »³⁶. En tout état de cause, le cadre juridique des marchés publics est en pleine mutation dans la plupart de ces pays. En effet, la Côte d'Ivoire a adopté un nouveau code des marchés publics en 2019³⁷ avec plusieurs décrets d'application pris en décembre

34. Directive N°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africains (article 93) ; Directive n° 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régularisation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA ; la directive n° 02/2014/CM/UEMOA du 28 juin 2014 relative à la réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ; Directive n°04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

35. « Rapport sur l'efficacité et la fiabilité du système de passation, d'exécution et de contrôle de la commande publique », ARMP de la République du Bénin, 2019 ; disponible sur le site de l'APMP : <https://armp.bj/storage/2021/09/rapport-efficacite-du-systeme-national-2019-vf-version-mai-2021.pdf>

36. Bakary Dramé « *Droit comparé de la commande publique au sein de l'UEMOA ; étude des droits des marchés publics du Burkina Faso de la Côte d'Ivoire, du Mali et du Sénégal* », l'Harmattan, 2021.

37. Ordonnance n° 2019-679 du 24 juillet 2019 portant Code des Marchés publics, Journal officiel de la République de la côte d'ivoire du 11 déc.2019 ; disponible sur : <https://budget.gouv.ci/doc/loi/Code-Marches-Publics-Ordonnance-n-2019-679-du-24-juillet-2019.pdf>

2021³⁸ consacrant de nombreuses innovations au niveau du processus de gestion des marchés publics. Il faut dire que préalablement à cette réforme plusieurs axes d'amélioration du système ont été consignés dans un plan stratégique 2019-2021 établi par l'autorité nationale de régulation des marchés publics³⁹.

Le Sénégal a entamé l'évaluation de son système de passation des marchés publics selon la méthodologie MAPS II très tôt. Impliqué dans la réforme du MAPS⁴⁰, le Sénégal est le seul pays africain dont l'évaluation est considérée comme une évaluation pilote⁴¹. Le code des marchés publics est adopté en 2014 par décret modifié plusieurs fois dont la dernière date d'août 2022⁴². L'actuel dispositif juridique est en cours d'achèvement puisque le rapport MAPS II recommandait déjà de le finaliser⁴³. Ces évolutions au niveau du cadre législatif et réglementaire méritent un effort de simplification et d'unification soulevé par certaines études. En effet, au Burkina Faso le rapport d'évaluation

38. <https://www.aip.ci/communiquedeconseil-desministres-dumercredi-15-decembre-2021/>

39. Rapport de l'Autorité National de Régulation des marchés publics de 2021 ; disponible sur : <https://www.anrmp.ci/images/app/contenu/1882/rapport-dactivites-2021.pdf>

40. « L'évaluation est réalisée en guise de test. Le Sénégal qui co-préside le Groupe des parties prenantes (GPP) pour la révision de la MAPS (GPP-MAPS), a été sélectionné pour tester cette nouvelle méthodologie » ; Rapport d'évaluation du système de passation des marchés publics du Sénégal selon la méthodologie MAPS révisée, rapport provisoire, mai 2017 ; disponible sur : <https://www.mapsinitiative.org/fr/evaluations/>

41. Avec le Chili, la Norvège et le Pérou.

42. « Modification du code des marchés publics, des voix s'élèvent », publié le 23/08/2022 ; <https://www.seneplus.com/politique/modification-du-code-des-marches-publics-des-voix-selevent> ; « ENERGIES - Le Décret illégal n°2022-1538 modifiant le code des marchés publics organise le vol et le pillage des ressources pétrolières et gazières (DOCUMENTS) », publié le 24 août 2022 ; https://www.impact.sn/ENERGIES-Le-Decret-illegal-n-2022-1538-modifiant-le-code-des-marches-publics-organise-le-vol-et-le-pillage-des_a34087.html

43. Rapport MAPS II, *précité*.

MAPS II du système de passation des marchés publics publié en 2022 suggère « d'harmoniser le droit des marchés publics et des PPP au sein du cadre juridique de la commande publique »⁴⁴. Le pays dispose d'une loi de 2016 portant réglementation générale de la commande publique et une loi relative aux PPP. Il en est de même pour la **Tunisie** qui a recommandé, lors de sa dernière évaluation de son système de passation des marchés publics selon la MAPS II⁴⁵, l'adoption d'un texte législatif régissant les contrats de la commande publique à savoir les marchés publics, les concessions et les contrats de partenariat régies actuellement par 3 principaux textes et de nombreux autres règlements d'application⁴⁶. Ce rapport d'évaluation en phase de validation par les autorités publiques sera accessible très prochainement sur le site de l'OCDE. Le pays a mis en place l'actuelle réglementation des marchés publics en 2014 par décret n° 2014-1039 du 13 mars 2014 suite à une 1^{re} évaluation de son système de passation des marchés publics réalisée en 2012 dans le cadre d'un processus de transition démocratique engagé dans le pays depuis 2011. L'**Algérie**, a réalisé des avancées considérables⁴⁷ dans le domaine des marchés publics suite à la réforme de 2015 apportée par

44. Rapport d'évaluation du système de passation des marchés publics au Burkina Faso selon la méthodologie d'évaluation des systèmes de passation des marchés publics révisée (MAPS II), OCDE, 2022 ; disponible sur : <https://www.mapsinitiative.org/fr/evaluations/>

45. Évaluation effectuée entre 2018-2021 et le rapport est bientôt disponible sur le site de l'OCDE :

46. Rapport d'évaluation du système de passation des marchés publics tunisien », 2018-2021 ; bientôt disponible sur : Évaluations - Organisation de coopération et de développement économiques (mapsinitiative.org)

47. « Revue du système de passation des marchés publics en Algérie- vers un système efficient, ouvert et inclusif », OCDE, 2019 ; disponible sur : <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/49802cd0-fr:pd>

le décret présidentiel n° 15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public⁴⁸ qui constitue le texte fondamental applicable aux marchés publics.

Au **Maroc**, le décret n° 2-12-349 du 20 mars 2013 est le texte principal régissant les marchés publics. Ce cadre réglementaire est complété par de nombreux textes (dahirs, décrets, arrêtés, et autres) couvrant différents aspects des marchés publics⁴⁹. Une dynamique de modernisation du système de passation des marchés publics est en cours dans le pays. L'évolution récente du cadre réglementaire de la dématérialisation des procédures en est une meilleure illustration⁵⁰. Une autre réforme du décret de 2013 plus globale se prépare dans le pays⁵¹. Encore au stade de projet, le nouveau texte entrera en vigueur dans quelques mois.⁵² En parallèle, le pays s'est lancé depuis 2019⁵³ dans une auto-évaluation de son système de passation des marchés publics selon la MAPS II⁵⁴.

48. Décret présidentiel n° 15-247 du 2 Dhou El Hidja 1436 correspondant au 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public ; Journal officiel de la République algérienne numéro 50 du 20 septembre 2015.

49. « Guide sur l'intégrité dans les marchés publics au Maroc », *précité*.

50. Voir portail marocain des marchés publics : <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/spip.php?article141&lang=fr>

51. <https://www.ecoactu.ma/marches-publics-projet-de-decret/>

52. Attendu pour le 1^{er} janvier 2023 : <https://medias24.com/2022/06/27/un-avant-projet-de-decret-sur-les-marches-publics-ce-qui-pourrait-changer/>

53. Voir circulaire du chef du gouvernement n°2019/16 du 30 septembre 2019 (en arabe) ; disponible sur le site de la CNCP : [http://www.cncp.gov.ma/Portals/0/espace_documentaire/travaux/circulaire%2016-2019%20\(2\)%20\(1\).pdf?ver=2021-12-27-123923-560](http://www.cncp.gov.ma/Portals/0/espace_documentaire/travaux/circulaire%2016-2019%20(2)%20(1).pdf?ver=2021-12-27-123923-560)

54. http://www.cncp.gov.ma/Portals/0/espace_documentaire/travaux/Agenda%20MAPS.pdf?ver=2021-12-27-105115-037

La **Mauritanie** a procédé, également, à l'évaluation de son système de passation des marchés publics et le rapport est en phase finale de validation. Sa publication est prévue pour bientôt⁵⁵. Mais le pays a déjà traduit les recommandations du rapport dans sa dernière réforme du droit des marchés publics. Un nouveau code a été promulgué par la loi n° 2021-024 du 29 décembre 2021 abrogeant et remplaçant la loi n° 2010-044 du 22 juillet 2010 portant code des marchés publics. Son décret d'application a, également, été adopté il y a à peine quelque mois soit le 8 juin 2022 (décret n° 2002-083)⁵⁶.

La **République démocratique du Congo (RDC)** s'est engagée dans un processus de modernisation de son système de passation des marchés publics tout en suivant la démarche d'auto-évaluation selon la méthodologie MAPS. L'adoption en 2010 de la Loi Relative aux Marchés publics⁵⁷ a été suivi par une évaluation en 2012 et une autre en 2020. Cette dernière « évaluation note, à peu de choses près, les mêmes lacunes avec quelques améliorations au fil des ans »⁵⁸. Une prise en compte des recomman-

dations pour l'amélioration du système semble être assez lente à cause notamment de l'absence de réelle volonté politique⁵⁹.

Le **Rwanda** s'est doté d'un cadre juridique moderne relatif aux marchés publics depuis plusieurs années. La dernière loi de 2018 constitue un cadre légal régissant les principales phases d'un cycle de passation des marchés publics. Cette modification⁶⁰ est venue intégrer le système de passation de marchés en ligne et consolider les textes en une seule loi sur les marchés publics en incluant toutes les modifications apportées jusqu'à présent⁶¹. Ces textes correspondent à une présentation moderne du droit des marchés publics avec une affirmation des principes, la détermination des modalités de leurs mises en œuvre par une description du régime de passation (modes passation, déroulement des procédures de passation et mécanismes de contrôle interne) suivi du régime d'exécution pour enfin réserver quelques articles aux recours.

B. Des améliorations du cadre institutionnel

L'amélioration du cadre institutionnel des marchés publics est en pleine évolution dans plusieurs pays du continent africain. Cette évolution s'inscrit bien dans le cadre de la prise en compte des exigences internationales en la matière. En effet, la MAPS II exige que le pays soit doté d'une institution responsable de la fonction normative et/ou de réglementation. Outre

55. Voir : Évaluations - Organisation et de développement économiques (mapsinitiative.org)

56. Les textes régissant les marchés publics sont disponibles sur le site officiel de l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP) de la Mauritanie : <https://armp.mr/>

57. Loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, disponible sur le site de l'ARMP ; <https://www.armp-rdc.org/index.php/fr/lois>

58. « Rapport d'Évaluation du système de passation des marchés publics de la République Démocratique du Congo - MAPS II », ARMP-Banque mondiale, juin 2020, « Une première évaluation conduite en 2003-2004 a débouché sur un plan d'actions dont l'objectif premier était de mettre en place un cadre légal et réglementaire moderne, nécessaire au bon fonctionnement du système », disponible sur : <https://www.mapsinitiative.org/fr/evaluations/>.

59. Rapport 2020, *précité*, p.10.

60. N°62/2018 du 25/08/2018, Official Gazette no. Special of 07/09/2018.

61. Rapport MAPS II du Rwanda, 2022, disponible sur : <https://www.mapsinitiative.org/fr/evaluations/>

son existence, elle doit vérifier les critères de « l'indépendance et l'efficacité de ses fonctions » ainsi qu'un degré « de coordination entre les organisations responsables »⁶². L'institution doit avoir « un financement adéquat » pour assurer « une dotation en personnels et en ressources appropriée afin de maintenir les prestations fournies au niveau de qualité exigé ».

Dans ce cadre, la directive n° 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public affirme le « principe de la séparation des fonctions de contrôle et de régulation »⁶³ en suggérant aux États membres de « mettre en œuvre des procédures et mécanismes garantissant cette séparation »⁶⁴. La composition tripartite de l'institution de régulation (secteur public, secteur privé et société civile) est exigée par la directive ainsi que les domaines d'intervention⁶⁵ sont définis.

Au **Sénégal**, le code des marchés publics distingue la fonction de contrôle interne des marchés publics de la fonction⁶⁶ de contrôle externe exercée par une autorité de régulation⁶⁷. Son ARMP

« est une autorité administrative indépendante, rattachée à la primature », créée en 2006 et dotée de l'autonomie financière et de gestion⁶⁸. Une redevance de régulation est instaurée pour renforcer son indépendance financière. L'ARMP est administrée par un Conseil de régulation composé sur une base tripartite et paritaire de membres de l'administration publique, du secteur privé et de la société civile. L'ARMP « conseille et assiste l'État pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, assure des missions d'audits indépendants et d'enquêtes, sanctionne les personnes physiques et morales qui ont contrevenu à la réglementation des marchés publics et procède au règlement non juridictionnel des litiges survenant au stade de passation de marché ». L'ARMP a une cellule chargée des enquêtes qui peuvent être ordonnées d'office par Conseil de Régulation ou à la suite de dénonciations reçues⁶⁹.

Le principe de séparation de la fonction de contrôle et la fonction de régulation est affirmé dès les premiers articles du code des marchés publics **ivoirien** immédiatement après les principes de passation des marchés publics⁷⁰. Instituée depuis 2009⁷¹, l'Autorité nationale de régulation des marchés publics (ANRMP) est actuellement organisée par l'ordonnance du 27 juin 2018 portant

62. La recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics exige des adhérents de « rationaliser le système de passation de marchés publics et son cadre institutionnel » (VII-i) ; disponible sur : <https://www.oecd.org/fr/gouvernance/ethique/Recommandation-OCDE-sur-les-marches-publics.pdf>, V. également le Pilier II de la MAPS II- Cadre institutionnel et capacité de gestion-Indicateur 5.

63. Article 4 : Des fonctions et mécanismes de contrôle des marchés publics et des délégations de service public.

64. Article 3 de la directive.

65. Article 5 : Des fonctions et mécanismes de régulation des marchés publics et des délégations de service public.

66. Art. 140 du code sénégalais des marchés publics ; voir décret numéro 2007-547 du 25 avril 2007 portant création de la direction centrale des marchés publics.

67. Art. 145 du code des marchés publics sénégalais et décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP.

68. Article 1^{er} du Décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP ; disponible sur : http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=64&Itemid=313.

69. Composition et mission de cette cellule sont disponibles sur le site de l'ARMP : http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=414&Itemid=439

70. Ordonnance n° 2019-679 du 24 juillet 2019 portant Code des Marchés publics- Art. 9 ; Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire du 11 décembre 2019.

71. Un bref aperçu de l'historique des marchés publics est présenté par le rapport d'activité de l'ANRMP de 2010-2011, p.6 ; disponible sur le site officiel de l'ANRMP : <https://www.anrmp.ci/actualites/publications>

création, organisation et fonctionnement de l'ANRMP. Ayant la forme d'autorité administrative indépendante, son conseil de régulation⁷² est un organe tripartite composé de représentants du secteur public, du secteur privé et de la société civile. Les membres de ces deux dernières composantes sont choisis par les organisations socioprofessionnelles et les associations œuvrant dans le domaine de la bonne gouvernance⁷³. Pour garantir son indépendance financière, l'ordonnance instaure, outre les ressources habituelles (subventions de l'État, dons et legs, etc.), une redevance de régulation dont le paiement donne droit à la délivrance par l'ANRMP « d'un quitus de non-redevance » qui constitue une pièce obligatoire pour la participation à une commande publique⁷⁴. Il s'agit de la « première autorité de régulation des marchés publics certifiée ISO 9001 versions 2015 dans la zone UEMOA »⁷⁵.

Au **Burkina Faso**, l'Autorité de régulation de la commande publique (ARCOP) est régie par décret-n° 2017 — 0050 portant attributions organisation et fonctionnement de l'ARCOP. Bien qu'elle soit créée sous forme d'autorité administrative tripartite à l'instar des autres pays de l'UEMOA, son indépendance financière n'est pas effective. En effet, les textes créent certes une redevance au profit de l'ARCOP, cependant, l'institution souffre encore d'insuffisance de ressources financières

72. Article 7 de l'ordonnance de 2018.

73. L'article 8 et 9 de l'ordonnance.

74. Ordonnance n°2018-594 du 27 juin 2018 portant création, fonctionnement de l'ANRMP (Article 40) ; Voir site officiel de l'ANRMP : <https://www.anrmp.ci/actualites/publications>

75. Rapport d'activité de l'ANRP de 2021 ; disponible sur le site officiel de l'ANRP.

qui l'empêche d'accomplir certaines fonctions telles que la réalisation d'audits indépendants annuels et d'assurer la formation. Elle se trouve ainsi privée « de sa plus importante source de financement »⁷⁶.

La **Mauritanie** a une autorité de régulation des marchés publics avec une composition tripartite. Le pays fait partie des pays de l'UMA⁷⁷ mais son droit des marchés publics est largement imprégné des directives de l'UEMOA. Créée sous forme d'une autorité administrative indépendante⁷⁸, les textes donnent à l'ARMP des pouvoirs de contrôle et d'enquête en matière de marchés publics⁷⁹. Toutefois, selon la dernière évaluation, l'autonomie financière de l'ARMP n'est toujours pas effective⁸⁰. Mais le nouveau code des marchés publics de 2021 et son décret d'application de 2022⁸¹ ont établi la redevance de régulation au profit de l'ARMP.

L'Office **rwandais** des marchés publics prévu par la loi de 2018 est chargé d'effectuer « une inspection régulière afin de vérifier l'application des lois et règlements régissant les marchés publics ». Ses principales missions se rapportent à l'organisation, le conseil, le contrôle, la sanction, l'analyse, l'enquête et la

76. Rapport d'évaluation du système de passation des marchés publics au Burkina-Faso-2022, *précité*, p.12.

77. L'Union du Maghreb Arabe (UMA) institué en 1989 comprend l'Algérie, la Tunisie, le Maroc, la Libye et la Mauritanie.

78. Articles 12 et suivants du code des marchés publics de 2021 (loi n°2021-24 du 29 décembre 2021).

79. Article 6 du décret n°2022-85 du 8 juin 2022 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP ; Journal Officiel de la République de Mauritanie du 15 juin 2022.

80. Rapport MAPS II de la Mauritanie, bientôt disponible sur le site de l'OCDE.

81. Article 42.

supervision en matière de marchés publics ainsi que la formation, la professionnalisation et la sensibilisation dans ce domaine⁸². La loi relative aux marchés publics en **RDC** prévoit que la régulation des marchés publics est assurée par une institution chargée notamment du contrôle *a posteriori* des marchés publics, de l'audit, de la formation et du renforcement des capacités. L'ARMP est créée sous forme d'un établissement public⁸³ et l'ARMP peut « initier toute investigation relative à des irrégularités ou violations à la réglementation commises en matière de marchés publics » et saisir les autorités compétentes de toute infraction constatée⁸⁴. Son indépendance financière est garantie par l'instauration d'une redevance qui n'a, toutefois, été mise en place qu'en 2018. Il semble que l'ensemble des ressources mises à sa disposition ne soient pas suffisantes pour couvrir tous ses besoins⁸⁵ et ses décisions ne sont pas toujours respectées. Pour pallier à ces lacunes, le rapport MAPS II recommande de relever son niveau hiérarchique en la rattachant à la Primature⁸⁶. En **Tunisie**, la Haute Instance de la commande publique (HAICOP)⁸⁷ est créée au sein de la présidence du gouvernement et comprend la commission de contrôle et d'audit des

82. "Assessment of Rwanda's public procurement system", 2022, p.14; disponible sur : <https://www.mapsinitiative.org/assessments/MAPS-Rwanda-assessment-report.pdf>

83. Décret n° 10/21 du 2 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, en sigle « ARMP » - République démocratique du Congo.

84. Article 7 du décret 10/21.

85. Rapport MAPS II, *précité*, p.70.

86. Rapport MAPS II, *précité*, p.18

87. Décret n° 2013-5096 du 22 novembre 2013, portant création de la haute instance de la commande publique et fixant le statut particulier aux membres du corps de contrôle et de révision de la commande publique relevant de la présidence du gouvernement.

marchés publics, la commission d'exclusion des candidats et le comité de suivi et d'enquête. La première exerce la fonction de contrôle administratif préalable des marchés publics et comprend les commissions spécialisées de contrôle, l'unité TUNEPS (procédures dématérialisées) et l'observatoire national des marchés publics. La seconde est compétente pour se prononcer sur les exclusions des candidats aux marchés publics et la troisième examine les recours⁸⁸. Ainsi les fonctions de contrôle, de sanctions disciplinaires, d'élaboration des documents de marchés, de formation et de supervision de tout le système de passation des marchés publics sont assurées par la HAICOP. Il faut noter qu'autant l'auto-évaluation du système effectuée en 2012 que celle réalisée selon la MAPS II recommandent la création d'une autorité de régulation de la commande publique dans le pays. En **Algérie**, la réglementation de 2015 a prévu la création d'une autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public qui comprend en son sein un observatoire de la commande publique et un organe national de règlement des litiges⁸⁹. Dotée de l'autonomie de gestion, cette ARMP est instituée auprès du ministre chargé des finances, c'est-à-dire rattachée à l'exécutif. Les auteurs estiment que l'ARMP n'a pas la garantie d'indépendance inhérente à une autorité de régulation. La plupart des manifestations d'autonomie, qu'elles soient organiques ou fonctionnelles, sont absentes du texte⁹⁰. Malgré l'en-

88. Article 153 du décret du 13 mars 2014 portant réglementation des marchés publics.

89. Article 2013 du décret.

90. Miloudi Fatiha, Zaazoua Fatima « L'autorité de contrôle des marchés publics et des délégations de service public : entre indépendance et efficacité » - Université Belhadj Bouchaib d'Ain-Temouchent ; Revue de l'Ijtihad d'études juridiques et économiques,

trée en vigueur du décret relatif aux marchés publics en 2015, l'ARMP n'a pas encore été mise en place⁹¹.

La commission nationale de la commande publique (CNCP) au sein du secrétariat général du gouvernement au **Maroc**⁹² est composée de membres appartenant au secteur public et des membres appartenant au secteur privé (1/3)⁹³. La CNCP a un rôle consultatif puisqu'elle donne son avis, selon le cas, sur tout projet de texte législatif ou réglementaire concernant la commande publique et conseille les administrations publiques. Elle contribue à la consolidation et à la codification des textes législatifs et réglementaires relatifs à la commande publique et veille à leur mise à jour permanente et à leur diffusion. Elle élabore les documents types, réalise des études et projets de directives et gère la formation. L'évolution de la CNCP vers une autorité de régulation de la commande publique est un objectif consigné dans la « Vision stratégique de la CNCP ».⁹⁴

Volume 11 / Numéro 01, Année 2022 ; Date de publication le 17/10/2021 ; disponible sur : <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/175320> ; Ben Jilani Abderahman « The absence of autonomy and effective power to adjust public procurements and warrants a public facility in Algeria (Study of the article N 213 of the presidential decree number 15-247 concerning the organization of public procurements and warrants a public facility) » (article en arabe), revue du professeur chercheur des études juridiques et politiques n°2-2019, v.4, p.1101 ; disponible sur : <https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/457/4/2/107166>

91. « Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique -Revue du système de passation des marchés publics en Algérie vers un système efficient, ouvert et inclusif », OCDE, 2019 ; disponible sur : <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/49802cd0-fr.pdf>

92. <http://www.cnep.gov.ma/>

93. La CNCP est composée de douze (12) membres ; voir site de la commission : <http://www.cnep.gov.ma/-La-Commission>

94. « Vision stratégique de la commission nationale de la commande publique -La Commission nationale de la commande publique, un nouvel élan pour une bonne gouvernance des projets publics et l'amélioration du climat des affaires ».

Globalement, les sites des autorités et instances citées ci-dessus sont opérationnels et comportent plusieurs informations sur l'actualité des marchés publics, les textes juridiques, documents de marchés publics, etc. Les rapports annuels des ARMP et les rapports d'audits ainsi que les décisions statuant en contentieux sont souvent disponibles. Toutefois, les rapports d'activités des instances de contrôle et/ou de régulation ne sont pas accessibles pour certains pays. En Algérie le portail des marchés publics vient d'être lancé. Le rapport annuel de la Haute instance de la commande publique en Tunisie n'est pas sur le portail des marchés publics⁹⁵ du pays contrairement aux autres instances de contrôle qui publient leurs rapports (exemple le contrôle des dépenses publiques⁹⁶, l'instance nationale de lutte contre la corruption⁹⁷,

95. Portail des marchés publics tunisien : <http://www.marchespublics.gov.tn/onmp/content/index.php?lang=fr>

Portail des marchés publics marocain : [https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/Portail algérien lancé en 2021](https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/Portail%20alg%C3%A9rien%20lanc%C3%A9%20en%202021) (<https://www.mf.gov.dz/index.php/fr/activites-2/808-lancement-officiel-du-portail-electronique-dedie-aux-marches-publics>) site officiel : <https://marches-publics.gov.dz/index.xhtml?jsessionid=ec3224d009ad43e81dc6334ee802>

Portail mauritanien des marchés publics : <https://irshad.mr/>

96. Voir Rapport 2020 sur : <http://www.pm.gov.tn/pm/upload/fck/File/rapport2019cdp.pdf> et celui de 2016 sur : <http://www.pm.gov.tn/pm/upload/fck/File/rapport2016.pdf> ;

97. Rapport 2018 sur : <https://idaraty.tn/fr/publications/rapport-annuel-de-linstance-nationale-de-lutte-contre-la-corruption-pour-l-annee-2018>

l'instance nationale d'accès à l'information⁹⁸, le haut comité de contrôle financier⁹⁹, etc.)¹⁰⁰.

C. La mise en place des recours

La convention de l'ONU de lutte contre la corruption de 2003 consacre des dispositions relatives aux recours en matière de marchés publics. En effet, chaque État est tenu de mettre en place « un système de recours interne efficace, y compris un système d'appel efficace, qui garantisse l'exercice des voies de droit en cas de non-respect des règles ou procédures établies » en matière de marchés publics conformément à ses dispositions¹⁰¹.

Plusieurs pays ont mis en place des mécanismes de recours lors de la formation du contrat dans le domaine des marchés publics qui prennent en compte la particularité de la phase de passation tant au niveau procédural qu'au niveau gestion des délais. Au sein de l'UEMOA, la directive 05/2005 exige des États membres d'instaurer des recours devant l'autorité contractante¹⁰².

98. <http://www.inai.tn/fr/actualites/rapport-annuel/>

99. Sur le comité général de contrôle des finances (CGF) et ses rapports avec le Haut comité de contrôle financier voir : <http://fr.tunisie.gov.tn/annuaireAdministration/252/11-comit%C3%A9-de-contr%C3%B4le-g%C3%A9n%C3%A9ral-des-finances.htm>
Voir également « Guide méthodologique de l'inspecteur administratif et financier en Tunisie », OCDE-Haut comité de contrôle administratif et financier (HCCAF) - *Foreign and Commonwealth Office* du Royaume-Uni, 2020, disponible sur : <https://www.oecd.org/mena/governance/Guide-methodologique-inspecteur-administratif-et-financier-Tunisie-2020.pdf>

100. Maysoun Bouzid « Les mutations du contrôle des finances locales en Tunisie », *Revue d'Etudes en Management et Finance d'Organisation* N°14 Mars 2022

Voir aussi « Rapport citoyen », Banque mondiale- Moussanada, 2019 : <http://www.courdescomptes.nat.tn/upload/actualite/rapport%20citoyen%20fr.pdf>

101. Article 9 de la convention.

102. Article 11.

et des recours devant l'Autorité de Recours non juridictionnels¹⁰³. Quelques règles relatives à l'organisation de ces recours sont prévues par la directive. En effet, les décisions rendues au titre du recours devant l'autorité contractante doivent être susceptibles « d'un recours effectif dans un délai de deux (02) jours ouvrables à compter de la notification de la décision faisant grief » devant l'autorité de recours non juridictionnels. « En l'absence de décision rendue par l'autorité contractante ou l'autorité hiérarchique dans les trois (03) jours ouvrables de sa saisine, le requérant peut également saisir l'Autorité de Recours non juridictionnels ». La composition tripartite de celle-ci est exigée par la directive. Ses membres doivent être « reconnus pour leur professionnalisme, leur indépendance et leur représentativité ». Afin de garantir leur indépendance, le texte prévoit que « la procédure de désignation des membres de l'autorité, la cessation de leur mandat de même que leur statut, qui seront définis par les réglementations nationales, doivent leur permettre d'exercer leur fonction en toute indépendance ». Quant à la procédure devant l'Autorité de Recours, la directive exige le respect « des principes du contradictoire et d'équité ». L'Autorité de Recours non juridictionnels doit rendre « sa décision dans les sept (07) jours ouvrables de sa saisine, faute de quoi l'attribution du marché ne peut plus être suspendue ». Ses décisions « ne peuvent avoir pour effet que de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres dommages soient causés aux intérêts concernés, ou de suspendre ou faire suspendre la décision litigieuse ou la procédure de passation ».

103. Article 12.

Dans les pays objet de l'étude à savoir le Sénégal, la Côte d'Ivoire, le Burkina Faso et aussi la Mauritanie qui s'est beaucoup inspirée des directives de l'UEMOA, les recours ont été confiés à l'Autorité de Régulation des marchés publics et plus particulièrement à l'un de ses organes créé pour trancher les litiges. Des délais courts sont prévus pour saisir l'autorité et pour qu'elle se prononce sur le litige. Le recours est suspensif de la procédure de passation du marché. L'auto-saisine est souvent réglementée au profit de l'autorité de régulation. Outre les recours, l'autorité de régulation a une fonction disciplinaire assurée par un de ses organes et qui se distingue de la fonction contentieuse. Au **Sénégal**¹⁰⁴, la Commission litiges faisant partie du Comité de Règlement des différends (CRD) de l'ARMP est saisie des recours relatifs à la procédure de passation, et ayant pour objet de contester les décisions d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché ou la convention de délégation, les conditions de publication des avis, les règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées, le mode de passation et la procédure de sélection retenus, la conformité des documents d'appels d'offres à la réglementation, les spécifications techniques retenues et les critères d'évaluation. Les recours préalables, bien qu'ils soient réglementés, le requérant a « la faculté de saisir directement le CRD sans pour autant passer par un recours gracieux »¹⁰⁵.

En **Côte d'Ivoire**, des recours préalables non juridictionnels sont instaurés par le code des marchés publics. Il s'agit de recours

104. http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=445&Itemid=68

105. Site ARMP du Sénégal.

préalables introduits « devant l'autorité qui est à l'origine de la décision contestée »¹⁰⁶. Des délais courts sont instaurés et l'effet suspensif de la procédure d'attribution est affirmé. Des recours devant l'organe de régulation sont, également, prévus par le code. La cellule recours et sanctions au sein de l'autorité de régulation est chargée de statuer sur les différends ou litiges nés entre autorité contractante et un acteur privé, à l'occasion de la passation de la commande publique c'est-à-dire les marchés publics et les PPP. Ses décisions « sont exécutoires et contraignantes pour les parties. Elles peuvent, toutefois, faire l'objet d'un recours devant la Chambre Administrative de la Cour Suprême dans les formes et délais prévus par la réglementation en vigueur. Ce recours n'a pas d'effet suspensif »¹⁰⁷. L'Autorité intervient en matière de recours et de sanctions par le biais de sa cellule recours et sanction. L'auto-saisine est permise et la saisine peut se faire même par un appel anonyme. Aux termes de l'article 6 du décret 2020¹⁰⁸ « en cas d'irrégularité, d'actes de corruption et de pratiques frauduleuses, l'organe de recours non juridictionnel est saisi par tout moyen laissant trace écrite ou par appel téléphonique sur numéro vert prévu à cet effet ».

106. Article 143 et 144 du code des marchés publics ivoirien.

107. Voir article 32 de l'ordonnance N°2018-594 du 27 juin 2018 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics sur le site de l'ARMP : <https://www.anrmp.ci/presentation/organisation/les-structures-specialisees>

108. Décret n°2020-409 du 22 avril 2020 fixant les modalités de saisine, d'instruction et de décision des organes de recours non juridictionnels voir site de l'ANRMP : <https://www.anrmp.ci/images/app/contenu/1420/decret-2020-409-du-22-04-2020-portant-organes-non-juridictionnels.pdf>

L'Autorité de régulation de la commande publique (ARCOP) au **Burkina Faso** est chargée de la discipline et du règlement non juridictionnel des différends en matière de commande publique. À ce titre, elle est chargée notamment de « prononcer, sur dénonciation ou plainte, les sanctions prévues à l'encontre des candidats, des soumissionnaires, des attributaires et des titulaires et des partenaires privés, auteurs de violation de la réglementation des marchés publics et des délégations de service public et des partenariats publics et privés et de tenir leur liste ». Elle peut « engager des poursuites judiciaires et recommander à l'autorité compétente les sanctions disciplinaires prévues par la réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et des partenariats publics privés à l'encontre des agents de l'Administration, ainsi que de toute personne intervenant à quelque titre que ce soit, dans la chaîne de passation de la commande publique, et ayant participé directement ou indirectement aux actes prohibés et infractions visées par la réglementation ». Elle assure aussi « le règlement non juridictionnel des litiges en matière de marchés publics et de délégations de service public »¹⁰⁹.

L'autorité de régulation des marchés publics (ARMP) en **Mauritanie** est compétente en matière disciplinaire pour prononcer conformément aux dispositions du code des marchés publics « des sanctions d'exclusion temporaire ou définitive »¹¹⁰ et aussi pour « recevoir les recours exercés par les candidats ou soumissionnaires, dans les délais et suivant les procédures

indépendantes et contradictoires ». Elle peut « se saisir d'office lorsqu'une violation des règles de passation des marchés est portée à sa connaissance et éventuellement ester en justice en matière de marchés publics »¹¹¹. Le rapport annuel de l'ARMP présente chaque année des données statistiques sur les recours. En effet, au cours des premières années de son fonctionnement le nombre des recours a connu une évolution. Les marchés « initiés en 2014 ont donné lieu à 50 recours introduits auprès de la Commission de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP contre 57 en 2013 et 23 en 2012 »¹¹². Selon le dernier rapport disponible sur le site de l'ARMP, le nombre des recours de l'exercice 2019 est de 46 formés par uniquement des soumissionnaires. En dehors de « certains recours qui contestent le non-respect du principe de la liberté d'accès aux marchés publics et d'autres qui dénoncent l'absence de transparence, l'essentiel des litiges formés devant la Commission de Règlement des Différends met en cause l'égalité de traitement des soumissionnaires »¹¹³. En **Algérie**, des recours administratifs devant les commissions de marchés pour « tout motif en liaison avec l'attribution du marché » sont possibles et permettent à l'autorité contractante, si elle juge le recours fondé, de prononcer l'annulation de la procédure¹¹⁴. À côté de ce droit de recours, « tout candidat ou soumissionnaire à un marché public peut formuler, avant

109. <https://www.arcop.bf/missions-et-attributions/>

110. Article 12 du code de 2021.

111. Article 12 du code ; Voir site de l'ARMP : <https://armp.mr/missions/>

112. Rapport d'activité de l'ARMP de 2014 ; disponible sur son site : <https://armp.mr/rapports-armp/>

113. Rapport d'activité de l'ARMP de 2019 ; disponible sur son site : <https://armp.mr/rapports-armp/>

114. Art. 73 et 82 du Décret.

la conclusion du marché public, un recours en référé devant le tribunal administratif en cas de manquement de la part du service contractant aux règles de concurrence et de publicité »¹¹⁵. À l'appui de ce recours, le requérant peut invoquer tout moyen, notamment une publicité non conforme aux exigences du décret, des conditions de participation à l'appel d'offres inadaptées à la complexité ou à l'envergure de la prestation, une durée de préparation des offres anormalement courte, une prorogation injustifiée de la date de dépôt des offres, une mauvaise utilisation des critères de choix, de leur pondération ou de la méthodologie d'évaluation des offres, des obstacles à l'exercice du droit de recours, une annulation non fondée d'une attribution provisoire ou d'une procédure de passation du marché public ». Suite à cette saisine, le juge peut « aboutir à la suspension de la procédure de passation du marché public en cause »¹¹⁶.

Au **Maroc** il existe 3 voies de recours ouvertes aux concurrents par le décret n° 2-12-349 du 20 mars 2013. Il s'agit du recours hiérarchique qui consiste à introduire une réclamation auprès du maître d'ouvrage et en cas d'insatisfaction de la réponse, d'introduire un recours devant le supérieur hiérarchique (selon les cas auprès du ministre concerné pour les marchés publics des ministères, ou du président du conseil d'administration de l'établissement public concerné pour les marchés publics des établissements publics). Un autre recours est prévu par le décret n° 2-14-867 du 21.09.2015 devant la commission nationale de la

commande publique qui est chargée, outre ses missions mentionnées dans le paragraphe précédent, de « l'examen des réclamations émanant de toute personne physique ou morale de droit privé, soit en qualité de concurrent, d'attributaire ou de titulaire d'une commande publique »¹¹⁷. La commission nationale de la commande publique précise sur son site officiel les procédures et formalités relatives au recours¹¹⁸. Ses avis, depuis 1998, sont disponibles sur le site ainsi que les recueils des principaux avis. Enfin, un recours juridictionnel est ouvert par le biais du référé précontractuel. Ce recours est « une procédure judiciaire qui permet au juge des référés d'intervenir en urgence et de prendre toute mesure qu'il juge nécessaire pour sauvegarder les intérêts du requérant. C'est une procédure préventive, rapide et dissuasive qui vise à corriger les vices de procédure avant la signature du marché ». Elle peut être engagée par « toute personne ayant un intérêt à agir, à condition qu'elle soit engagée avant l'approbation du marché. Toute requête présentée postérieurement à la conclusion du marché est irrecevable ». Ce référé précontractuel n'est pas conditionné par le recours hiérarchique ou administratif préalable. Le « président du tribunal administratif fixe le délai en jours et en heures dont dispose le référé pour décider. Le juge du référé doit prendre une décision en toute urgence. Le référé peut, par ordre exécutoire, enjoindre au maître d'ouvrage de différer l'approbation du marché »¹¹⁹.

115. Voir « Guide des marchés publics - République algérienne démocratique et populaire », éd. OCDE 2021, p.148.

116. Art. 946 et 947 de la loi n°08-09 du 12 février 2008 portant code de procédure civile et administrative.

117. « Guide sur l'intégrité des marchés publics au Maroc », *précité*, p.35.

118. <http://www.cncp.gov.ma/Proc%C3%A9dure-de-recours>

119. Guide, *précité*, p.36

En **Tunisie**, il existe deux catégories de recours, les recours administratifs devant l'acheteur public ou bien devant le comité de suivi et d'enquête (COSEM) qui constitue l'une des structures de la Haute Instance de la commande publique rattachée à la présidence du gouvernement. Les recours juridictionnels devant le Tribunal administratif sont également possibles, tant en phase de passation qu'en phase d'exécution. Cependant, il faut préciser que le recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif est d'une efficacité réduite en raison notamment de la lenteur de la procédure et des pouvoirs limités du juge de l'annulation¹²⁰. D'ailleurs l'instauration des recours administratifs devant le COSEM avec des délais courts (5 ou 10 jours) est une manière de pallier aux insuffisances des recours juridictionnels en phase de passation. Selon le décret n° 2014-1039 du 13 mars 2014 portant réglementation des marchés publics, les recours peuvent s'exercer directement auprès du COSEM sans le recours préalable devant l'acheteur public dès le lancement de la procédure de passation lorsque les personnes ayant intérêt à la procédure de passation des marchés publics souhaitent contester une irrégularité contenue dans le cahier de charges¹²¹. Il peut, en outre, être saisi lorsque la contestation se rapporte à l'attribution du marché public¹²². L'amélioration des mécanismes des recours est l'une des recommandations du rapport MAPS II en Tunisie.

120. Souhir Fourati « Le recours pour excès de pouvoir et le contrat » *in* actes du colloque sur « L'évolution contrastée du recours pour excès de pouvoir », publication de l'Ecole Doctorale de la faculté de Droit de Sfax, Imprimerie officielle 2010 ; voir aussi pour le même auteur « La protection des deniers publics par le juge administratif en matière de marchés publics et de concessions », Etudes juridiques - faculté de Droit de Sfax, numéro 22 de 2015.

121. Art 32 du Décret de 2014.

122. Art 73 du décret de 2014 ; Voir sur la question le « Guide pratique sur le système des

La **République démocratique du Congo (RDC)** a aussi mis en place des recours non juridictionnels en matière de marchés publics qui sont du domaine des compétences des autorités contractantes (AC) et de l'ARMP¹²³. Celle-ci est compétente pour « examiner les recours précontractuels et procéder au règlement non juridictionnel des litiges survenus à l'occasion de la passation des marchés publics et de délégations de service public »¹²⁴. Les décisions du comité de règlement des différends (organe de l'ARMP) statuant en matière de litiges sont disponibles sur le site de l'ARMP. Il en est de même lorsqu'il statue pour se prononcer sur une dénonciation d'une irrégularité liée à la passation ou l'exécution du marché public ou la délégation de service public. Il faut souligner que le rapport MAPS II a révélé quelques limites à l'exercice de ce droit de recours en précisant que « la non-publication des avis d'attribution provisoire et définitive » est de nature à décrédibiliser « le système en faisant obstacle à l'exercice du droit de recours »¹²⁵.

Au **Rwanda**, un comité de recours indépendant est compétent en matière de recours relatifs aux marchés publics. Avec une composition tripartite (secteurs publics et privé ainsi que la société civile), les membres du comité ont un mandat non renouvelable de quatre (4) ans. Les membres en provenance du secteur public

recours dans le domaine des marchés publics en Tunisie », OCDE -HAICOP, 2022.

123. Loi N° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics et décret 10/22 du 02 juin 2010 portant manuel de procédures de la loi relative aux marchés publics (art.73 et s.LRMP art. 4, par. 3 décret 10/21), ; disponible sur le site de l'ARMP : <https://www.arpmp-rdc.org/index.php/fr/reglementation-2/item/198-manuel-de-procedures-de-la-loi-relative-aux-marches-publics>

124. <https://www.arpmp-rdc.org/index.php/fr/accueil/missions>

125. Rapport d'évaluation de 2020, p.87.

ne peuvent pas dépasser cinq (5). Le comité indépendant de recours a le pouvoir de recevoir les appels sur les marchés publics au niveau national. Le comité indépendant de recours « a pour but d'organiser le recours relatif à l'insatisfaction à l'égard des décisions de l'entité de passation des marchés depuis la publication de l'offre jusqu'à la signature du contrat ». Il faut noter qu'un recours gracieux devant l'entité de passation est réglementé par la loi relative aux marchés publics¹²⁶. Le processus de passation du marché public est suspendu jusqu'à ce que la décision sur la demande soit prise par le comité. Des délais courts sont, également, instaurés.

II. Des pistes d'amélioration

Les principales lacunes des systèmes de passation des marchés publics dans les pays africains étudiés concernent la dématérialisation des procédures (A), la professionnalisation (B), le climat des affaires ainsi que les objectifs secondaires de la passation des marchés publics (C).

A. La Dématérialisation

La « passation électronique des marchés publics » désigne selon la Recommandation de l'OCDE de 2015 « une forme de passation de marchés dans laquelle toutes les procédures effectuées sur support papier sont remplacées ou redéfinies grâce à l'intégration de technologies numériques ». La mise en place

126. Voir les articles 5 et suivants de la loi de 2018.

de système électronique dans les pays africains objet de la présente étude est, dans la majorité des cas, encore à ses débuts. La Tunisie et le Rwanda constituent des expériences qui ont réalisé un progrès considérable à ce niveau. Le Maroc a aussi progressé considérablement dans la dématérialisation de ses procédures de passation.

En effet, la dématérialisation des marchés publics en Tunisie a commencé il y a plusieurs années avec l'appui de l'agence coréenne KOICA¹²⁷. L'expérimentation a duré quelques années jusqu'à la mise en place d'un système d'achat public en ligne TUNEPS (*TUNisian E-Procurement System*)¹²⁸. Il s'agit d'un système électronique de gestion et de traitement des procédures de passation des achats publics. Le cadre réglementaire a été établi en 2014 et un manuel d'utilisation a été approuvé en 2018¹²⁹. Le recours aux procédures dématérialisées est rendu obligatoire pour certains acheteurs publics en 2018 et généralisé à tous les autres acheteurs en 2019. Ce système est composé de quatre sous-systèmes permettant de gérer les achats publics. Le premier concerne les achats dont le montant est supérieur aux seuils réglementaires (*E.Bidding*), le deuxième se rapporte aux achats inférieurs aux seuils des marchés publics (*E. Shopping Mall*), le

127. L'Agence coréenne de coopération internationale (KOICA) a été créée en 1991 comme étant une organisation gouvernementale pour l'aide publique au développement (APD) afin d'améliorer l'efficacité des programmes d'aide de la subvention de la Corée du Sud pour les pays en voie de développement.

128. Voir la présentation simplifiée du système sur <https://www.tuneps.tn/index.do>

129. Décret n°2014-1039 du 13 mars 2014, portant réglementation des marchés publics ; Journal Officiel de la République tunisienne (JORT) n°22 du 18 mars 2014 et arrêté du président du gouvernement du 31 août 2018 portant approbation du manuel des procédures de passation des marchés publics à travers le système d'achat public en ligne TUNEPS ; JORT du 31 août 2018.

3e gère la conclusion des contrats des marchés publics et le suivi de l'exécution et le dernier sous-système (*E.Catalogue*) gère et traite les données sur les produits et les services et leurs spécifications techniques selon la classification United Nations Standard Products and Services Code¹³⁰. Il comprend des informations aux différentes autres composantes (*E-Bidding*, *E-Contract* et *E-Shopping mall*)¹³¹. Selon l'agence coréenne KOIKA cette initiative a "placé la Tunisie en tête en matière de passation électronique de marchés publics dans la région Moyen-Orient et Afrique du Nord (MENA)"¹³². Elle considère que le Système tunisien (TUNEPS) de Passation des Marchés Publics en ligne vise à accroître la transparence, à consolider la concurrence dans les marchés publics grâce à l'accès à une plateforme de passation électronique et à améliorer le climat d'investissement et les services gouvernementaux dans le pays.

L'utilisation du système électronique pour les marchés publics au **Rwanda** est suffisamment avancée. En effet, l'obligation de recourir au système de passation électronique des marchés

comprend la publication des appels d'offres, la soumission et l'ouverture électronique des offres. Les exceptions à cette règle ne sont permises qu'avec l'autorisation préalable de l'Office rwandais de passation des marchés publics (RPPA¹³³). Selon le rapport MAPS II du Rwanda de 2022, le portail de passation de marchés en ligne (UMUCYO) lancé en 2016 est, en pratique, facilement accessible et disponible gratuitement pour les utilisateurs, bien que les entités adjudicatrices puissent facturer les documents de passation de marchés, et que les fournisseurs doivent s'inscrire pour participer aux appels d'offres¹³⁴.

La Côte d'Ivoire a entamé la dématérialisation des procédures opérationnelles en 2015¹³⁵ et plus récemment un décret de 2021¹³⁶ est intervenu pour obliger les soumissionnaires à déposer et à retirer les enveloppes par voie électronique, tout en donnant un caractère obligatoire aux engagements électroniques. Des phases ont été achevées d'autres sont encore, en cours selon l'ARMP du pays¹³⁷.

Le processus de dématérialisation au **Sénégal** est l'un des objectifs à atteindre lors des prochaines étapes. Déjà en 2017 le rapport MAPS II recommandait de « rendre opérationnel le système

130. United Nations Standard Products and Services Code : le premier système de classification international conçu pour le commerce électronique.

131. Voir présentation de Mme Sonia Ben Salem, directrice de l'Unité TUNEPS disponible sur le réseau RACOP : <https://appn-racop.org/wp-content/uploads/2021/07/TUNISIE-pr%C3%A9sentation.pdf>

132. « La KOICA présente l'expérience tunisienne de passation électronique des marchés publics aux Camerounais » (COLEPS : Cameroun OnLine E-Procurement System) : <https://www.marchespublics.cm/index.do>

La mission s'est déroulée à Tunis du 23 mai au 1er juin 2022 ; disponible sur : <https://www.webmanagercenter.com/2022/06/02/487243/la-koica-presente-l'experience-tunisienne-de-passation-electronique-des-marches-publics-aux-camerounais/>

Plusieurs textes ont été adoptés au Cameroun et les démarches d'amélioration sont encore en cours selon le président de l'ARMP ; voir : <https://appn-racop.org/wp-content/uploads/2021/07/Expose%CC%81-DG-Vide%CC%81oconfe%CC%81rence-RACOP-APPN-e-GP-30-Juin-2021-27-06-2021.pdf>

133. RPPA : Rwanda Public Procurement Authority

134. Rapport MAPS II du Rwanda, *précité*, p.32.

135. Autorité Nationale de régulation des marchés publics de Côte d'Ivoire « Plan stratégique-2019-2021 », disponible sur le site de l'ANRMP : <https://www.anrmp.ci/images/app/contenu/1411/plan-strategique-2019-2021o.pdf>

136. Décret du 11 mars 2021, le projet de décret n° 2.21.801 modifiant et complétant le décret n° 2.12.349 du 20 mars 2013 relatif aux marchés publics.

137. OUATTARA Oumar Secrétaire Général de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) ; présentation disponible sur : https://appn-racop.org/wp-content/uploads/2021/05/C%C3%B4te-d'Ivoire-D%C3%A9mat%C3%A9rialisation-des-proc%C3%A9dures-de-passation-des-march%C3%A9s-publics-VF-OO_PCR.pdf

d'« e-Procurement » en cours d'expérimentation par l'ARMP, au plus tard en fin 2018 » et d'autoriser « progressivement la passation des marchés par voie électronique »¹³⁸. Cependant, cette mise en place est encore lente et jusqu'à la crise covid 19, la digitalisation intégrale de toutes les procédures des marchés publics¹³⁹ est au cœur de l'actualité.

L'**Algérie** a lancé officiellement en décembre 2021 son portail électronique dédié aux marchés publics. Il faut dire que l'amélioration de la transparence consacrée par les textes passe par la mise en place d'un outil fondamental pour améliorer l'efficacité à savoir « un système de passation électronique des marchés publics que le pays se prépare à acquérir »¹⁴⁰. D'ailleurs les études considèrent que « l'absence du système de passation électronique des marchés publics limite la collecte des données sur la performance du système et leur suivi »¹⁴¹.

Le processus de dématérialisation des marchés publics au **Maroc** a commencé mais il est encore à ses débuts. Le système électronique de passation des marchés publics, jusqu'en 2019, n'était pas encore intégré aux autres systèmes informatiques gouvernementaux¹⁴². L'objectif du pays étant d'aboutir à la « dématérialisation totale et obligatoire de la gestion de la commande publique »

dans une période de cinq ans¹⁴³. Afin d'assurer les conditions de réussite pour la mise en œuvre de ce projet, un certain nombre de chantiers ont été engagés et concernent, notamment, les volets réglementaires de communication, de formation des utilisateurs et de conduite de changement. En effet, le décret n° 2-12 — 349 du 20 mars 2013 prévoit un chapitre (chapitre VII) de 5 articles relatifs à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics¹⁴⁴. « Depuis le 1er janvier 2017, tous les soumissionnaires peuvent déposer une offre électroniquement, quel que soit le montant du marché. Cependant, ils ont le choix exclusif de transmettre leurs dossiers par voie électronique ou sur support papier ». « L'ouverture des plis présentés sur support papier et des plis transmis par voie électronique se fait durant la même séance d'ouverture des plis »¹⁴⁵. La signature du contrat se fait sur support papier. Plus récemment en 2021, un arrêté ministériel vient consolider ce processus de dématérialisation¹⁴⁶. La **Mauritanie** n'a pas non plus dématérialisé ses procédures de passation des marchés publics. L'ARMP devrait mettre en place prochainement « un Portail des marchés publics dynamique,

138. Rapport MAPS II Sénégal, *précité*.

139. ARMP-Saer Niang « Pour des plateformes digitalisées », 2020 ; disponible sur : http://www.armp.sn/index.php?option=com_content&view=article&id=1144&Itemid=1157

140. Rapport OCDE 2019, *précité*, p.13.

141. Rapport OCDE 2019, *précité*.

142. « Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique-Réforme des marchés publics », OCDE 2019 ; à consulter sur : https://read.oecd-ilibrary.org/governance/reforme-des-marches-publics_621e6366-fr#page26

143. Portail marocain des marchés publics : <https://www.marchespublics.gov.ma/pmmp/spip.php?article1111&lang=fr>

144. L'article 147 relatif aux documents à publier dans le portail des marchés publics ; l'article 148 relatif au dépôt et retrait des plis des concurrents par voie électronique ; l'article 149 relatif à l'ouverture des plis et évaluation des offres des concurrents par voie électronique ; l'article 150 relatif à la base de données électronique des entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services ; l'article 151 relatif à la procédure des enchères électroniques inversées.

145. Guide sur l'intégrité des marchés publics au Maroc, *précité*, p.20

146. Article 1^{er} de l'arrêté de la ministre de l'économie et des finances n° 1982-21 du 9 jourada I 1443 (14 décembre 2021) relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics et des garanties pécuniaires, Bulletin Officiel, 7/07/2022.

adossé au Système électronique de gestion des marchés publics (SIGMAP) en cours de conception et lui-même adossé au système de gestion des finances publiques »¹⁴⁷.

Le **Burkina Faso** recommande dans son rapport d'évaluation MAPS II de 2022 de « compléter le cadre juridique pour accélérer la dématérialisation des procédures d'achats »¹⁴⁸. Bien qu'autorisée par le cadre juridique, la passation de marchés par voie électronique n'est pas encore effective. Le dispositif juridique « en l'état actuel ne permet pas l'effectivité de l'acquisition électronique. Les textes d'application relatifs aux modalités de mise en œuvre permettant de rendre effective l'acquisition électronique ne sont pas encore adoptés »¹⁴⁹.

En **RDC** l'absence d'un système électronique de gestion et d'information des marchés publics est qualifiée par le rapport MAPS II comme « une lacune substantielle » et un « problème majeur qui fait peser un risque énorme sur la viabilité, la crédibilité et l'intégrité du système de passation des marchés »¹⁵⁰. Il faut noter, enfin, que la mise en place du e-procurement suppose une prise en compte de multiples facteurs. Des fonctionnalités techniques et technologiques sont exigées mais aussi des exigences réglementaires, de leadership institutionnel, un changement des conditions de travail ainsi que les capacités des deux secteurs autant publics que privés¹⁵¹.

147. Rapport MAPS II, Mauritanie, p.6.

148. Rapport MAPS II Burkina Faso de 2022, *précité*, p.14.

149. Rapport d'évaluation du système de passation des marchés publics au Burkina-Faso-2022 ; disponible sur le site de l'OCDE, <https://www.mapsinitiative.org/assessments/MAPS-Burkina-Faso-rapport-evaluation.pdf>

150. Rapport MAPS II du RDC, *précité*, p.56.

151. KENZA KHACHANI « e-procurement : la dématérialisation des procédures de passation

B. Professionnalisation et intégrité des marchés publics

Déjà depuis 2003 la Convention de l'ONU prévoyait dans son article 9 que chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, « des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, des procédures de sélection des dits personnels et des exigences en matière de formation ». Les prémisses d'une professionnalisation de l'achat public et la création du métier d'acheteur sont posées par ce texte. La recommandation de l'OCDE de 2015 suggère la mise en place d'« un personnel chargé des marchés publics doté des capacités requises pour assurer constamment l'optimisation des ressources de façon efficiente et efficace ». Pour se faire, les acheteurs publics doivent répondre à des « exigences professionnelles élevées en termes de connaissances, de savoir-faire et d'intégrité » et que le système interne de chaque pays reconnaisse « la passation des marchés publics en tant que profession spécifique ». Cette condition implique d'une part, l'élaboration de « programmes de certification et des séances régulières de formation » avec un contrôle régulier de la performance. D'autre part, les règles d'évolution dans la carrière doivent être préalablement définies. Une coopération avec les universités et les laboratoires de recherche est vivement recommandée pour l'amélioration des compétences des acheteurs publics.

des marchés publics », OCDE 2021 ; disponible sur : <https://appn-racop.org/wp-content/uploads/2021/05/E-procurement-Kenza-28042021.pdf>

Afin d'aider les états à évaluer leurs systèmes, un module spécifique pour compléter la méthodologie MAPS II a été dédié à la « professionnalisation ».

Il ressort de l'examen des expériences des pays africains objet de l'étude que le **Rwanda** a pu développer d'une manière significative la professionnalisation jusqu'à la création d'un ordre des professionnels des marchés publics par la loi du 2 mai 2016 portant création de l'Ordre des professionnels de passation des marchés et déterminant son organisation et son fonctionnement¹⁵². En plus de l'octroi d'une licence pour l'exercice de la profession de passation des marchés, l'ordre a pour rôle de « maintenir les normes d'éthique des professionnels de passation des marchés », de faciliter « le transfert des connaissances en matière des marchés aux professionnels de passation des marchés et aux autres intervenants », de fixer « le barème de rémunération à allouer aux professionnels »¹⁵³ et de protéger et défendre la profession de passation des marchés »¹⁵⁴. Il est également compétent pour émettre des directives sur la promotion de la profession de passation des marchés et de prendre des sanctions à l'encontre de ses membres¹⁵⁵. Outre les conditions liées à la nationalité, au casier judiciaire, l'inscription à la liste des professionnels de passation des marchés est réservée à chaque candidat « titulaire au moins d'un diplôme universitaire en gestion des marchés, un diplôme post universitaire en gestion des marchés ou un

certificat professionnel agréé au Rwanda »¹⁵⁶. Les professionnels en passation de marchés sont répartis dans des catégories dont les critères sont définis par le règlement d'ordre intérieur de l'Ordre. Les 3 catégories listées par la loi sont « assistant professionnel de passation de marchés », « professionnel de passation de marchés » et « professionnel supérieur de passation de marchés »¹⁵⁷. Pour pouvoir exercer la profession de passation, il faut être inscrit sur le tableau de l'Ordre des professionnels de passation des marchés. De ce fait, 99 % des membres actuels sont issus des institutions publiques et il y a actuellement environ 400 membres¹⁵⁸. Un professionnel de passation des marchés peut exercer la profession soit à titre individuel, soit en groupe de professionnels de passation des marchés. Lorsqu'il exerce à titre individuel, le professionnel de passation des marchés publics est soit consultant à titre individuel, soit agent de la fonction publique, soit sous contrat de travail. Dans ces deux derniers cas, il ne peut pas exercer en qualité de consultant¹⁵⁹. Cette organisation du métier d'acheteur public correspond à une identification des organes de passation au sein de la loi rwandaise relative aux marchés publics. En effet, la loi exige que chaque entité mette en place un « agent ou des agents chargés des marchés publics, qui ont la responsabilité d'organiser la procédure de passation des marchés depuis la planification jusqu'à la fin du contrat ». Dans un objectif de responsabilisation des professionnels, la loi fixe les attributions de ces agents qui doivent planifier la

152. Loi N° 011/2016 du 02/05/2016, *Official Gazette* n°21 of 23/05/2016.

153. Article 46 de la loi.

154. Article 5 de la loi.

155. Article 10 de la loi.

156. Article 35 de la loi.

157. Article 38 de la loi.

158. Rapport MAPS II, *précité*, p.137.

159. Article 39 de la loi.

passation, préparer le dossier d'appels d'offres, publier et distribuer l'avis d'appel d'offres, réceptionner les offres et les garder en un endroit sécurisé, requérir l'approbation pour les attributions, préparer la lettre de notification à l'attributaire et également assurer le suivi de l'exécution satisfaisante du contrat en collaboration avec le département bénéficiaire¹⁶⁰.

La Tunisie a mis en place une stratégie nationale¹⁶¹ de formation afin de développer la professionnalisation de la fonction achat depuis 2015 suite à l'évaluation de son système de passation des marchés publics effectuée en 2012¹⁶². L'un des cinq axes de cette évaluation est la « professionnalisation ». D'ailleurs, même le dernier rapport d'évaluation MAPS II réserve un axe à la professionnalisation. Parmi les composantes de cet axe la création au sein de l'Université d'une formation diplômante en marchés publics. Ainsi un mastère professionnel « gouvernance de la commande publique »¹⁶³ a été mis en place en 2019 au sein de l'Université publique en partenariat avec la Haute instance de la commande publique (HAICOP)¹⁶⁴ qui gère les achats publics et l'Instance générale de partenariats public-privé qui

supervise les PPP, les concessions et les délégations de service public (IGPPP)¹⁶⁵. La particularité de ce mastère est sa vocation professionnelle dans la mesure où il associe la formation théorique à la formation pratique. Les enseignants sont d'un côté des universitaires et de l'autre, des professionnels de la commande publique (membre des deux instances HAICOP et IGPPP et d'autres experts). D'autres organisations internationales appuient ce mastère en l'occurrence la Banque mondiale et la Banque africaine de développement qui assurent les deux, par le biais de leurs agents, chacune un cours sur ses propres procédures de passation des marchés publics (procédure banque mondiale et procédure BAD). En outre, Expertise France a programmé un module au sein du mastère sur les « achats innovants » assuré par 2 experts — professionnels de l'achat public — et qui vise à faciliter l'accès des Startups aux marchés publics. En raison de la particularité du domaine des marchés publics, les étudiants de ce mastère sont tous des praticiens de la commande publique, ce qui transforme l'université en un espace de partage d'expérience et d'échanges entre les professionnels. Ce mastère est l'une des recommandations fort ambitieuses du dernier rapport MAPS II à savoir la création du « métier d'acheteur public », avec un statut particulier, qui n'existe pas encore dans le pays. Il est recommandé, en outre, l'instauration d'une accréditation/certification nationale en collaboration avec l'Université publique obligatoire pour tous les agents publics intervenant dans le processus de passation et d'exécution des marchés publics/commande publique, la mise en place des organes de

160. Article 11 de la loi de 2018 relative aux marchés publics.

161. Voir l'intervention de Mme Rim Zehri, présidente de l'Observatoire National des marchés publics en Tunisie sur la professionnalisation de l'achat public et la présentation du mastère par Souhir Fourati ; réseau RACOP : <https://appn-racop.org/video/session-de-partage-dexperiences-et-de-connaissance-sur-la-professionnalisation-de-la-commande-publique-et-le-renforcement-des-capacites-afrique-de-louest-afrique-du-nord/>

162. « Rapport final sur l'évaluation du système national de passation des marchés publics en Tunisie » selon a méthodologie OCDE- CAD, 2012 ; disponible sur : http://www.marchespublics.gov.tn/onmp/upload/documents/fra_afdb_assessment_report.pdf

163. Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis-Université de Carthage : <http://www.fsjpst.rnu.tn/fr/mastere-professionnel-gouvernance-de-la-commande-publique/>

164. HAICOP voir le site officiel des marchés publics : <http://www.marchespublics.gov.tn/onmp/intervenants/intervenant.php?id=6&lang=fr>

165. IGPP site officiel : <http://www.igppp.tn/fr>

passation composés essentiellement des professionnels de l'achat public (diplômés ou certifiés) chargés de la planification, passation, évaluation, attribution et suivi des contrats, l'élaboration d'un programme de formation en ligne et le développement d'un système de développement des performances¹⁶⁶. Il faut préciser que la réglementation tunisienne ne définit pas clairement les organes de passation, tel est le cas pour le Rwanda ou encore les pays de l'UMOA, d'où la recommandation mentionnée ci-dessus. Le décret de 2014 portant réglementation des marchés publics définit l'acheteur public en tant qu'entité juridique (État, collectivité locale, établissement public, etc..) et ne prévoit pas des dispositions relatives aux organes de passation des marchés publics (agent chargé de la passation).

L'assise d'une responsabilisation des acheteurs publics lors du processus de passation des marchés publics est instaurée par la directive n° 05/2005 de l'UMOEÀ à travers l'incitation à la désignation d'une personne responsable du marché public (PRMP) au sein de chaque autorité contractante. En effet, « l'autorité contractante peut mandater une personne responsable du marché chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés et délégations de service public. La personne responsable du marché peut se faire représenter dans l'exercice de ses fonctions, sauf pour le choix de l'attributaire et la signature du marché ou de la délégation »¹⁶⁷. La transposition de ces dispositions varie d'un pays à un autre.

166. Rapport MAPS II de la Tunisie accessible bientôt sur le site : <https://www.mapsinitiative.org/fr/evaluations/>

167. Article 12 de la directive 04/2005, *précitée*.

Le code des marchés publics sénégalais, par exemple, affirme que « la procédure de passation du marché est conduite par la personne responsable du marché (PRMP), qui est habilitée à signer le marché au nom de l'autorité contractante. Les marchés conclus par une personne non habilitée à cet effet sont nuls et de nullité absolue ». Ces PRMP sont, aux termes même du code, les chefs d'administration (ministre, gouverneur de région, maire, directeur général, etc.). Il est difficile, en pratique, de voir ces responsables conduire une procédure de passation. D'ailleurs, le rapport d'évaluation MAPS II fait ce constat en affirmant que le code « n'est pas explicite sur les autorités chargées de gérer les contrats. Tout au plus, le code des marchés publics¹⁶⁸ définit la Personne Responsable des marchés (PRM) et ses responsabilités, mais cette description s'arrête à la signature du marché au nom de l'autorité contractante. Il semble que — selon le rapport — les textes sur les finances publiques « régissent bien les règles applicables aux personnels chargés de l'exécution du budget »¹⁶⁹. Pour compléter ce dispositif, le pays s'est doté d'un code d'éthique professionnelle régissant les agents publics impliqués dans les marchés publics¹⁷⁰. Les efforts d'amélioration de la formation des différentes parties prenantes dans le processus des marchés publics continuent et il est recommandé d'élaborer un « programme de formation durable et intensif pour former les acteurs clés de la passation de marchés, en particulier le secteur privé et les organisations de la société civile (OSC) qui doivent

168. Articles 27 et 28 du code sénégalais.

169. Rapport d'évaluation MAPS II, 2017, *précité*, p.69

170. Depuis 2011 selon le Rapport MAPS II du Rwanda, *précité*, p.158.

inclure des programmes de formation à l'intégrité »¹⁷¹. Les agents chargés des achats ou de la supervision doivent, également, recevoir une formation complète sur la gestion des contrats¹⁷². En outre, le Sénégal a établi une stratégie avec cinq principaux axes à savoir la mise en place d'une politique de formation, une charte de compétence des métiers de la commande publique, l'accréditation d'experts confirmés, la mise en place des praticiens de l'administration centrale et décentralisée pour arriver à la création d'un ordre des experts de la commande publique¹⁷³. Au niveau de la formation, deux masters spécifiques commande publique ont été créés en collaboration avec l'Université, un agrément des formateurs a été conçu depuis 2017, le développement du e-learning et l'ouverture d'un Institut de formation à caractère international. Quant à la profession, la charte de compétence des métiers élabore un référentiel métier qui décrit les compétences requises pour exercer le métier d'assistant, d'inspecteur et de contrôleur de la commande publique. À ceci s'ajoute un référentiel de certification, un référentiel de compétences et un référentiel de formation¹⁷⁴. Il faut noter que le rapport d'éva-

171. Rapport d'évaluation du système selon la MAPS II, *précité*.

172. Le constat de l'analyse du pilier III relatif aux activités d'acquisition publique et pratiques du marché présente quelques insuffisances malgré les dispositions très complètes du cadre législatif, in "Assessment of Rwanda's public procurement system", 2022, p.72; disponible sur : <https://www.mapsinitiative.org/assessments/MAPS-Rwanda-assessment-report.pdf>

173. L'ordre est encore un projet qui nécessite selon la directrice de l'autorité de régulation des marchés publics- un plaidoyer, une loi et un décret d'application.

174. Intervention de la directrice de l'Autorité de régulation des marchés publics du Sénégal (ARMP) « professionnalisation de la commande publique », disponible sur : <https://appn-racop.org/video/session-de-partage-d-experiences-et-de-connaissance-sur-la-professionnalisation-de-la-commande-publique-et-le-renforcement-des-capacites-afrique-d-e-louest-afrique-du-nord/>

luation avait soulevé en 2017 que « les cellules de passation de marchés et leurs membres ne bénéficient pas encore d'un statut professionnel adéquat (indépendance et stabilité dans la fonction, notamment) leur permettant de jouer pleinement leur rôle de contrôleur interne dans le processus d'acquisition ».

Le code des marchés publics ivoirien semble être assez explicite concernant les organes de passation des marchés publics. Il dispose qu'au sein « des ministères, il est désigné une personne responsable des marchés chargée de la coordination des activités des directions et services impliqués dans la chaîne de passation et d'exécution des marchés publics ». La PRMP est désignée parmi les directeurs de Cabinet du ministre et a, sous son autorité, la cellule de passation des marchés. Celle-ci est mise en place au sein de chaque ministère ou entité assujettie au Code des marchés publics et ses missions sont définies par le code puisqu'il s'agit de l'organe « chargé des missions de préparation, de planification, de gestion du processus de passation et du suivi évaluation des marchés publics ». Quant à la formation, l'ARMP mène des actions de formation régulières (9619 personnes formées, dont 644 en 2021¹⁷⁵). Les statistiques sur le nombre, genre et provenance des personnes formées sont disponibles sur le site de l'ARMP dans des rapports dédiés à la formation. Il est à remarquer que les années 2011, 2014, 2015 et 2016 ont connu une forte participation du secteur privé aux sessions de formations qui a même dépassé le nombre des participants du secteur public en

175. Rapport d'activité de 2021, disponible sur : <https://www.anrmp.ci/actualites/publications>

2013 et 2014¹⁷⁶. Un programme d'accréditation professionnelle des spécialistes en marchés publics constitue 'une composante de la Stratégie nationale de Renforcement des Capacités dans le domaine des marchés publics (SNRC) dont le document a été validé par les acteurs de l'administration publique, du secteur privé, de la société civile, ainsi que les Partenaires Techniques et Financiers en 2019'.¹⁷⁷

Les efforts entrepris par les pays africains quant à la professionnalisation sont encore timides dans plusieurs pays. En effet, au **Burkina Faso**, la passation des marchés n'est pas encore reconnue comme une profession dans la Fonction publique et un projet de création d'emploi spécifique avait été entrepris mais n'a pas abouti. Cette « absence d'évaluation des performances des acteurs et de professionnalisation des métiers de l'achat public handicape la performance du système national »¹⁷⁸.

L'ARMP de **Mauritanie** a mis en place un programme d'accréditation de managers spécialistes en passation de marchés, qui s'adresse aux coordonnateurs des cellules de passation de marchés auprès des autorités contractantes. Il vise la validation « des connaissances et savoir-faire des acteurs à travers une accréditation professionnelle »¹⁷⁹. Il faut dire que la Mauritanie s'est lancée dans une démarche de professionnalisation à travers la mise en place d'une formation diplômante¹⁸⁰ et un projet de cer-

tification des praticiens des marchés publics, mais qui n'a pas encore vu le jour.

L'**Algérie** « malgré les mesures de simplification et d'amélioration du cadre réglementaire, les différents intervenants continuent d'éprouver un besoin réel de maîtrise de la matière en raison, notamment, de cadres institutionnels et organisationnels inachevés et de l'insuffisance des plans de renforcement des capacités des différents acteurs »¹⁸¹. Les études soulignent que « les capacités insuffisantes des acteurs clés du système de passation des marchés publics et les actions limitées de renforcement des capacités sont un obstacle majeur au bon fonctionnement de l'ensemble du système »¹⁸². Le décret relatif aux marchés publics prévoit dans une section réservée à « la lutte contre la corruption » l'élaboration d'un code d'éthique et de déontologie des agents publics intervenant dans le contrôle, la passation et l'exécution des marchés publics et des délégations de service public. Il confie le soin de le préparer à l'Autorité de Régulation des marchés publics instituée par le même décret¹⁸³ mais qui n'a toujours pas été mise en place. Il faut dire que l'intégrité dans les marchés publics est un élément essentiel du cadre réglementaire algérien qui énonce des mécanismes afin de lutter contre la corruption. Néanmoins, certains d'entre eux doivent être déployés tels que le code de conduite susvisé. Par ailleurs,

176. « Formation 2010 à 2020 », <https://www.anrmp.ci/images/app/contenu/1741/formation-2010-a-2020.pdf>

177. Rapport d'activité de 2021, p.15.

178. Rapport MAPS II, précité, p.56

179. Rapport MAPS II bientôt disponible sur : <https://www.mapsinitiative.org/fr/evaluations/>

180. L'ARMP de Mauritanie a commencé un projet de création d'un diplôme spécialisé

en marchés publics au sein de l'Ecole Nationale d'administration et de magistrature entre 2017 et 2019. Le montage a été réalisé, les modules préparés et la formation des formateurs effectuée mais la mise en place n'a pas eu lieu.

181. « Guide des marchés publics -République algérienne démocratique et populaire », éd. OCDE 2021.

182. Rapport OCDE 2019, *précité*, p. 12.

183. Article 213 de décret relatif aux marchés publics.

« les politiques en place se focalisent principalement sur des mesures de détection et de sanction et non pas de prévention. L'approche coordonnée et stratégique pour préserver l'intégrité dans les marchés publics pourrait être améliorée, y compris pour le système de surveillance et de contrôle »¹⁸⁴.

Au **Maroc**, depuis plusieurs années les organisations tant nationales qu'internationales soulevaient le phénomène de la faiblesse dans les capacités de gestion des acheteurs publics¹⁸⁵. Pour la Banque Mondiale, les marchés publics sont généralement considérés comme « un simple travail de bureau répétitif, qui n'est pas reconnu comme une fonction de cadre professionnel dans la fonction publique, offrant de faibles niveaux de rémunération et des possibilités très limitées de promotion ». De même, selon la Cour des comptes en 2013 et 2018¹⁸⁶, les marchés publics sont marqués par la faiblesse dans les capacités de gestion, ce qui engendre souvent des retards dans la réalisation des prestations, des rallongements dans les délais de paiement des contractants, des augmentations dans les coûts des prestations et parfois des impacts économiques et sociaux subséquents. Pour pallier à ces insuffisances, la Commission nationale de la commande publique a inséré dans sa vision stratégique¹⁸⁷ un axe 2 sur « la rationalisation des besoins des administrations publiques

et la maîtrise des dépenses publiques ». Parmi ses composantes, figure « la professionnalisation des acheteurs publics, à travers la formation et l'information couvrant l'ensemble du périmètre de la fonction Achat public et aussi à travers un partenariat fort avec l'université et les écoles supérieures ».

La **RDC** recommande dans les 2 rapports d'évaluations de son système de passation des marchés publics de 2012 et 2020 de « développer une stratégie de renforcement des capacités globales et de programmes de formation en passation des marchés et en gestion du système »¹⁸⁸. Il souligne l'absence de stratégie et de programmes visant à ce que le système de passation des marchés se développe et s'améliore. Le dernier rapport met l'accent sur le fait que « le personnel chargé de la passation de marchés est souvent considéré comme « personnel administratif » et non pas comme « professionnel » quoique les emplois relatifs à la passation des marchés soient définis avec une description des postes, des qualifications et des compétences minimales exigées »¹⁸⁹. Il faut préciser que la professionnalisation mérite encore des efforts dans la bonne majorité des pays examinés. D'ailleurs le phénomène est plutôt général puisque la reconnaissance du métier d'acheteur public dans les pays membres de l'OCDE en est encore à ses débuts. Seulement 39 % des pays membres reconnaissent la passation des marchés publics comme profession en 2020¹⁹⁰.

184. Rapport OCDE 2019, *précité*, p. 11.

185. Revue Marocaine de l'évaluation et de la Recherche en Education/ N°1. Juin 2021 ; disponible sur : <https://revues.imist.ma/index.php/RMERE/article/download/25134/13922>

186. Selon la même étude.

187. « Vision stratégique de la commission nationale de la commande publique- La Commission nationale de la commande publique, un nouvel élan pour une bonne gouvernance des projets publics et l'amélioration du climat des affaires »

188. Rapport de 2020, *précité*, p. 10 et p.79.

189. Rapport MAPS II du RDC, *précité*, p.13.

190. OCDE (2020), *Enquête sur la professionnalisation des marchés publics* ; disponible sur : <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/542fb753-fr/index.html?itemId=/content/component/542fb753-fr>

C. Climat des affaires et objectifs secondaires des marchés publics

La recommandation de l'OCDE distingue entre l'« objectif principal de la passation du marché » qui désigne « la fourniture des biens et des services nécessaires à l'exécution de la mission des pouvoirs publics en temps opportun, au moindre coût et avec efficience » et les « objectifs secondaires » qui regroupent divers objectifs tels qu'une croissance verte durable, le développement de petites et moyennes entreprises, l'innovation, l'instauration de normes de conduite responsable des entreprises ou des objectifs plus vastes en matière de politique industrielle. Si l'objectif principal est un souci majeur de la plupart des gouvernements avec des mises en œuvre divergentes en fonction du contexte de chaque pays objet de l'étude, les objectifs secondaires constituent un chantier à explorer par les autorités publiques pour moderniser leurs systèmes de marchés publics. Les initiatives dans les pays africains, sur ces objectifs, ont été entamées mais les résultats escomptés sont encore embryonnaires sur certains aspects. Les mesures en faveur des PME ont été mises en place par plusieurs réglementations (Tunisie, Maroc, Côte d'Ivoire, Mauritanie, Sénégal, etc. ...) le caractère contraignant pour recourir à ces mesures pose assez souvent des problèmes liés à la marge de liberté laissée aux acheteurs publics. À titre d'exemple, en Tunisie une étude menée sur un échantillon non aléatoire d'acheteurs publics par la Haute instance de la commande publique (HAICOP), a révélé que « moins de 17 % des marchés publics ont été attribués aux PME, bien en deçà de l'objectif du pays qui était de 20 %. La capacité insuffisante des

agents chargés de la passation des marchés publics a été identifiée comme une contrainte majeure à l'accès des PME tunisiennes aux marchés publics ». D'autres facteurs ralentissent cet accès des PME tel que « le manque de dialogue et de retour d'informations avec les pouvoirs adjudicateurs publics, l'accent mis sur le seul prix plutôt que sur le rapport qualité-prix, ou encore les difficultés liées à l'utilisation de critères de qualification et d'exigences financières disproportionnées par rapport à la taille du marché »¹⁹¹.

La Côte d'Ivoire a réalisé une avancée ces dernières années concernant l'accès des PME aux marchés publics. En effet, le ministre du Budget et du Portefeuille de l'État a indiqué, dans un communiqué le 19 novembre 2020, que « la part des marchés attribués aux Petites et moyennes entreprises (PME) est passée de 31,2 % à fin juin 2019 à 41,8 % à fin juin 2020, soit une hausse de 10,6 points »¹⁹². Le ministre a expliqué que cette hausse est le résultat d'un ensemble de mesures prises par le gouvernement afin d'améliorer l'accès des PME à la commande publique tel que « l'instauration de procédures simplifiées. Notamment, le relèvement de 20 % à 30 % du quota des marchés en faveur des PME, le relèvement de 5 % à 15 % de la marge de préférence à tout soumissionnaire à un appel d'offres qui prévoit de sous-traiter au moins 30 % du montant de son marché à une PME locale et l'allègement des conditions d'exigence des attestations fiscales et sociales ». Il faut préciser que la Côte d'Ivoire « enregistre

191. « Améliorer l'accès des PME aux marchés publics en Tunisie : la voie à suivre », OCDE, 2019, *précitée*, p.12.

192. <https://www.ccifci.org/actualites/n/news/marches-publics-la-part-des-pme-passe-de-312-a-fin-juin-2019-a-418-a-fin-juin-2020.html>

une croissance économique dynamique, forte et stable depuis 2012 avec un ralentissement en 2020, dû aux conséquences de la crise de Covid-19 ». Il demeure malgré tout, le « principal poumon économique d’Afrique de l’Ouest francophone et exerce une réelle influence dans la région » selon la présentation de la Banque mondiale¹⁹³. Cependant, parmi les défis à relever dans le pays — selon la même source — « l’accès au financement des PME et TPE »¹⁹⁴.

Au **Sénégal**, le niveau d’accès limité des PME à la commande publique est lié essentiellement à la complexité technique et à la valeur du marché public, corrélée aux exigences financières pour la soumission et l’exécution (tel que les garanties, les besoins de trésorerie, etc.)¹⁹⁵. Le **Burkina Faso** recommande de son côté, dans son rapport MAPS II de 2022, de « Faciliter l’accès à la commande publique aux PME »¹⁹⁶.

La Commission nationale de la commande publique au **Maroc** prévoit dans sa vision stratégique d’appréhender la commande publique « dans ses dimensions économique et managériale »¹⁹⁷ et de ne plus s’arrêter uniquement sur les aspects juridiques. Cette dimension permet, entre autres, de favoriser l’accès des PME à la commande publique. Ce volet constitue l’une des modifications attendues pour janvier 2023¹⁹⁸. Concernant les marchés

publics durables, le pays a adopté une stratégie nationale de développement durable pour la période 2017-2030 (SNDD) dont l’un de ses objectifs (objectif 5) est de verdir les marchés publics par la promotion de la commande publique durable et responsable. Parmi les actions visées par la SNDD, la publication officielle du code des marchés publics amendé (ou d’une circulaire achat durable), l’adoption de guides « achats durables » élaborés, disséminés dans le cadre d’ateliers d’information et une formation aux acheteurs publics (cible de 90 %) ¹⁹⁹.

Le guide des marchés publics en **Algérie** souligne que ceux-ci « sont considérés comme un levier clé pour améliorer le développement des petites entreprises, protéger l’environnement, assurer une conduite responsable des entreprises et stimuler l’innovation »²⁰⁰. Mais le recours aux marchés publics pour atteindre des objectifs de développement durable, d’innovation ou de conduite responsable des entreprises est jugé insuffisant²⁰¹. Le **Rwanda** recommande dans son rapport MAPS II de 2022 de réviser son cadre juridique afin d’inclure des dispositions explicites sur les achats durables, y compris l’utilisation du coût du cycle de vie²⁰². Le **Sénégal** n’a pas non plus développé de stratégie ni de plan pour mettre en œuvre les Achats

193. La Banque mondiale en Côte d’Ivoire, <https://www.banquemonddiale.org/fr/country/cotedivoire/overview>

194. <https://www.banquemonddiale.org/fr/country/cotedivoire/overview>

195. Rapport MAPS II, *précité*, p.9.

196. Rapport, *précité*, p.74.

197. Axe 3 de la stratégie.

198. Environ 58 points sont attendus pour la prochaine réforme ; voir : <https://www.challenge.ma/58-mesures-proposees-pour-la-reforme-du-decret-sur-les-marches->

[publics-235055/](https://www.banquemonddiale.org/fr/country/cotedivoire/overview)

199. SNDD -Maroc p.53; disponible sur :

https://siredd.environnement.gov.ma/Tanger-Tetouan-AlHocima/Content/images/documents/Liens/Synthese-SNDD_FR.pdf

200. Guide, *précité*, p.15.

201. Rapport OCDE 2019, *précité*, p.11.

202. “Asserment of Rwanda’s public procurement system”, 2022, p.72; disponible sur : <https://www.mapsinitiative.org/assessments/MAPS-Rwanda-assessment-report.pdf>

publics durables²⁰³. Il en est de même pour le **Burkina Faso**²⁰⁴ et la **Mauritanie**²⁰⁵.

À ces limites s'ajoutent des obstacles liés à la position qu'occupent les entreprises publiques dans certains pays. Dans les pays de l'Afrique du Nord, par exemple, de nombreuses entreprises publiques fonctionnent de manière inefficace à cause d'une mauvaise gouvernance, elles peuvent évincer les entreprises privées plus productives et être utilisées — dans des cas extrêmes — à des fins « de clientélisme ou d'enrichissement personnel au détriment d'intérêts collectifs »²⁰⁶. Elles peuvent, parfois, être favorisées dans le cadre de l'attribution de marchés publics ou être exemptées de l'application de certaines lois ou être protégées de la concurrence par un accès préférentiel aux marchés publics²⁰⁷.

En outre, la faiblesse du secteur privé est souvent soulignée par les études et enquêtes réalisées auprès des entreprises dans plusieurs pays africains²⁰⁸. Le renforcement du secteur privé est une piste à explorer pour créer une dynamique de concurrence saine et vitale afin d'améliorer le climat des affaires et, en conséquence, l'égal accès aux marchés publics. D'ailleurs, dans certains pays d'Afrique, le secteur informel occupe une place importante ce qui est de nature à affecter la commande publique.

203. Rapport MAPS II, *précité*, p.5

204. Rapport MAPS II, *précité*, p.72.

205. Rapport MAPS II, *précité*, p.4

206. « Perspectives des politiques d'investissement au moyen orient et en Afrique du Nord », OCDE 2021, *précité*, p.33.

207. « Perspectives des politiques d'investissement au moyen orient et en Afrique du Nord », *précité*, p.35.

208. Rapport 2021, *précité*, p.212.

En guise de conclusion, l'examen des systèmes de passation des marchés publics dans les pays africains, objet de la présente étude, révèle certes des progrès traduits par des textes affirmant des principes et mécanismes fort ambitieux. Toutefois, la particularité du domaine des marchés publics en tant que contrat de nature économique passé par des entités publiques réfractaires à la transparence, constitue l'une des principales difficultés pour appréhender l'information précise à temps. La rapidité du monde des affaires suggère la détention de données exactes et au moment opportun, condition indispensable pour une relation de confiance et de partenariat durable entre le secteur public et le secteur privé. Ce partenariat se traduit, dans les systèmes étudiés, par certains efforts (textes juridiques, régulation, recours, portails marchés publics, quelques données chiffrées, etc.) qui demeurent, cependant, lacunaires. Un état des lieux précis par système est souhaitable. La complexité du domaine des marchés publics rend cette tâche difficile. Seuls les rapports d'évaluations selon la MAPS II comportent des éléments significatifs pour une vision globale et proche de la réalité. L'exercice en soi est long et minutieux en raison de l'implication de toutes les parties prenantes et de l'appui des partenaires externes. En parallèle, les études réalisées par les instances nationales et certaines organisations telles que l'OCDE demeurent très utiles mais devraient être complétées par une dynamique de recherche impliquant les universités et les laboratoires de recherche. Les marchés publics sont un outil de développement économique qui a fait ses preuves dans certains pays africains à travers le soutien et le développement du secteur privé (Tunisie, Maroc et Sénégal). La modernisation du système à travers par, exemple,

la certification ISO de l'ARMP en Côte d'Ivoire et la professionnalisation des marchés publics au Rwanda constituent des initiatives intéressantes et des modèles à suivre. L'effectivité des réformes juridiques entamées mérite encore un déploiement de stratégies pour la réalisation des résultats escomptés.

L'acte de construire : retour sur plus d'un demi-siècle d'évolution réglementaire autour de la maîtrise d'ouvrage publique et de ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée

Yann Baranger

Secrétaire Général HAROPA PORT Le Havre
et administrateur de l'APASP

Préambule

Traditionnellement, l'acte de construire se définit comme l'ensemble des interventions nécessaires à la réalisation (construction ou réhabilitation) d'un ouvrage (de bâtiment et/ou d'infrastructure), de la conception à la réalisation, par une maîtrise d'ouvrage s'exerçant avec d'autres acteurs de la construction, aux premiers rangs desquels figurent la maîtrise d'œuvre et les entrepreneurs de travaux.

Ainsi, l'acte de construire est marqué par un triptyque consubstantiel composé d'une maîtrise d'ouvrage autour de laquelle gravitent d'une part, une maîtrise d'œuvre structurante et d'autre part, une ou des entreprises de construction. L'une, responsable principal de l'ouvrage, doit pleinement incarner sa fonction et conduire l'opération sans immixtion. L'autre, par sa compétence, doit traduire la commande (réponse architecturale, technique et économique au programme) et en diriger l'exécution, qui sera réalisée par les entreprises de travaux.

En conséquence, dans l'objectif de garantir une qualité et une pérennité à l'ouvrage public, il a fallu organiser les relations entre ces intervenants à l'acte de construire. C'est toutefois, par le biais de la loi MOP, spécificité « à la française » depuis codifiée dans le Code de la commande publique, que les rapports entre maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre ont été précisés. Au-delà même d'une définition des rôles et des responsabilités, la loi MOP est venue consacrer un couple contraint à un nécessaire et permanent dialogue et ce, dans un équilibre subtil.

Ces rapports entre la maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre constituent ainsi une relation substantielle et unique en droit, qui a toutefois eu tendance à s'éloigner dans le temps, en particulier avec l'essor des marchés globaux depuis les années 2010.

Dans cette perspective, nous aborderons d'abord la genèse et les apports de la loi MOP (I), puis son évolution avec la montée en puissance des contrats globaux (II), afin de mettre en

exergue la place de la maîtrise d'ouvrage aujourd'hui (III) dans l'acte de construire.

I. La genèse et les apports de la loi MOP

D'une genèse lointaine à la réponse aux lois de décentralisation

La fonction d'architecte, bien qu'ancienne (apparaissant très tôt dans l'histoire de différentes civilisations : Egypte ancienne, Mésopotamie, grecs et romains...), est demeurée longtemps mal définie. Initialement appartenant au monde des bâtisseurs, elle s'est engagée au fil du temps vers une voie plus intellectuelle et artistique, se détachant progressivement (parfois irrégulièrement) de celui des entrepreneurs.¹ Ainsi, si le principe de distinction des fonctions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneurs de travaux est aujourd'hui profondément ancré dans les textes et a fortiori dans les pratiques, il n'en a pas été de même tout au long de l'histoire de la commande de construction publique.

On fait souvent remonter les grands principes de la profession d'architecte, du moins telle que connue aujourd'hui, au Code Guadet en 1895 – consacrant notamment la séparation des fonctions d'architecte, celui qui conçoit, de celles d'entrepreneur, celui qui exécute. Cette incompatibilité des fonctions d'architecte et d'entrepreneur est d'ailleurs fermement proclamée par

1. Voir notamment en ce sens les études des professeurs Bruno BELHOSTE et Franck MODERNE, ou les ouvrages d'Albert CASTON

la loi du 31 décembre 1940 instituant l'ordre des architectes et réglementant le titre et la profession d'architecte².

Ont, par suite, suivis un certain nombre de textes relatifs à l'organisation et la rémunération des missions de l'architecte, dont le décret n°49-165 du 7 février 1949³ fixant les tarifs et modalités de rémunération des honoraires des architectes et établissant un barème maximum unique pour les honoraires avec une répartition de leur montant par élément de mission, ainsi que quelques dispositions sectorielles dans le courant des années 1950.

Une première réforme vient organiser les rapports entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre par le décret n°73-207 du 28 février 1973⁴ et son arrêté d'application⁵. Cette réforme fixe un cadre moderne en précisant notamment :

- les rôles et fonctions de la maîtrise d'ouvrage,
- les missions de la maîtrise d'œuvre (découpées en catégories), leurs contenus et leurs rémunérations (selon la nature des ouvrages à réaliser),

2. L'incompatibilité étant expressément fixée à l'article 3 de la loi du 31 décembre 1940 instituant l'ordre des architectes et réglementant le titre et la profession d'architecte

3. Décret n°49-165 du 7 février 1949 relatif au tarif des honoraires et autres rémunérations des architectes, ingénieurs et techniciens spécialisés pour les travaux exécutés pour le compte des départements et communes

4. Décret n°73-207 du 28 février 1973 relatif aux conditions de rémunération des missions d'ingénierie et d'architecture remplies pour le compte des collectivités publiques par des prestataires de droit privé

5. Arrêté du 29 juin 1973 définissant les modalités d'application, aux opérations d'investissement, du décret 73-207 du 28 février 1973 relatif aux conditions de rémunération des missions d'ingénierie et d'architecture remplies pour le compte des collectivités publiques par des prestataires de droit privé

- la rémunération du maître d'œuvre qui devient forfaitaire, fixée contractuellement et déterminée en fonction du coût d'objectif définitif, du contenu de la mission et de la complexité de la réalisation.

Mais ces textes, parfois difficiles d'application, se sont trouvés confrontés à un contexte législatif changeant lors du processus de décentralisation de 1982.

Les apports de la loi MOP

Ainsi, créée dans un objectif de qualité des constructions publiques, la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « loi MOP », répond alors à deux enjeux :

- d'une part, organiser l'exercice de la maîtrise d'ouvrage publique pour les collectivités territoriales, après les lois de décentralisation de 1982,
- et d'autre part, réorganiser les rapports entre maîtrise d'ouvrage publique et maîtrise d'œuvre privée.⁶

Après définition de son champ d'application, la loi MOP traite successivement de la maîtrise d'ouvrage (sa définition, ses obligations, ses attributions et son organisation), de la maîtrise d'œuvre (ses missions, sa rémunération) et de dispositions diverses (dont

6. Les réglementations précédentes (décret du 7 février 1949, décret n°73-207 du 28 février 1973 et son arrêté du 28 juin 1973) prévoyaient des régimes peu adaptés

la possibilité de recours encadré à la conception-réalisation) et transitoires. Il en émane 3 principes fondamentaux :

1. la (réaffirmation du principe de) séparation contractuelle des missions du maître d'œuvre et d'entrepreneur de travaux (sauf cas dérogatoires⁷),
2. un contrat unique de maîtrise d'œuvre pour les opérations de bâtiment (mission de base),
3. un forfait de rémunération et un engagement contractualisé du maître d'œuvre sur le coût des travaux.

La loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture

La loi n°77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture pose comme principe fondamental que « l'architecture est une expression de la culture » et vient notamment préciser les conditions et limites dans lesquelles les maîtres d'ouvrage sont tenus de faire appel au concours des architectes, l'exercice de la profession d'architecte et son organisation...

Si cette loi constitue un pilier de l'architecture moderne, son apport sur les relations entre maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre demeure très relatif.

7. Exceptions faites – à date - des marchés publics globaux (marchés de conception-réalisation et marchés publics globaux décomposés en marchés publics globaux de performance et marchés publics globaux sectoriels), des marchés de partenariats, etc.

II. Les évolutions de la loi MOP de sa création à nos jours : un phénomène d'érosion de la loi MOP par l'essor des contrats globaux (éloignant corollairement les rapports entre maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre)

Précisons que les marchés publics globaux regroupent aujourd'hui d'une part, les marchés de conception-réalisation, et d'autre part, les marchés globaux, eux-mêmes décomposés en marchés publics globaux de performance et marchés publics globaux sectoriels.

Ces marchés échappent tant au principe de l'allotissement qu'à la séparation contractuelle des missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur. Il convient ainsi de considérer que les marchés publics globaux ne dérogent pas à la loi MOP (dans sa globalité) mais bien qu'ils en relèvent, sans obéir (conformément à cette loi) au principe de séparation contractuelle des missions.

La loi Grenelle II : une première brèche avec l'ouverture partielle à la conception-réalisation

Rappelons que la loi MOP avait déjà été modifiée à plusieurs reprises⁸ préalablement.

8. Il s'agit de modifications diverses plus ou moins importantes qui ont adapté la loi MOP aux enjeux politiques et contextuels, portés notamment par la loi n°88-1090 du 1er décembre 1988, la loi n°91-662 du 13 juillet 1991, la loi n°96-987 du 14 novembre 1996, l'ordonnance n°2004-566 du 17 juin 2004 ; la loi n°2007-224 du 21 février 2007,

Mais c'est la loi « Grenelle II »⁹ qui apporte une première ouverture aux marchés globaux avec la possibilité de recourir à la procédure de conception-réalisation dès lors qu'un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rend nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. En d'autres termes, un accès à la conception-réalisation était rendu possible pour les travaux de réhabilitation en matière de bâtiment.

Rappelons que cette disposition avait pour effet de répondre aux objectifs de la loi « Grenelle I »¹⁰ fixant une obligation de réduction des consommations d'énergie du parc des bâtiments existants de l'Etat d'au moins 38 % d'ici à 2020.

Cette première ouverture du champ de recours aux contrats globaux est ainsi venue créer une distanciation entre les rapports entre maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre.

la loi n°2009-323 du 25 mars 2009... – citons par exemple au titre des modifications : une dérogation excluant les ouvrages de bâtiment acquis par les organismes d'habitations à loyer modéré ou les SEM par un contrat de vente d'immeuble à construire, des dispositions relatives à la modification du programme et de l'enveloppe financière, des dispositions relatives au mandat ou à la conduite d'opération, l'abrogation de certains articles, la réécriture de la dérogation aux travaux d'entretien de réparation et de restauration des immeubles classés, l'ouverture au recours à la conception-réalisation de façon temporaire pour les organismes d'habitations à loyer modéré ou de façon définitive dans le cadre d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration d'efficacité énergétique ou intégrant des dispositions relatives à Mayotte, la Nouvelle Calédonie ou la Polynésie française...

9. Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite loi « Grenelle II », article 74

10. Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, dite loi « Grenelle de l'environnement » ou « Grenelle I » - Article 5

Les incidences de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : un élargissement considérable des marchés globaux de performance

Quand bien même elle ne modifiait pas directement la loi MOP, la réglementation relative aux marchés publics applicable au 1^{er} avril 2016 a largement participé à l'évolution des montages contractuels de construction publique, accentuant ainsi l'éloignement des rapports entre maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre sur le champ des marchés publics globaux.

Rappelons d'ailleurs à cet effet que le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 précisait qu'il s'agissait de prendre « *toute mesure (...) rationalisant les règles générales de passation et d'exécution des marchés publics et le cadre juridique des contrats globaux* »¹¹. Plus précisément, la *fiche d'impact du projet d'ordonnance*¹² fixait comme objectifs « *l'élargissement du recours aux CREM/REM lorsque des objectifs chiffrés de performance sont assignés au titulaire [et] d'améliorer le régime des contrats globaux afin de les rendre plus attractifs pour les personnes publiques* » et que « *ces mesures devraient avoir pour impact d'augmenter le nombre de marchés globaux de performance* ».

11. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (JORF n°0169 du 24 juillet 2015)

12. Fiche d'impact du projet d'ordonnance relative aux marchés publics du Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique - NOR : EINM1506103R, article 2.2

Cette nouvelle réglementation a donc opéré un élargissement considérable des conditions de recours aux marchés publics globaux de performance :

- par un champ d'application étendu à tout type d'opération (construction neuve et réhabilitation/réutilisation, bâtiment et infrastructure) pour les travaux relevant de la loi MOP et à tous les acheteurs (nota : sous l'empire du code des marchés publics, les marchés de conception, réalisation et exploitation ou maintenance de travaux – CREM - relevant de la loi MOP étaient seulement rendus possibles dans le cadre d'opérations sur des bâtiments existants ou pour des motifs d'ordre technique et relevaient des seuls acheteurs soumis au code),
- par des modalités de recours très assouplies (sans motivation d'ordre technique puisqu'il suffit dès lors de démontrer des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique – là où le code des marchés publics visait uniquement des engagements de performance énergétique).

En conséquence, par cette deuxième évolution, les marchés publics globaux de performance devenaient relativement ouverts, tandis que la conception-réalisation demeurait in fine relativement « confinée » à la réhabilitation en matière de bâtiment.

Les ajustements légers de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, dite loi LCAP

La loi LCAP est, quant à elle, simplement venue préciser 2 points :

- d'une part, par la modification de la loi de 1977 sur l'architecture, en créant un nouvel article destiné à favoriser le concours d'architecture pour les opérations de construction de bâtiment,¹³
- et d'autre part, en complétant l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, pour les marchés publics globaux, par « l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation », et « pour les ouvrages de bâtiment, la mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre (...) comprend les éléments de la mission définie à l'article 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, adaptés à la spécificité des marchés publics globaux. »¹⁴

Par suite, le décret n° 2017-842 du 5 mai 2017¹⁵ est venu adapter les missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux.

13. Loi n°77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture, article 5.1 (créé par l'article 83 de la Loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, dite loi LCAP)

14. Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, article 35bis (créé par la Loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, dite loi LCAP - article 91)

15. Décret n° 2017-842 du 5 mai 2017 portant adaptation des missions de maîtrise d'œuvre aux marchés publics globaux

À noter une intervention identique dans la loi SAPIN II¹⁶ visant à intégrer la même obligation pour les marchés de partenariat.

Les impacts de la loi ELAN sur la loi MOP : une nouvelle et dernière fronde

La loi ELAN¹⁷ est venue opérer plusieurs modifications directes de la loi MOP, restreignant de manière plus ou moins profonde son champ d'application selon les secteurs d'activité, et venant ainsi porter 3 effets notoires :

1. tout d'abord, des restrictions sur la portée de la loi MOP¹⁸ en venant y soustraire les opérations relatives aux ouvrages d'infrastructure situés dans le périmètre d'une opération d'intérêt national ou d'une grande opération d'urbanisme¹⁹
2. ensuite, un régime particulier pour les organismes de logements sociaux²⁰, dans le cadre de la réalisation de logements locatifs aidés par l'Etat financés avec le concours des aides publiques²¹, en les écartant progressivement du champ d'application de la loi MOP :

16. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, article 39

17. Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite loi « ELAN », a été publiée au JORF n°0272 du 24 novembre 2018

18. Par modification de l'article 1^{er} de la loi MOP

19. Article 4.VIII de la loi ELAN – Nota : une opération d'intérêt national s'entend au sens de l'article L. 102-12 du code de l'urbanisme et une grande opération d'urbanisme s'entend au sens de l'article L. 312-3 du même code

20. Tant les offices publics de l'habitat mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation que les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L. 411-2 du même code, ainsi que les sociétés d'économie mixte

21. Telles que mentionnées au 1^{er} de l'article L. 301-2 du code de la construction et de

- a) où ils ne sont plus soumis au titre II de la loi MOP²² (titre important relatif à la maîtrise d'œuvre qui précise notamment le principe de distinction des missions de maîtrise d'œuvre de celle d'entrepreneur, les missions de maîtrise d'œuvre dont la mission de base pour les ouvrages de bâtiment, la rémunération forfaitaire fixée contractuellement pour le maître d'œuvre...) ;
 - b) il leur est possible de recourir à la procédure de conception-réalisation sans condition de recours, d'une part, définitivement pour les organismes de logement social, soumis aux dispositions de la loi MOP (là où ils ne bénéficiaient que d'une dérogation temporaire préalablement), et d'autre part, temporairement, jusqu'au 31 décembre 2021, pour les centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires ;²³
3. enfin, un éloignement des rapports entre maîtrise d'ouvrage et maîtrise d'œuvre par un élargissement considérable du recours à la procédure de conception-réalisation :
- a) de façon sectorielle²⁴, avec la possibilité pour les acheteurs soumis à la loi MOP de recourir à la procédure de conception-réalisation sans condition de recours

l'habitation

22. Article 88.VI de la loi ELAN

23. Article 69.I de la loi ELAN – Nota : les centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires sont définis à l'article L. 822-3 du code de l'éducation

24. Par dérogation au second alinéa du I de l'article 33 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

pour les opérations de construction ou de réhabilitation portant sur les ouvrages nécessaires à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024²⁵ ainsi que, de façon temporaire jusqu'au 31 décembre 2022, pour l'établissement d'infrastructures et de réseaux de communications électroniques²⁶ ;

- b) de façon ouverte, avec la possibilité pour tous les acheteurs soumis à la loi MOP de recourir à la procédure de conception-réalisation, pour la « *construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur* ».²⁷

Sur ce dernier point, soulignons dès lors l'utilisation particulièrement extensive de la procédure de conception-réalisation en matière de bâtiment. En effet, l'ouverture de la conception-réalisation à la construction neuve de bâtiment (là où elle était jusqu'à présent réservée à la réhabilitation, en dehors du cas des motivations d'ordre technique) faisait ainsi passer cette procédure d'un caractère restrictif à un champ de recours définitivement ouvert en matière de bâtiment.

Ainsi, depuis cette évolution, les acheteurs peuvent choisir entre une procédure de conception-réalisation ou un marché global de performance, selon une approche incarnée de la maîtrise

25. Article 19 de la loi ELAN

26. Article 230 de la loi ELAN – Nota : 1° dans ce cas, il est également possible de recourir à une mission globale – 2° l'établissement d'infrastructures et de réseaux de communications électroniques s'entend en application de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales

27. Article 69.II de la loi ELAN

d'ouvrage visant dans un cas simplement à acquérir un bâtiment et dans l'autre cas à acquérir le bien en confiant également au titulaire une mission de maintenance ou d'exploitation (impliquant une nécessaire approche en coût global).

On tend ainsi progressivement vers un rapprochement au droit communautaire, où la Directive 2014/24/UE prévoit que les acheteurs ont la liberté de passer leurs marchés de travaux, soit de façon séparée, soit de façon conjointe pour la conception et l'exécution des travaux²⁸.

La codification de la loi MOP au sein du Code de la commande publique

La loi MOP, abrogée, a été codifiée à droit constant au sein du livre IV du Code de la commande publique.

Notons à toutes fins utiles quelques effets du Code de la commande publique sur la loi MOP consistant en :

- un toilettage formel des textes (terminologie, simplifications),
- l'ajout de précisions ou suppressions – exemples : affirmation de la notion d'AMO ou encore suppression de la notion de « réutilisation » au bénéfice de la seule notion de « réhabilitation » d'un ouvrage existant,
- la mise en conformité de certains articles – exemple : mise en cohérence de l'évolution du programme et de l'enveloppe

28. Considérant n°8 de la Directive 2014/24/UE

financière par le biais de modification conventionnelle du marché public de maîtrise d'œuvre (disparition logique de la notion d'avenant),

- le transfert de certaines dispositions entre partie législative et réglementaire ou bien au sein d'autres parties du Code.

Panorama actuel des montages contractuels globaux

Ces différentes évolutions (guidées dans un souci d'atteinte des objectifs de développement durable) ont permis d'ouvrir le champ de recours aux marchés publics globaux, avec en synthèse :

- Pour les marchés de conception-réalisation
 - Définition : le marché de conception-réalisation est un marché de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.
 - Conditions de recours : les acheteurs soumis à la loi MOP ne peuvent conclure un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, seulement :
 - si des motifs d'ordre technique
 - ou un engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique
 - ou la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueurrendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.

- Procédures : au-delà des seuils de procédure formalisée, les acheteurs soumis à la loi MOP passent des marchés publics de conception-réalisation selon les procédures formalisées avec intervention d'un jury ; en deçà des seuils de procédure formalisée, les acheteurs peuvent recourir à une procédure adaptée.
- Pour les marchés publics globaux de performance
 - Définition : les marchés publics globaux de performance « associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. »
 - Conditions de recours :
 - étendues à tout type d'opération (construction neuve ou réhabilitation ; bâtiment ou infrastructure) pour les travaux relevant de la loi MOP,
 - et à tous les acheteurs,
 - sans motivation d'ordre technique, il s'agit de démontrer des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.
 - Procédures : au-delà des seuils de procédure formalisée, les acheteurs soumis à la loi MOP passent des marchés publics globaux de performance selon les procédures formalisées avec intervention d'un jury ;

en deçà des seuils de procédure formalisée, les acheteurs peuvent recourir à une procédure adaptée.

Précisons à titre informatif, l'utilité de ces montages dans la perspective de l'article 175 de la loi ELAN, prévoyant une obligation de réduction des consommations d'énergie de tous bâtiments, parties de bâtiments ou ensembles de bâtiments à usage tertiaire, existants en date du 24 novembre 2018, d'au moins 40 % en 2030, 50 % en 2040 et 60 % en 2050²⁹.

3. La place de la maîtrise d'ouvrage aujourd'hui dans l'acte de construire

Force est de constater que si la loi MOP résiste malgré les différents assauts législatifs de cette dernière décennie, son paysage n'en demeure pas moins érodé pour certains. Toutefois, la question si souvent posée de son actualité semble être aujourd'hui clairement dépassée.

On a longtemps reproché à la loi MOP son absence de prise en compte du coût global, des nouvelles technologies ou encore ses contraintes liées à l'interdiction du paiement différé... Cependant, ces points ne trouvent plus écho en cela qu'ils ne résistent plus à une approche globale des textes à la disposition des acheteurs. D'une part, les nouveaux CCAG ont mis à jour ou modernisé

29. Ces objectifs peuvent être modulés en fonction de certaines contraintes, d'un changement de l'activité exercée dans ces bâtiments ou de coûts manifestement disproportionnés des actions par rapport aux avantages attendus en termes de consommation d'énergie finale

le cadre juridique avec l'entrée des nouvelles technologies telles que le Building Information Model (BIM), la dématérialisation des échanges, des dispositions sur le développement durable, etc. et d'autre part, la codification de la loi MOP au sein du Code de la commande publique permet de mettre à disposition des maîtres d'ouvrages (acheteurs particuliers) une « boîte à outils » au service de leurs projets.

On assiste donc globalement à un glissement de la loi MOP, perçue comme un cadre juridique structurant, vers un recueil d'outils juridiques et méthodologiques (composé de la loi MOP, du Code de la commande publique, des lois et décrets successifs sur la préservation de l'environnement, des textes satellites tels que les CCAG, du droit positif sur la construction publique...) au service de l'acte de construire et des politiques publiques de maîtrise d'ouvrage.

Ainsi, le cadrage juridique d'une opération par la loi MOP est dépassé au profit d'une approche systémique de la maîtrise d'ouvrage. Le « curseur » de l'acte de construire s'est donc clairement déplacé du droit vers la finalité et ses moyens pour y aboutir (le droit constituant l'un de ces moyens).

A fortiori, il convient aujourd'hui d'appréhender la réglementation, dans son ensemble comme une boîte à outils de l'acte de construire répondant aux enjeux de positionnement de la maîtrise d'ouvrage et en particulier aux différentes visions économiques et organisationnelles du maître d'ouvrage.

En effet, les enjeux actuels auxquels sont confrontés les maîtres d'ouvrages sont multiples : prise en compte impérative des objectifs de développement durable (et démarche corrélée en coût global), mutabilité des services publics (en particulier par les réorganisations législatives des compétences administratives), évolution des financements publics et adaptation des montages économiques et contractuels (pour faire face aux restrictions budgétaires), apparition de nouvelles technologies (BIM), professionnalisation de la conduite de projet avec le double prisme d'une nécessité de respect des délais et des enveloppes financières, etc.

Devant ces problématiques, deux questions émergent : quel modèle économique de financement et quelle organisation de la maîtrise d'ouvrage ? Et la réponse nécessite d'avancer par étape.

Tout d'abord, il convient de se positionner sur le modèle financier de l'ouvrage à édifier et parallèlement, sur la question de l'externalisation ou l'internalisation de la maîtrise d'ouvrage.

Pour guider ces choix, la maîtrise d'ouvrage devra mettre en balance des considérations économiques (sur sa capacité de sollicitation et d'affectation de ressources financières mais aussi de modalités de financement et de paiement différé), de stratégie immobilière, de politique achat, de complexité d'opération, de compétences internes mobilisables du maître d'ouvrage et du degré d'externalisation ou de délégation souhaité de la fonction, voire d'opportunité d'opérations immobilières externes. Il existe, en ce sens, deux types de montages juridiques dédiés aux opérations de construction :

- Les montages contractuels dits « internalisant » - contrats soumis à la loi MOP : où l'acheteur reçoit la qualité de maître d'ouvrage et dirige les opérations de construction en interne, à savoir :
 - les marchés « classiques » : où l'acheteur exerce la maîtrise d'ouvrage et assure le financement de l'opération, c'est-à-dire organise de façon classique le déroulement d'une opération soumise à la loi MOP, avec distinction des marchés de maîtrise d'œuvre et des marchés de travaux ;
 - les marchés globaux : où l'acheteur exerce la maîtrise d'ouvrage et assure le financement de l'opération, mais n'a plus à procéder à la distinction entre maîtrise d'œuvre, réalisation des travaux, exploitation et maintenance, qui seront exercés dans le cadre d'un marché unique par un même titulaire.
- Les montages contractuels dits « externalisant » - contrats hors loi MOP : où le titulaire de ce contrat reçoit la qualité de maître d'ouvrage, non soumis à la loi MOP, et en assure le financement (entraînant un paiement différé de l'ouvrage pour l'acheteur, sauf cas de la vente en l'état de futur achèvement) – il en va ainsi des marchés de partenariat, des contrats de concession, de la vente en l'état de futur achèvement, du crédit-bail immobilier...

Ensuite, et dans le cadre d'une maîtrise d'ouvrage internalisée, il s'agit de définir le degré d'exercice de la maîtrise d'ouvrage, selon une incarnation plus ou moins prégnante :

- soit en exerçant l'ensemble des attributions de la maîtrise d'ouvrage (le cas échéant, accompagné d'AMO spécifiques et partiels),
- soit en confiant une conduite d'opération (AMO généraliste) à un tiers,
- soit en déléguant une partie de la maîtrise d'ouvrage à un tiers, dans le cadre d'un mandat.

Enfin, et indépendamment de toute considération réglementaire, la loi MOP propose un déroulement méthodologique et complet pour toute organisation d'opération, que chaque maître d'ouvrage doit s'approprier pour garantir la qualité et la pérennité de ses constructions publiques.

Conclusion

En synthèse, si les problématiques de financement sont anciennes et récurrentes au cours de l'Histoire, elles se cumulent aujourd'hui avec un contexte exogène contraignant (dérèglement climatique, nouvelles technologies, évolutions réglementaires...). Ce qui conduit les personnes publiques à une réflexion intrinsèque sur la valorisation immobilière et les modes de constructions, se traduisant *in fine* par deux enjeux convergents : la recherche d'un modèle économique de financement et la déclinaison d'une organisation adaptée de la maîtrise d'ouvrage.

Dès lors, et dans un contexte économique particulièrement contraint, les décideurs publics doivent constamment réinterroger le positionnement de leur maîtrise d'ouvrage : en des termes non exclusivement juridiques mais économiques, organisationnels, fonctionnels et environnementaux. Le droit s'appréciant aujourd'hui comme autant d'outils au service de l'acte de construire. D'ailleurs, n'est-ce pas là l'essentiel d'un acte d'achat : des moyens juridiques comme chemins au service d'une finalité, l'édifice public, à l'instar de l'esprit de la *Lettre de Vauban à Louvois* du 17 juillet 1685.

La médiation est-elle efficace dans l'achat public ?

Pierre Pelouzet

Médiateur des entreprises

La commande publique est au cœur de l'action de la médiation des entreprises dans son volet de résolution des différends, mais aussi celui de leur prévention, par la promotion de pratiques plus responsables entre les clients publics et leurs fournisseurs. Initialement centré sur les relations interentreprises, le rôle du médiateur des entreprises s'est rapidement élargi, à la demande des acteurs économiques eux-mêmes, au champ des contrats de la commande publique.

Fin 2012, cette action a d'abord été prise en charge par un médiateur dédié, avant que les deux fonctions soient fusionnées par un décret de janvier 2016, sous l'égide du médiateur des entreprises. En constante augmentation depuis 2016, les dossiers de médiation liés au secteur public ont représenté plus de 400 dossiers sur 3 500 traités au total en 2020, contre 250 sur 1 300 en 2019, soit 22,5 %.

Pour des raisons liées à la conjoncture économique, la proportion de ces dossiers a diminué lors de la crise sanitaire de la COVID-19. La part des demandes de médiation en commande publique

a légèrement augmenté, à nouveau, en 2021 pour atteindre 19 % des dossiers.

La consécration du rôle du Médiateur des entreprises dans le code de la commande publique et les CCAG 2021

Le code de la commande publique entré en vigueur le 1er avril 2019 a consacré la possibilité de recourir à un médiateur ou un conciliateur pour les différends liés à l'exécution des marchés publics et les concessions¹.

Le Médiateur des entreprises est visé en particulier à l'article R. 2197-23 qui reprend les dispositions du décret dit « marchés publics » de 2016.

L'article L. 2197-4 vient préciser que la saisine du médiateur des entreprises suspend le cours des prescriptions, avec un renvoi à l'article L. 213-6 du code de justice administrative et au Code civil. Les délais de recours contentieux sont interrompus par la saisine du médiateur des entreprises s'il s'agit d'un contrat administratif², comme le prévoit déjà l'article L. 213-6 du code de justice administrative de manière générale.

Enfin, les 6 CCAG publiés par arrêtés du 30 avril 2021, et entrés en vigueur au 1er octobre 2021, consacrent l'intérêt du recours

1. Les articles L. 2197-1 et L. 2197-2 du code de la commande publique consacrent ces voies de résolution amiable des différends dans l'exécution d'un marché public. Voir également les articles L. 3137-1 et L. 3137-2 du code de la commande publique pour les concessions, l'article R. 2397-3 du code de la commande publique pour les marchés de défense ou de sécurité

2. Article R. 2197-24 du code de la commande publique

aux modes amiables de résolution des différends dans les marchés publics.

Ils prévoient tous que « *L'acheteur et le titulaire s'efforceront de régler à l'amiable tout différend éventuel relatif à l'interprétation des stipulations du marché ou à l'exécution des prestations objet du marché* ».

Lorsque l'acheteur et le titulaire ne parviennent pas à régler le différend à l'issue de la procédure amiable de réclamation, « *ils privilégient le recours à un comité consultatif de règlement à l'amiable, à la conciliation, à la médiation, notamment auprès du médiateur des entreprises, ou à l'arbitrage, dans les hypothèses et les conditions prévues par le code de la commande publique* ».

Le médiateur des entreprises offre ainsi une voie complémentaire à la saisine des comités consultatifs de règlement amiable des différends qui ont vocation à rechercher, dans un cadre collégial impliquant des magistrats et dans le cadre d'une procédure contradictoire, « *des éléments de droit ou de fait* ». L'avis rendu par les CCRA est « *juridiquement tolérable, techniquement logique et financièrement justifié* ».

Le processus de médiation diffère d'autres modes amiables de résolution des différends : il repose sur des échanges structurés entre les médiés, avec l'aide d'un tiers, le médiateur qui accomplit sa mission avec impartialité, indépendance, compétence et diligence. Ni juge, ni arbitre, ni conciliateur, le médiateur « *aide les parties à trouver une solution mutuellement acceptable* », il ne propose pas les termes d'un accord. Ce processus est relativement peu encadré par les textes, à l'exception de principes fondamentaux, en particulier le caractère volontaire de la démarche, l'exigence de confidentialité et, bien entendu, le respect de l'ordre

public. Ce cadre souple permet d'envisager des solutions « créatives » à la résolution des différends, compte tenu du cadre strict des règles de la commande publique. Globalement, les dossiers traités par le médiateur des entreprises se résolvent dans un délai de 3 mois, avec un taux de succès de 75 %.

Des dispositifs de médiation qui s'adaptent aux crises

Les demandes de médiation portent majoritairement sur les marchés de travaux, initiées par des TPE ou PME titulaires. La complexité des règles d'exécution, notamment financières, de ces marchés explique en grande partie cette situation. Il est regrettable que les saisines interviennent tardivement, souvent au moment de l'établissement du décompte général des marchés. Ces procédures ont alors pour conséquence de retarder le versement du solde, occasionnant des retards de paiement. Il serait beaucoup plus efficace de traiter les difficultés au fil de l'eau, sous forme de « médiation de projet », y compris pour des marchés de montants modestes lorsqu'ils se déroulent sur plusieurs mois ou années.

La médiation assure aussi, à ce titre, un rôle de pédagogie pour accompagner les chefs d'entreprises, en particulier les TPE-PME, à mieux aborder les marchés publics. En collaboration avec la CPME, le Medef, l'U2P, les CCI, les CMA et la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, le médiateur des entreprises a publié plusieurs guides ces dernières années :

- Chefs d'entreprises : osez la commande publique, en avril 2019
- Marchés publics inférieurs à 40 000 euros HT : moins de formalités, plus d'opportunités en février 2020
- Les marchés publics au service de la relance économique en mai 2021.

Par ailleurs, le médiateur des entreprises a réalisé deux rapports suite à des missions confiées par l'Observatoire économique de la commande publique : l'un portant sur les difficultés d'accès des TPE/PME à la commande publique, l'autre concernant les délais de paiement dans la commande publique.

Ce sont surtout la crise sanitaire et les difficultés d'approvisionnement et d'augmentation des prix de l'énergie et matières premières, que subissent les entreprises et leurs clients publics et privés, qui ont conduit à développer de nouveaux dispositifs de médiation. Ainsi une action de filière dans le domaine du BTP a été confiée au médiateur des entreprises en juin 2021 par les ministres Bruno Le Maire, Alain Griset et Emmanuelle Wargon pour faire émerger des solutions collectives aux difficultés d'approvisionnement en matières premières, fournitures, équipements et matériaux de construction. Cette mission a été reprise et renforcée dans le cadre du plan de résilience de mars 2022. Elle réunit les acteurs concernés : industriels, transformateurs, distributeurs, commerces de gros, entreprises de travaux et maîtres d'ouvrage privés et semi-publics, représentés par les organisations sectorielles (AIMCC, FDMC, CGI, FIEEC, CAPEB,

CNATP, FFB, FNTP, ORCAB, FPI et USH) et également l'U2P, la CPME et le Medef.

Cette action de filière comporte trois volets :

- Un comité de crise qui traite, en toute confidentialité, les comportements abusifs d'acteurs structurants dans les conditions de tensions sur les approvisionnements, signalés par les organisations de la filière ;
- Une médiation de filière qui vise à promouvoir les bonnes pratiques entre ses différents maillons ;
- Le traitement « classique » des demandes de médiation pour les difficultés d'exécution des contrats publics ou privés, dans les conditions habituelles de gratuité, confidentialité et rapidité par les médiateurs attachés au médiateur des entreprises.

Ces médiations permettent notamment de valoriser les adaptations recommandées dans la *Circulaire du Premier ministre du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des matières premières*.

Certaines leçons peuvent d'ores et déjà être tirées de la crise sanitaire, mais aussi des difficultés d'approvisionnement et d'augmentation des prix de l'énergie et matières premières dans les marchés publics :

- d'abord, le besoin d'anticiper les chocs économiques dans la rédaction des marchés, en particulier par la bonne rédaction des clauses de variation de prix ;

- ensuite, la relative souplesse qu'offrent les règles d'exécution des marchés publics en période de crise, comme y engagent les recommandations de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et les diverses circulaires ministérielles publiées à ce sujet ;
- enfin, l'impérieuse nécessité de considérer les relations contractuelles sous l'angle de la solidarité économique, au bénéfice de l'économie dans son ensemble.

Cette action de promotion de la solidarité économique s'est beaucoup développée depuis la crise de la COVID-19.

La solidarité économique et la promotion de relations responsables avec les fournisseurs en commande publique

Le « comité de crise » sur les délais de paiement mis en place avec le médiateur du crédit et les organisations professionnelles dès mars 2020 pour lutter contre les mauvaises pratiques des acteurs structurants privés et publics a contribué à désamorcer une tendance à la cessation ou au retard de paiement observée en particulier au début de la crise sanitaire. Son action se poursuit depuis janvier 2022 au sein d'un comité dont le champ est élargi aux conditions de paiement et d'approvisionnement. Inversement, les acteurs publics et privés sont incités à adopter une ligne de conduite solidaire dans la gestion des relations contractuelles entre partenaires économiques et valorisés à ce titre, par exemple lorsqu'ils anticipent les délais de paiement. Cette culture de la solidarité et de la responsabilité portée par

la médiation des entreprises se traduit également dans le nouvel élan donné au déploiement du Label Relations Fournisseurs et Achats Responsables (RFAR).

En mars 2021, le médiateur des entreprises a remis à Olivia Grégoire, secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance, chargée de l'Économie sociale, solidaire et responsable, un rapport d'évaluation pour le développement du Label Relations fournisseurs et achats responsables. Dans le prolongement de ces travaux, un Parcours national des achats responsables a été lancé en octobre 2021 en collaboration avec le Conseil National des Achats, qui porte conjointement le label RFAR. Le label RFAR traite spécifiquement de l'équilibre et de la qualité des relations entre donneurs d'ordre et fournisseurs pour garantir des achats à impact positif (performance économique et compétitivité, mise en œuvre de considérations sociales et environnementales, responsabilité et ancrage territorial, culture de médiation). Un déploiement prioritaire dans le secteur public est en cours, d'abord dans les ministères, mais aussi le secteur public hospitalier et les collectivités territoriales. Le Label RFAR est ainsi valorisé dans les outils à disposition des acheteurs dans la réalisation des objectifs du Plan national d'action pour des achats publics durables 2022-2025.

S'agissant des collectivités, les synergies avec l'établissement des *Schémas de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables* (SPASER) sont également en cours de promotion.

À travers la diversité des actions menées depuis 10 ans et de nouveaux dispositifs mis en place, la médiation des entreprises intègre ainsi pleinement la commande publique telle qu'elle est, au cœur de l'économie.

Peut-on vraiment acheter innovant ?

Baptiste Vassor

Expert achats publics – UGAP et administrateur de l'APASP

Si la création des innovations est « presque toujours le fait d'explorateurs individuels ou de petits groupes, et presque jamais celui de bureaucraties importantes et hautement structurées » selon Harold J. Leavitt (psychologue du travail et des organisations), l'achat de solutions innovantes semble également suivre la même logique.

En effet, la volonté d'acquérir de telles solutions est souvent issue des acteurs du terrain et, plus rarement, des directions achats et/ou juridiques.

Au-delà de la volonté, les directions achats/juridiques étaient confrontées aux difficultés de déterminer le cadre juridique permettant l'achat dans le cadre de la commande publique puis à la définition de l'innovation.

Selon l'OCDE, l'innovation est « la mise en œuvre d'un produit (bien ou service) ou d'un procédé nouveau ou sensiblement

amélioré, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques de l'entreprise, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures » puis considère qu'il existe 4 catégories d'innovation (manuel d'Oslo¹ édition 2005).

Cette définition a été reprise à l'article 2 de la directive 2014/24/UE² puis codifiée à l'article R2124-3 du Code de la commande publique³ entré en vigueur le 1^{er} avril 2019.

En 2018, l'OCDE a fait évoluer cette définition dans une nouvelle édition du manuel d'Oslo⁴ en précisant qu'une innovation « désigne un produit ou un processus (ou une combinaison des deux) nouveau ou amélioré qui diffère sensiblement des produits ou processus précédents d'une unité et a été mis à la disposition d'utilisateurs potentiels (produit) ou mis en œuvre par l'unité (processus) » puis résume la définition en considérant qu'il existe deux catégories d'innovation : les innovations de produit et les innovations de processus d'affaires.

L'évolution de la définition de l'OCDE met en exergue la difficulté à définir la notion d'innovation. De surcroît, l'utilisation

du terme « sensiblement » met en exergue le caractère subjectif de la définition qui sera variable en fonction des personnes, des entités et/ou des pays.

La subjectivité de la définition implique une analyse afin de déterminer le caractère innovant (ou non) d'un produit ou d'un processus. Nonobstant, l'existence d'une volonté politique de promouvoir cette thématique, l'absence de définition claire explique pour partie la difficulté à promouvoir l'innovation dans la commande publique.

Au regard de l'absence de résultats concrets malgré la fixation d'un objectif par la mesure n° 32 du Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi de 2012, l'État s'est résolu à créer, par décret, un dispositif expérimental « achats innovants » pour une durée de 3 ans à compter de décembre 2018⁵ autorisant un acheteur public à acquérir une solution innovante sans publicité ni mise en concurrence dans la limite de 100 000 euros HT.

Afin d'accompagner l'adoption de ce dispositif, la Direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy a publié un guide pratique de l'achat public innovant⁶ en mai 2019 incluant un outil leur permettant de caractériser le caractère innovant à travers la méthode dite du « faisceau d'indices ».

1. https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/manuel-d-oslo_9789264013124-fr

2. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=SL>

3. legifrance.gouv.fr

4. <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/12445591/KS-01-18-852-FR-N.pdf/382947a7-bc7f-ccd3-209c-7150126bf6c3?t=1613470434589>

5. Décret n°2018-1225 du 24 décembre 2018

6. https://www.economie.gouv.fr/files/2020-08/guide-pratique-achat-public-innovant_0.pdf

Malgré la publication de ce guide pratique, le bilan réalisé par la DAJ sur l'utilisation du dispositif « achat innovant » sur la période de décembre 2018 à mai 2021 reste mitigé⁷. En effet, seulement 231 marchés portant principalement sur des fournitures (53 %) et des services (36 %) ont été recensés pour un total de 132 acheteurs publics. S'agissant de la catégorisation des entreprises ayant bénéficié de ce dispositif, l'objectif initial a été atteint avec 80 % des marchés attribués à des PME.

Nonobstant ce bilan mitigé, le dispositif « achat innovant » a été pérennisé par le décret n° 2021-1634 du 13 décembre 2021⁸ à l'article R. 2122-9-1 du code de la commande publique⁹ tout en faisant référence à la définition de l'innovation prévue à l'article L2172-3 du même code¹⁰.

Au regard de ces éléments, il convient de s'interroger si les acheteurs publics ont les moyens d'acquérir des solutions innovantes sous l'empire du code de la commande publique ? Si oui, de quelle(s) manière(s) ces achats peuvent-ils être réalisés ? Aussi, il convient de déterminer la place de l'innovation dans la définition des besoins. De l'ampleur des besoins découlera le choix de la procédure la plus adéquate pour acquérir une solution innovante. Enfin, il est également envisageable de recourir

aux clauses de modifications de marché pour acquérir une solution innovante.

La place de l'innovation dans la définition des besoins

Avant tout acte d'achat, l'acheteur doit définir précisément ses besoins. Dans le cadre des marchés publics, l'article L.2111-1 du code de la commande publique rappelle à l'acheteur que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation (...) ».

Si cet article oblige les acheteurs publics à définir leurs besoins « en prenant en compte des objectifs de développement durable (...) il n'impose (ou n'incite) pas les acheteurs à prendre en compte l'innovation dans le cadre de la définition des besoins. En tout état de cause, il convient de (re) situer la place de l'innovation dans la définition des besoins dans le cadre du processus d'achat public.

L'innovation ne doit pas créer un besoin

L'innovation, ou plutôt une solution innovante qui est commercialisée par un opérateur économique, ne peut être l'origine du besoin car il convient de considérer qu'elle ne doit pas créer « automatiquement » le besoin au regard des dispositions de la commande publique. En effet, contrairement à un consommateur qui est susceptible d'avoir un comportement moins rationnel et d'acquérir une solution innovante dont il n'avait

7. https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oecp/etude/20210728_Rapport-achats-innovants.pdf

8. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044487851>

9. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000044490444

10. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000037703713

pas (nécessairement) le besoin, l'acheteur public, qui se doit de faire une « bonne utilisation des deniers publics », est contraint de procéder à une définition précise de ses besoins avant d'initier le processus d'achat. Autrement dit, un besoin créé *ex nihilo* n'est pas possible dans le cadre des achats publics au regard du processus. Toutefois, il est possible de tempérer cette affirmation dans la mesure où la commercialisation d'une solution innovante peut révéler l'existence d'un besoin non satisfait à ce jour.

L'innovation peut révéler l'existence d'un besoin non satisfait

Si une solution innovante ne doit pas créer *ex nihilo* le besoin, elle est susceptible de révéler l'existence d'un besoin non satisfait. Par besoin non satisfait, il convient d'entendre un besoin pour lequel aucune solution n'était apportée car la problématique n'était pas identifiée ou, lorsque cette dernière était identifiée, aucune solution existante sur le marché n'est disponible pour y répondre.

Par exemple, la commercialisation d'une solution innovante Y ayant pour but de répondre à un besoin à usage militaire est susceptible de révéler l'existence d'un besoin non satisfait dans le secteur civil (ex. : les drones). De même, une solution innovante répondant à un besoin pour les professionnels de santé du secteur libéral est susceptible de mettre en exergue l'existence d'un besoin non satisfait pour les mêmes professionnels dans le secteur public (cas du logiciel de prise de rendez-vous de la société Doctolib).

Enfin, une solution innovante peut également améliorer un besoin mal satisfait actuellement.

L'innovation peut améliorer un besoin mal satisfait

Une solution innovante a pour objectif de mettre en évidence que le besoin, auquel elle vient répondre, est aujourd'hui mal satisfait par les solutions du marché. Dans un tel schéma, après une étude des forces et des faiblesses des solutions innovantes et classiques au regard de son besoin, l'acheteur devra le formaliser en ayant deux options : rédiger un cahier des charges dit fonctionnel précisant uniquement le résultat attendu (sans décrire les spécifications techniques requises) ou rédiger un cahier des charges précisant des spécifications techniques requises pour satisfaire le besoin.

En fonction de l'option retenue, les opérateurs économiques auront plus ou moins de facilités à proposer une solution innovante dans le cadre de la procédure. Or, l'ouverture à l'innovation, en plus de permettre de répondre (différemment) aux besoins, peut permettre d'apporter des externalités positives telles que la réduction du coût de possession globale, une amélioration de l'accessibilité, la prise en compte de l'économie circulaire et/ou un impact sur le budget en fonction du modèle économique (investissement/fonctionnement).

Dès lors que la place de l'innovation dans la définition des besoins a été précisée, l'acheteur public doit alors sélectionner la procédure la plus adaptée à son projet d'achat.

L'ampleur du projet d'achat détermine la procédure à sélectionner

Dès lors que les besoins ont été définis, l'acheteur public doit sélectionner la procédure adéquate au regard de l'ampleur de son projet et donc du montant estimé.

La réalisation d'un « micro POC » jusqu'à 40 000 euros HT

L'article R.2122-8 du code de la commande publique dispose que « l'acheteur public peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros HT (...) ». Ainsi, cette disposition permet à l'acheteur public de réaliser un proof of concept (POC ou expérimentation en français) d'une solution (innovante ou non) à une échelle très réduite (un site, un panel d'agents ou de salariés, une direction ou un service, une durée limitée...) dans des délais réduits (pas de mise en concurrence), sans obligation d'avoir un formalisme trop contraignant (pas de publicité) mais de préférence avec un cahier des charges simplifié.

Les seules contraintes fixées par le code de la commande publique sont de faire une bonne utilisation des deniers publics et de ne

pas contracter systématiquement avec le même opérateur économique dès lors qu'il existe d'autres acteurs susceptibles de répondre au besoin.

Dans le cadre de l'acquisition d'une solution innovante, seuls les résultats du POC permettront de conclure à une « bonne utilisation des deniers publics ». S'agissant de la contractualisation avec le même opérateur économique, la solution innovante est généralement proposée par de nouveaux acteurs cherchant à bousculer les acteurs historiques.

Lorsque le POC doit être réalisé à une échelle plus importante, l'acheteur public peut recourir au dispositif « achat innovant » qui vient d'être pérennisé dans le code de la commande publique.

La réalisation d'un POC à petite échelle à travers le dispositif « achat innovant »

Le décret n° 2021-1634 du 13 décembre 2021 a pérennisé le dispositif « achat innovant » qui vise à « développer l'innovation au sein de l'administration et de favoriser l'accès des TPE-PME à la commande publique ».

Ce dispositif « achat innovant » doit permettre aux acheteurs publics de réaliser un POC à une « petite échelle » (un ou plusieurs sites, un panel de salariés plus important, une ou plusieurs directions, une durée plus longue) dans des délais réduits (pas de mise en concurrence), sans l'obligation d'avoir un formalisme

trop contraignant (pas de publicité) mais sous réserve de remplir deux conditions cumulatives.

En effet, contrairement à l'article R.2122-8 du code de la commande publique, le recours à ce dispositif impose, d'une part, que le besoin porte effectivement sur des « travaux, fournitures ou services innovants au sens du second alinéa de l'article L2172-3 (du code de la commande publique) » et, d'autre part, que « la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros HT ».

S'agissant de la condition tenant à l'objet du marché, le caractère innovant de la solution acquise doit être démontré dans des documents internes (ex. : Décision ou rapport de présentation) afin d'être en mesure de justifier le recours à ce dispositif dérogatoire en cas de contrôle de la Cour des comptes (CC), de l'Agence française Anticorruption (AFA) ou encore de demande d'accès aux documents administratifs (CADA).

La méthodologie du « faisceau d'indices » proposée par le guide pratique de l'achat innovant de la Direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy peut être utilisée pour justifier le caractère innovant et l'argumentaire peut être rédigé en s'appuyant sur les éléments transmis par le fournisseur transmis lors du *sourcing* et/ou dans le cadre de son offre.

Si l'une des conditions n'est pas réunie pour utiliser ce dispositif, l'acheteur sera lors contraint de recourir aux procédures classiques du code de la commande publique qui permettent

également le déploiement à « grande échelle » d'une solution innovante.

Le déploiement à grande échelle d'une solution innovante à travers les autres procédures

Contrairement à une idée reçue, les procédures prévues dans le code de la commande publique (procédure adaptée, appel d'offres, dialogue compétitif, procédure concurrentielle avec négociation) permettent également d'acquérir une solution innovante dans la perspective d'un déploiement à grande échelle.

En effet, la combinaison de la rédaction d'un cahier des charges fonctionnel, des conditions d'exécution adaptées, de critères de sélection des offres telle que le « caractère innovant » et/ou le « coût de possession » et d'une pondération adaptée à l'objectif recherché doivent permettre de sélectionner une solution innovante (par rapport à une solution plus classique).

De plus, à la différence du dispositif « achat innovant », l'acheteur public n'aura pas à justifier du caractère innovant de la solution dans le cadre de ces procédures même s'il pourra être amené à expliquer sa stratégie d'achat au regard des critères et pondérations utilisés.

Au-delà des procédures de marchés publics, il est également envisageable d'acquérir de l'innovation incrémentale dans le cadre des clauses de modification des marchés.

L'acquisition de l'innovation par les clauses de modification du marché

La captation de l'innovation dans le cadre d'un plan de progrès

Un plan de progrès est une clause permettant aux parties de renégocier périodiquement certains termes et conditions d'exécution du marché.

En pratique, les parties élaborent un plan d'action fixant, notamment, les objectifs et les moyens que les parties s'engagent à mettre en œuvre pour atteindre ces objectifs.

Les objectifs et les moyens déterminés par les parties peuvent impliquer la recherche de solutions innovantes pour améliorer l'exécution des prestations, objet du marché (qualité de service, satisfaction des utilisateurs, réduire les délais, améliorer l'organisation, limiter l'impact environnemental de la prestation...).

Ainsi, dans le cadre d'un tel plan de progrès, l'acheteur public peut inciter puis capter des solutions innovantes qui font concourir à la bonne exécution des prestations du marché.

Au-delà de la mise en place d'un plan de progrès, l'acheteur public peut également acquérir des solutions innovantes par l'activation d'une clause de réexamen.

L'acquisition de solutions innovantes par l'activation d'une clause de réexamen

L'article R2194-1 du code de la commande publique précise que « le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ».

Ainsi, un marché peut (doit) prévoir, notamment, une clause de réexamen permettant le remplacement du matériel proposé initialement par le titulaire par un autre matériel ayant évolué « sensiblement » d'un point de vue technique (ex. : nouvelle version) dans la mesure où ce dernier répond aux besoins et respecte les spécifications techniques minimum requises initialement dans le cahier des charges et/ou dans la réponse technique du candidat.

Dans un tel cas, il est possible de parler d'innovation incrémentale c'est-à-dire de l'évolution d'un produit ou d'un service, sans en changer les caractéristiques fondamentales, permettant de proposer une version « sensiblement » améliorée de l'offre existante.

Si le caractère innovant n'est pas toujours déterminé par l'acheteur public dans le cadre de l'activation d'une telle clause, cette dernière peut permettre l'acquisition d'une solution répondant

à la définition de l'innovation et, à ce titre, doit être comptabilisée comme telle dans les indicateurs de suivi de l'acheteur public.

Conclusion

À défaut d'avoir la possibilité juridique d'attribuer un marché public à une entreprise répondant « simplement » à la définition d'une Petite ou moyenne Entreprise (PME)¹¹, le projet initial de décret « achats innovants » rédigé en juillet 2018¹² avait pour objectif principal de faciliter, à titre expérimental pour une durée de 3 ans, la contractualisation de gré à gré d'un marché public entre un acheteur public et une PME sous couvert de l'acquisition d'une solution innovante dans la limite de 100 000 euros HT.

Ainsi, la promotion et développement de l'innovation dans la commande publique pouvait apparaître comme un objectif aussi important que le fait d'adresser des commandes aux PME.

Toutefois, cette rédaction n'a finalement pas été retenue dans le décret publié en décembre 2018 et le marché public conclu sur la base du dispositif « achats innovants » peut être conclu avec une PME, une ETI ou une Grande Entreprise (que cette entreprise soit implantée dans l'Union européenne ou non).

11. Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises

12. Fiche d'impact générale du projet de décret portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique du 19 juillet 2018

Par conséquent, le dispositif « achats innovants » ne répond qu'en partie aux attentes des acheteurs publics, des opérateurs économiques et des fédérations professionnelles.

Aujourd'hui, dans le contexte de post-crise COVID 19, d'oligopole des GAFAM et d'impacts de la guerre en Ukraine, le sujet de marchés publics « réservés » ou de commandes adressées à des PME et ETI (européenne) revient par l'angle des achats stratégiques et/ou des achats souverains.

Achat local, la fin d'un tabou ?

Daniel Maslanka

Vice-président de l'APASP

Merci à Jo-Michel Dahan pour ses conseils avisés

Le localisme est officiellement interdit mais tout le monde connaît les moyens de contourner les textes.

Les pouvoirs publics encouragent même, sous la pression de l'opinion, l'acheteur public à favoriser le local, et ce plus particulièrement dans le segment d'achat des denrées alimentaires. Nous assistons depuis quelques années à une véritable ruée vers les produits locaux. Avant tout, arrêtons-nous et questionnons cette tendance lourde. Pourquoi privilégier le local à l'heure des échanges mondialisés ?

La crise sanitaire bouleverse depuis deux ans l'ordre mondial. La rupture dans les échanges de biens et les risques de pénuries qui en découlent mettent en danger la sécurité des approvisionnements. La guerre en Ukraine rend encore plus critique l'organisation de la production et de la logistique. Elle fait craindre désormais la famine dans certaines zones du globe. Dans ce contexte incertain, le retour sur un territoire connu (le terroir ?) rassurant devient une priorité.

Cependant, le mouvement a démarré bien avant ces derniers événements dramatiques. Les crises liées à l'alimentation rythment depuis toujours notre actualité. « Vache folle », grippe aviaire, viande de cheval en guise de bœuf, la liste est longue et n'est pas près de s'arrêter.

Les distances parcourues par certains aliments ne permettent pas un contrôle efficace. Les conditions de production ou d'élevage sont régulièrement mises en cause. Dès lors, se tourner vers des producteurs bien identifiés, proches, dont il est possible de contrôler les pratiques redonne confiance.

Favoriser des producteurs qui, en raison de l'organisation des circuits de commercialisation, souffrent économiquement car ayant peu de prise sur leurs prix de vente semble légitime. Leur manifester notre solidarité devient un acte citoyen.

Il est dès lors légitime de poser la question du local alors que la mondialisation des échanges est en recul.

La volonté de relocaliser les productions que l'on s'était imprudemment empressé d'implanter dans des pays à faible coût de main-d'œuvre.

Sans mesurer les conséquences sur la dégradation de l'environnement et l'exploitation de populations vulnérables.

Auxquelles s'ajoute l'impact du transport de ces produits jusqu'au consommateur.

À l'heure de l'accélération du réchauffement climatique, est-il raisonnable de poursuivre la recherche du moindre coût ?

Au gré des questions écrites au gouvernement, la Direction des affaires juridiques de Bercy rappelle inlassablement l'interdiction

de tout critère géographique dans la commande publique. Mais elle fournit en même temps les solutions pour contourner la règle. Et elles sont nombreuses !

L'accès des entreprises locales à la commande publique est une préoccupation majeure du Gouvernement. C'est un enjeu pour le développement économique des territoires et la croissance de nos petites et moyennes entreprises, qui représentent 99,9 % des entreprises françaises et 48,3 % de l'emploi salarié, et en particulier pour celles qui offrent des prestations de proximité. La promotion de l'achat local répond également à des préoccupations environnementales et écologiques. Sensibilisés à l'achat public durable, les acheteurs locaux cherchent en effet à réduire l'empreinte écologique de leurs achats en limitant le transport et les émissions de polluants à l'occasion de l'exécution de leurs marchés. Les principes constitutionnels de la commande publique et les principes de non-discrimination et de liberté de circulation des personnes, des capitaux et des services énoncés dans les traités de l'Union européenne font toutefois obstacle à la prise en compte d'un critère géographique dans l'attribution des marchés publics. Le juge européen et le juge administratif français censurent ainsi régulièrement les conditions d'exécution ou les critères d'attribution reposant sur l'origine des produits ou l'implantation géographique des entreprises et toute modification du droit des marchés publics en ce sens serait inconstitutionnelle.

Pour autant, le Code de la commande publique offre déjà aux acheteurs des outils leur permettant de faciliter l'accès des entreprises locales à leurs marchés, notamment par une définition

claire de leurs besoins, par la pratique du sourçage, en allotissant leurs marchés de telle sorte que les PME puissent y accéder, ou encore en recourant à des mesures de publicité permettant de toucher les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés. De même, au stade de l'attribution des marchés, les acheteurs peuvent se fonder sur des critères tels que le développement des approvisionnements directs ou les performances en matière de protection de l'environnement. Il leur est ainsi possible, par exemple, d'apprécier la qualité des offres au regard de l'effort de réduction de gaz à effet de serre notamment pour le transport des fournitures ou les déplacements des personnels.

La rapidité d'intervention d'un prestataire peut également être un critère de choix autorisé, pour autant qu'il reste justifié au regard du marché public. Conscient des contraintes particulières pouvant peser sur les PME candidates aux marchés publics, le Gouvernement a souhaité donner un nouvel élan à la simplification des procédures de passation des marchés.

Le seuil en deçà duquel il est possible de conclure un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables a ainsi été relevé de 25 000 € à 40 000 €. Cet assouplissement des procédures, qui s'inscrit dans une démarche de confiance dans les décideurs publics, devrait faciliter l'utilisation des marchés de faible montant au service de l'économie et du développement durable. Elle devrait notamment permettre de renforcer le tissu économique des territoires en facilitant la conclusion des marchés avec des PME. Afin de faciliter l'appropriation de ces outils et sécuriser leur utilisation par les acheteurs, le Gouvernement est

engagé dans une démarche d'information et d'accompagnement.

L'acheteur dispose de la faculté d'introduire des spécifications techniques et/ou des conditions d'exécution qui favoriseront, n'ayons pas peur des mots, des offres européennes et surtout françaises.

L'acheteur a l'obligation de prendre en compte le développement durable dans tous ses aspects : environnemental, économique et social et ce dès la définition des besoins. Il doit dès lors écarter toutes les offres qui dérogent aux standards en la matière.

L'allotissement étant devenu obligatoire afin de favoriser l'accès des TPE/PME aux marchés publics, l'entreprise locale se trouvera indéniablement avantagée. Le renchérissement du coût de l'énergie et donc des déplacements accentue encore le phénomène.

Le code de la commande publique offre une palette étendue de critères de sélection donnant ainsi à l'acheteur avisé une large marge de manœuvre. Le jeu subtil de la pondération des critères renforce encore son pouvoir discrétionnaire. Parmi ces critères certains sont particulièrement explicites : « les performances en matière d'approvisionnement directs de produits de l'agriculture, en matière de protection de l'environnement ».

Le relèvement du seuil à 40 000,00 € HT en deçà duquel la publicité et la mise en concurrence n'est pas nécessaire conjugué à la liberté de définir sa propre nomenclature ont pour conséquence d'assouplir pour de nombreux établissements les règles

de la commande publique. Hormis l'obligation de respecter les principes, peu de contraintes.

En 2016, Le ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation et la direction des achats de l'État ont réalisé la boîte à outils Localim pour accompagner les acheteurs publics dans leurs démarches d'approvisionnement local et de qualité. Localim donne ainsi toutes les clés pour acheter des produits de qualité et surtout français.

Pour les pouvoirs publics, acheter autrement constitue un levier pour l'approvisionnement en produits de qualité et respectueux de l'environnement. La restauration collective représente une réelle opportunité de garantir localement des débouchés et de reconquérir une part de la valeur ajoutée de ses produits.

En 2018, acheter local n'est plus une possibilité mais devient une obligation grâce à la loi EGAlim.. Certes jamais le terme local n'est employé mais fixé à 50 % la part des produits soumis à des normes de qualité — Label rouge, IGP, AOP, et surtout Bio, qui ne se justifie que dans la mesure où il est de proximité — revient à inscrire le local dans le marbre.

Enfin, la loi Climat et résilience renforce encore les obligations d'approvisionnement de qualité en fixant à 60 % en valeur la part des produits carnés labellisés.

Elle inclut plusieurs mesures destinées à mieux prendre en compte le développement durable lors de la passation et de l'exécution des marchés publics.

L'article 35 de la loi renforce le rôle des Schémas de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables. Les SPASER doivent désormais comporter des indicateurs précis

exprimés en nombre de contrats ou en valeur sur les taux réels d'achats publics relevant de l'achat socialement ou écologiquement responsable. C'est le cas notamment des achats réalisés auprès des entreprises solidaires d'utilité sociale ou des entreprises employant des personnes défavorisées.

En imposant l'obligation de prise en compte du développement durable dans les spécifications techniques, l'article 35 concrétise l'obligation d'introduire des considérations environnementales dès le stade de la définition du besoin.

Il introduit également l'obligation de retenir au moins un critère d'attribution prenant en compte les caractéristiques environnementales de l'offre.

Jusque-là, aucune disposition du code de la commande publique n'imposait que les préoccupations environnementales fassent l'objet d'un critère de sélection du titulaire. C'est désormais chose faite par la modification de l'article L-2152-7.

Enfin, l'article L. 2112-2 du code de la commande publique modifié dispose que les acheteurs devront impérativement prévoir dans leurs marchés publics des conditions d'exécution prenant en compte l'environnement.

Comme le précise encore la fiche de la DAJ : « Cet enrichissement du contenu des SPASER permettra d'inciter les acheteurs à promouvoir une stratégie efficace et progressive de développement de l'inclusion sociale, des filières de consommation locale et des circuits courts. »

Bien qu'interdit, l'achat local participe d'un mouvement puissant auquel il est bien difficile de résister. Et pourtant, n'est-ce pas le signe d'un certain repli ? Ne sommes-nous pas exposés au risque de nous priver de la découverte de nouvelles saveurs, d'autres cultures ? Notre gastronomie s'est depuis toujours enrichie des échanges, de produits provenant d'autres continents. Les épices en sont la meilleure expression. La mondialisation nous a permis d'élargir la palette des saveurs.

Ne perdons pas de vue que la France est le premier pays européen exportateur de produits de l'agriculture. Au nom de la réciprocité, est-il acceptable de favoriser l'achat local ? Et si chaque pays adoptait la même politique.

L'acheteur public doit-il être un visionnaire ?

Sophie Chevrolle

Directrice de la Performance des Achats
et des Marchés de l'Université Paris-Saclay

Philippe Maraval

Directeur des Achats et Marchés de Pôle Emploi

Si la commande publique, entendue au sens large, représente environ 15 % du PIB, l'inefficacité et la rigidité des dispositions applicables sont souvent relevées alors même qu'il lui appartient par nature de viser la meilleure performance en qualité ou en coût¹. Longtemps envisagée principalement sous son aspect réglementaire du fait d'une interprétation jurisprudentielle très stricte des dispositions relatives à la mise en concurrence, la commande publique a cristallisé les critiques du fait de son éloignement avec le marché fournisseur matérialisé notamment par une forte proportion de déclarations sans suite des procédures de publicité et de mise en concurrence. L'ouverture opérationnelle aux pratiques de l'achat privé et la consécration du rôle de l'acheteur

1. S. Saussier, J. Tirole, Les notes du Conseil d'Analyse Economique n°22, avril 2015, Renforcer l'efficacité de la commande publique

public par la reprise de ce terme par le code de la commande publique adopté par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 modifiant l'approche et les pratiques quotidiennes de la commande publique sans pour autant que les dispositions juridiques applicables permettent d'envisager une homogénéité avec le secteur privé.

En effet, la réglementation des achats publics en imposant la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement et la transparence des procédures a pour objet d'encadrer le pouvoir de l'acheteur dans le choix du fournisseur. Cette méfiance envers l'acheteur public dans les relations avec le fournisseur s'exprime notamment dans le principe de l'intangibilité contractuelle.

Dès lors, la mise en œuvre de ce principe impose que l'acheteur public soit en capacité de capter, par anticipation, les évolutions des marchés fournisseurs, celles des prescripteurs, des inflexions des politiques et stratégies de sa gouvernance et les accompagner pendant la durée du marché. Loin d'être une simple mécanique juridique, les achats publics imposent donc à l'acheteur d'être visionnaire à moyen terme afin de concevoir et établir un support contractuel adapté aux conditions initiales de mise en concurrence mais également à ses évolutions anticipables.

Cette attente est cependant actuellement réévaluée à l'aune de la réalité. Les attentes sur les acheteurs publics évoluent en ce qu'il lui est désormais possible de procéder à des modifications du contrat.

Ainsi, si l'acheteur doit être visionnaire par nature pour assurer la performance dans la durée du contrat conclu, l'ouverture de cas de réexamen permet d'assouplir cette attente en la rendant atteignable.

La conception de la mise en concurrence et de l'exécution des contrats publics repose sur un postulat : la détermination des besoins, leur traduction contractuelle et la mise en œuvre de critère de choix des offres adaptés permet d'obtenir l'offre répondant aux besoins de la personne publique et économiquement la plus avantageuse non seulement au moment de sa notification mais tout autant pendant la toute durée d'exécution complète du contrat. Il y a donc bien ici une obligation d'anticipation que l'on peut qualifier de visionnaire.

Ce postulat trouve une traduction concrète dans la limitation des ajustements contractuels en cours d'exécution du marché, en ce qu'ils risquent de remettre en cause les conditions de cette mise en concurrence et partant du choix du prestataire. Une jurisprudence fournie, reprise en doctrine, est ainsi venue enserrer la notion de clauses contractuelles essentielles et donc intangibles comme le prix et sa forme² ; elle rend également très difficiles l'acceptation de produits de substitution ou les modifications de référencement.

Il est donc attendu de l'acheteur public qu'il soit capable avec un système d'attribution préétabli et des clauses techniques définies et intangibles de piloter l'interface entre le fournisseur et l'entité publique et d'en assurer la performance. Cela impose une obligation de projection dans le temps par l'acheteur qui doit dès la rédaction du marché envisager l'ensemble des évolutions possibles.

2. Guide du prix dans les marchés publics, 2013, <https://www.economie.gouv.fr/files/2020-08/guide-prix-dans-mp.pdf> - Interview de Laure Bédier, achats

Vers l'extérieur, il dispose d'outils orientés vers le fournisseur, notamment le sourcing permettant de pallier partiellement l'asymétrie d'information existant entre la personne publique et le fournisseur qui connaît mieux ses coûts et l'environnement économique ou le benchmark permettant, dans les limites du principe du secret des affaires, de connaître et comparer les pratiques des entités publiques.

Vers l'interne, l'acheteur dispose des méthodes propres à ses fonctions que sont la connaissance des dépenses de son entité et le retour d'expérience des pratiques de l'établissement permettant une amélioration continue des prescriptions techniques et contractuelles. Les méthodes d'expression du besoin mises en œuvre sont aussi indispensables pour lui permettre de rendre le prescripteur visionnaire pour son achat en l'aidant à ajuster son besoin. Il s'agit alors pour l'acheteur d'obtenir une expression du besoin complet comprenant les éventuelles évolutions envisageables de l'achat et des pratiques. Dans un contexte de restriction financière et d'annualité budgétaire, le prescripteur peut, en effet, avoir tendance à minimiser les besoins annexes qui apparaîtront notamment la maintenance ou les modules techniques complémentaires imposant alors une modification contractuelle qui aurait pu être anticipée.

À l'aune de la pratique, il apparaît que la régulation et l'encadrement des achats de fonctionnement récurrent peuvent être mis en place par l'acheteur alors même qu'un décalage entre le besoin exprimé et la réalisation pratique peut apparaître dans le temps, cette relative inadéquation du service rendu est inacceptable dans les achats cœur de métier fondamental pour assurer la qualité du service.

Ces achats cristallisent ainsi la plupart des demandes d'évolutions en cours de contrat. C'est, en effet, dans ce secteur que les évolutions de produits et les acteurs sont les plus prégnants pour l'entité qui doit pouvoir les capter.

Il appartient en ce cas à l'acheteur d'utiliser l'ensemble des outils mis à sa disposition pour lui permettre d'encadrer l'incertitude que sont les prestations supplémentaires éventuelles, les tranches optionnelles, les options ainsi que les pratiques lui permettant d'élargir les possibilités de modification des produits référencés sans pour autant procéder à des modifications contractuelles que constitue la définition d'unités d'œuvre définies par des caractéristiques techniques indispensables permettant l'acceptation de références équivalentes à celles présentées lors de la notification ou le recours élargi aux accords-cadres exécutés à marchés subséquents.

Différentes techniques de passation et d'exécution que sont les systèmes d'acquisition dynamiques et les accords-cadres à marchés subséquents avec remise en concurrence sont venus modifier la temporalité des marchés publics puisqu'ils permettent des évolutions des prix et produits proposés pendant leur exécution même. Cependant, ils restent limités aux fournitures et services courants, que ce soit en raison des dispositions juridiques applicables ou en raison des limites inhérentes à leur construction. Si le principe d'intangibilité du contrat fonde la nécessaire anticipation par l'acheteur des événements, les évolutions récentes permettent de s'interroger sur la nouvelle valeur de la théorie

de l'imprévision³ qui constitue la limite de l'anticipation attendue de l'acheteur.

L'avènement récent des clauses de réexamen : l'anticipation devenue inutile ?

La codification à l'article L6 du Code de la commande publique vient finaliser une évolution plus structurelle apparue sous l'impulsion des directives communautaires qui ont établi des dispositions relatives aux modifications autorisées du marché⁴.

Ces dispositions encadrent désormais plus fortement les dispositions relatives aux modifications imprévues qui sont limitées à 50 % du montant du marché tout en ouvrant le champ des modifications contractuellement possibles par la création de la clause de réexamen selon laquelle « *le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen* ».

Dès lors que les conditions de réexamen sont claires, précises et sans équivoque, l'acheteur peut faire évoluer le marché sans qu'aucune limite de montant ou d'étendue technique de la modification n'ait été posée par le Code.

Cette clause permet désormais la prise en compte notamment des évolutions techniques et technologiques. L'attribution pour une durée de 4 ans devient alors un facteur de stabilité pour le

fournisseur et l'entité qui savent pouvoir travailler ensemble et non plus un carcan. Dès lors, il appartient à l'acheteur de travailler cette clause avec un soin minutieux afin qu'elles deviennent un outil d'adaptation du marché aux attentes techniques.

Les clauses de réexamen permettent également à l'acheteur d'ouvrir le marché à la notion de partage réaliste du risque par rapport à son exécution du marché ce qui permet d'anticiper les aléas économiques. Cette pratique permet ainsi la prise en compte pour le paiement ou l'appréciation de la performance des marchés d'éléments exogènes comme l'évolution économique ou d'un élément inducteur de coût de la prestation. Il est en ce cas possible de mettre en place des clauses de performance incitatives évolutives et adaptables à la durée d'un marché et de pouvoir procéder à leur réévaluation si les hypothèses financières ou techniques s'avèrent erronées.

Ces évolutions viennent renforcer ainsi la prise en compte de l'évolutivité des marchés publics mais également de l'imprévisibilité sur secteur économique. La théorie de l'imprévision trouve son existence dans le fait même que la prévision est la norme en droit de la commande publique : l'acheteur est donc censé paramétrer le champ des possibles qui peut, exceptionnellement, être modifié en raison de paramètres extérieurs à l'entité publique. Cette évolution a été accélérée par la crise due à la COVID et ses conséquences en matière de marché public. Le Conseil d'État a ainsi rendu un avis en date du 15 septembre 2022⁵ dans lequel il admet que le prix d'un marché puisse être modifié en cours de marché.

3. Conseil d'État, 30 mars 1916, *Compagnie générale du gaz de Bordeaux*

4. Directive 2014/25/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 transposée aux articles R2194-1 à R2194-9 du CCP

5. Avis n° 463612 du Conseil d'État du 15 septembre 2022

Si la clause de réexamen peut être considérée comme assouplissant l'obligation d'anticipation de l'acheteur public et donc sa vision de l'évolution du marché, ces assouplissements ne remettent pas en cause de manière fondamentale la nécessaire anticipation par l'acheteur des éventuelles évolutions du marché pendant sa durée. Il lui appartient d'avoir défini les cas d'ouverture de la clause de réexamen. Ils permettent, en revanche, d'assurer une meilleure adéquation des marchés tout au long de leur durée de vie et donc une meilleure performance.

Les objectifs sociétaux : la réhabilitation du visionnaire

Les marchés publics constituent désormais un des modes d'action des politiques publiques, qu'elles soient nationales ou d'établissement.

Les objectifs secondaires poursuivis par la commande publique — soutien à l'innovation, relocalisation de la production, production socialement responsable, objectifs de développement durable, sobriété par exemples — prennent une place de plus en plus forte aux côtés du triptyque coût-qualité-délais.

Ces objectifs pourront se situer dans la moyenne des attentes des acheteurs similaires ou traduire un engagement profond d'un établissement. Ainsi, dès 2016, Pôle emploi a tenu à ce que l'ensemble des marchés conclus contiennent une clause d'insertion sociale. Cette politique d'établissement novatrice et beaucoup plus forte que les attentes exprimées par le gouvernement a eu pour effet une prise en compte forte par les fournisseurs et leur implication dans ces dispositifs grâce notamment à un

accompagnement à la mise en œuvre de ces clauses par l'établissement. Il est à noter qu'en 2022, cette attente est devenue une norme acceptée par les fournisseurs de l'établissement.

Ces évolutions ont pour effet non seulement de modifier le produit mais également les modes de production. Il est possible à ce titre de rappeler l'impact décisif de la commande publique sur l'utilisation de papier recyclé sous l'incitation de l'État, mais également le développement significatif des normes et labels dans le mobilier administratif.

Il est donc indispensable, puisque l'acheteur incite le secteur économique à réaliser un pari industriel et des investissements qu'il s'assure de la permanence de cette ligne de conduite pour que les fournisseurs puissent suivre ces choix stratégiques d'achat et que l'acheteur conserve sa crédibilité. Il lui appartient en ce cas d'apprécier les orientations attendues, en déterminer la profondeur et le caractère structurant pour l'entité. Puis, une fois les conséquences économiques et organisationnelles exposées et acceptées par la gouvernance de mettre en œuvre ces objectifs. Cette nouvelle dimension impose que l'acheteur établisse une vision forte et une politique et stratégie achats stables garantissant sa crédibilité et donc sa capacité à influencer sur l'offre proposée par les fournisseurs.

Le droit des marchés publics est ainsi en pleine mutation puisqu'il évolue de l'intangibilité à l'imprévisibilité sans pour autant que les frontières de celle-ci soient clairement définies.

La prise en compte par le droit de la commande publique de la nécessaire évolutivité des marchés publics par les clauses de réexamen ne dédouane pas l'acheteur de son obligation d'anticipation,

les cas d'ouverture de cette clause devant être précisés dès la conclusion du contrat. Par ailleurs, l'importance prise par les objectifs secondaires de la commande publique dans le soutien aux politiques gouvernementales et d'établissement vient renforcer cette attente d'anticipation qui peut être considérée comme visionnaire de l'acheteur public.

La mutualisation : faut-il se grouper pour mieux acheter ?

Olivier Coq

Gestionnaire de lycée, coordonnateur
de groupements d'achat et administrateur de l'APASP

Dans une période où la société est résolument tournée vers l'individualisme et le consumérisme, les valeurs de solidarité, d'entraide, de partage des centres d'intérêt ou de l'expertise peinent, dans de nombreux secteurs professionnels, à trouver leur place. Pourtant, dans la lignée de l'économie sociale qui a conduit à la naissance des coopératives, des associations ou des mutuelles, de nombreuses structures, depuis de bien longtemps, ont bravé ce vent individualiste pour poser les jalons de structures juridiques créées par les hommes, au bénéfice du plus grand nombre d'entre eux.

L'histoire de l'achat public n'échappe pas à la règle.

La France, cheville ouvrière du droit européen de la commande publique a fait de la mutualisation de l'achat public une poutre maîtresse de son activité dans ce domaine.

Il faut dire qu'elle occupe une position de choix au sein d'une Europe très engagée en matière de centralisation de son achat public.

Depuis 1962, l'APASP, dans sa volonté de formation et de valorisation des marchés publics, a toujours mis en avant la mutualisation sous toutes ses formes. La vocation de nombreux coordonnateurs de groupements est assurément liée à son action.

Il n'est pas vain de rappeler que la mutualisation des achats publics c'est lorsque plusieurs acheteurs se rassemblent autour de la gestion d'un besoin qu'elles ont en commun.

Le code de la commande publique, appliqué à droit constant depuis le 1er avril 2019, prévoit trois formes majeures d'achat mutualisé :

1. Les centrales d'achat
2. Le groupement d'achat
3. Les entités communes transnationales

On peut constater que les rédacteurs du code ont positionné l'achat mutualisé en tête des dispositions relatives à l'organisation de l'achat.

Les entités communes transnationales, qui se caractérisent notamment par des groupements européens de coopération, sont des formes particulières de mutualisation moins développées que les deux autres organisations d'achat groupé.

Les groupements d'achat quant à eux se sont développés en France à l'époque de la création de l'APASP.

Solutions présentées comme performantes auprès notamment des collectivités territoriales et des établissements publics locaux, elles ont contribué au développement d'un achat public rationalisé et sécurisé.

Les groupements d'achat prévus aux articles L 2113-6 à L 2113-8 du Code la commande publique offrent une solution plus souple en termes de regroupement mais moins innovante en termes de construction juridique avec une convention cadrant l'organisation entre le ou les coordonnateurs et les adhérents.

Cette solution est toujours mise en œuvre dans les établissements publics et notamment, locaux d'enseignement, en concentrant la responsabilité juridique et la charge de travail sur le coordonnateur. Par exemple, la définition des besoins suppose l'organisation d'un recensement. Outre la procédure à mettre en œuvre, le passage par une éventuelle commission d'appel d'offres pour les collectivités locales et leurs établissements publics constitue une étape plus pesante. La responsabilité de l'achat peut être concentrée sur le coordonnateur ou partagée entre les adhérents conformément aux dispositions de la convention constitutive. Le degré d'intervention du coordonnateur est variable selon les dispositions de la convention ; le code permet toute latitude en la matière.

Le rôle du coordonnateur peut aller jusqu'à l'exécution du marché, ce qui, pour l'adhérent, peut se rapprocher en termes de service de la centrale d'achat.

La philosophie de l'achat mutualisé s'oriente aussi vers les valeurs de solidarité en regroupant de façon plus massive des acheteurs qui ne pourraient pas bénéficier individuellement de conditions économiques aussi avantageuses.

Les centrales d'achat ont fleuri autour de la plus ancienne, l'UGAP, notamment dans le secteur hospitalier.

Dotées de la personnalité morale, on distingue régulièrement les centrales d'achat dites « grossistes » qui ont pour mission d'acheter pour revendre, en exécutant les marchés qu'elles signent et notifient, des centrales d'achat « intermédiaires » qui se contentent de fournir aux acheteurs des éléments contractuels qu'il leur appartient de signer.

Prévues aux articles L 2113-2 à L 2113-5 du code de la commande publique, elles se sont beaucoup développées sur l'exemple historique de l'UGAP et du ministère des armées (Economat), plus récemment dans d'autres secteurs comme les hôpitaux dans le cadre du RESAH.

Leur mission est d'assurer de façon permanente au profit des acheteurs une activité d'achat relative, soit à l'acquisition de fournitures ou de services, soit à la passation de marchés de travaux, de fournitures ou de services.

Comme il a été indiqué infra, les centrales d'achat « grossistes » sont beaucoup plus attractives aux yeux des opérateurs mais aussi des acheteurs.

Les opérateurs y voient de fortes garanties en matière de centralisation de leurs activités de vente et d'optimisation des coûts généraux commerciaux. Ils peuvent ainsi élargir leur nombre de clients de façon optimale.

Les acheteurs y voient une solution optimale pour répondre à des besoins immédiats sur un panel très large d'offres dont l'achat est sécurisé au regard de la réglementation puisque ces offres ont au préalable fait l'objet de marchés ou accords-cadres et ne nécessitent pas d'obligation de publicité et de mise en concurrence.

Un net gain de temps est observé et les bénéficiaires se déchargent ainsi de la fonction achat.

Contrairement aux groupements d'achats dont l'organisation juridique peut paraître plus rigide, les centrales d'achat offrent une certaine souplesse dans l'achat mutualisé qui lui donne un caractère plus novateur et suscite une plus grande attractivité. Elles peuvent également être amenées à conduire des activités d'achat « auxiliaires » sous forme d'assistance à la passation des marchés publics, conformément à l'article L 2113-3 du code de la commande publique.

Elles n'ont pas par ailleurs, et contrairement aux groupements de commande, d'obligation de satisfaire un besoin propre, ce qui constitue un réel avantage pratique.

Les deux principales méthodes d'achat mutualisé bien que présentant des différences, des avantages ou inconvénients, l'une par rapport à l'autre, s'appliquent de façon similaire dans une logique de regroupement de l'achat qui peut paraître défavorable à la recherche d'une plus grande exigence de l'achat.

Pour l'achat de produits standardisés ou face à une volonté d'achat « d'opportunité », la solution mutualisée est une réponse certaine. Sécurité juridique, gain économique, rapidité sont parmi les atouts les plus classiques attribués par les acheteurs à l'achat mutualisé. Il convient de rajouter des économies sur des coûts indirects (économie de temps, frais de publicité, moindre mobilisation de la mission achat dans les services...).

Toutefois, l'exigence de l'acheteur peut être « diluée » et la précision du besoin, la réponse à des caractéristiques techniques particulières, peuvent ne pas trouver une réponse satisfaisante dans

une solution mutualisée. L'autonomie au regard de la mutualisation peut s'exprimer plus librement dans un ou des achats individuels.

Certaines, certains reprochent toutefois à l'achat mutualisé un « dé-saisissement », une perte de liberté dans leur rôle d'acheteur. Tout est aussi dans une approche plus large, du rôle de chacun dans la société.

Certains acheteurs priorisent la liberté d'achat et en assument intégralement la responsabilité juridique, par volonté d'affirmer une exigence et spécificité supérieure dans leur choix. Il serait malicieux d'y voir par ailleurs une manifestation supplémentaire de la culture de l'individualisme.

D'autres, par esprit de solidarité mais aussi et surtout par souci de gain économique favorable aux structures publiques qu'ils représentent, se tournent vers l'achat mutualisé.

Cela peut aboutir à une certaine normalisation pour ne pas dire standardisation de certains biens ou de certains services, qui outre le fait de ne pas aller dans le sens de l'innovation, peuvent apporter un avantage économique certain pour les opérateurs, avec une demande plus « prévisible » dans certains segments d'achats et donc un coût de fabrication ou de réalisation moindre, sans en répercuter une réelle partie du gain économique sur l'acheteur. Dans le contexte économique actuel, où l'incertitude est grandissante sur certains postes budgétaires publics (énergie, restauration, transports...), la recherche d'un meilleur prix devient prégnante. Si le critère prix est prépondérant, voire essentiel pour un achat unique, le fait qu'il soit souvent ferme peut conduire à ne pas privilégier la mutualisation.

Si par contre il s'agit d'un achat récurrent d'une fourniture ou d'un service, l'ajustement du prix, nécessairement dans une clause du dossier de consultation, conduira l'acheteur à se sécuriser dans une offre mutualisée, notamment si une forte expertise est nécessaire pour la mettre en œuvre (ex. : marché d'énergie). L'incertitude sur les prix dans les marchés en cours aboutit au fil des mois qui suivent le début de la crise actuelle, à la diffusion de nombreuses recommandations juridiques. Faire face à des circonstances imprévisibles a même conduit le Conseil d'État à rendre un avis le 15 septembre 2022 sur la possible articulation du code de la commande publique avec des modifications financières en cours de contrat.

La technicité juridique requise pour l'élaboration de dossiers de consultation et notamment sa clause d'ajustement de prix, déplace encore plus le curseur du niveau d'expertise requis.

La mutualisation dans ce contexte peut attirer de nombreux décideurs.

La question de la professionnalisation toujours plus renforcée, de l'acheteur public se pose sans cesse et se traduit par un investissement toujours plus conséquent notamment de formation et de veille juridique qui peut rendre incontournable le coordonnateur d'un groupement ou d'une centrale d'achat.

Comme c'est le cas pour de nombreuses problématiques, la réponse à notre interrogation se situe sans doute au confluent de plusieurs solutions exposées. La clairvoyance de l'acheteur fera la différence pour adapter au mieux sa méthode d'achat, la rendre la plus efficiente possible et positionner le curseur de sa politique dans la direction la plus avantageuse.

Il effectuera ainsi le meilleur achat en fonction de cette politique.

60 ans après, changements et continuités : l'achat public est-il si différent ?

Échanges entre **Jean-Marc Peyrical**, Président de l'APASP, **Daniel Maslanka**, Vice-président de l'APASP et **Jo-Michel Dahan**, Conseiller à la Médiation des entreprises et administrateur de l'APASP

Propos recueillis le 7 juillet 2022

Jean-Marc Peyrical — Nous sommes là pour réfléchir ensemble sur un sujet, celui de l'évolution de l'achat public dans le temps. Alors que nous fêtons les 60 ans de l'association, 60 ans de l'achat public, 60 ans de formation, de pratique d'apprentissage dans un domaine qui devrait avoir fortement évolué.

L'environnement administratif, structurel, territorial a bougé et nécessairement rejaillit sur l'achat public. Il est intéressant de réfléchir sur ce thème qui est notre cœur d'action et qui nous permet de revenir sur toute l'histoire et ce qu'a pu être l'action de l'APASP durant cette période.

Une première question qui paraît simple mais sera plus complexe en termes de réponse : selon vous qu'est-ce qui a vraiment changé en 60 ans en termes d'achat public ? Est-ce qu'il y a eu

des changements profonds ? Des continuités ? Est-ce qu'il y a eu des ruptures ? Est-ce qu'il y a de vraies évolutions ou peut-on parler de maintien des contenus, des définitions, des pratiques en matière d'achat public ?

Daniel Maslanka — Indéniablement l'environnement de l'achat a changé. Les besoins ont évolué, les attentes en termes d'efficacité de la commande publique, le rôle que peut jouer celle-ci dans les politiques publiques sont différents. En revanche j'ai le sentiment que l'acte d'achat en tant que tel est immuable. Les étapes d'un achat, les modalités pour procéder à un achat n'ont que très peu évolué. Je cite l'exemple d'une intervention d'un responsable des achats de la SNCF lors d'une session d'études dans les années 60. Il abordait l'étude d'un marché de fournisseur conduite par un acheteur. En avant-propos il cite les six phases d'un achat : Définition, analyse, négociation, contractualisation, management, surveillance. Rien n'a changé ! Seule la terminologie serait aujourd'hui différente.

Jo-Michel Dahan — Si l'objet de cette lecture historique est de montrer que le processus est à peu près semblable, personne n'en doute, mais ce que je veux toucher du doigt c'est l'univers global dans lequel l'acheteur navigue. Cet univers a énormément changé. J'ai consulté les dossiers d'études de l'APASP et on ne voit apparaître la dématérialisation qu'en 2004. La dématérialisation est tout de même un domaine qui a changé le contexte de l'acte d'achat.

En 60 ans, il y a un vrai sujet d'adéquation avec certaines thématiques modernes et l'APASP frôle le sujet mais reste sur du juridique. Sur l'acheteur en tant qu'individu. L'univers du numérique et de la dématérialisation ça c'est important et du coup derrière il y a la sécurité, la cybersécurité des actes alors que l'on est resté sur une procédure écrite à l'ancienne soumise au secret. Tout ça a pris un coup de vieux. Je voudrais par mes interventions insister sur ce point. Ça ne veut pas dire que l'association est devenue obsolète mais je pense que ce serait bien de stimuler l'APASP parce que 60 ans ont passé et même s'il faut garder le droit, le juridique, il faut peut-être dynamiser ce point. Qu'en pensez-vous ?

DM — Je reste malgré tout persuadé que l'achat, passez-moi l'expression, a été « ripoliné ». Il est vrai que les conditions d'exercice du métier d'acheteur ont évolué mais les fondamentaux de l'achat sont toujours là que l'on utilise des moyens dématérialisés ou que l'on se réfère à des pratiques plus écrites et plus anciennes, la démarche d'achat est toujours la même. Les techniques ont évolué mais l'achat n'a pas changé. J'ai le sentiment que l'on jargonne davantage dans l'achat. Les besoins des collectivités, de l'administration ont évolué certes mais la manière dont on satisfait les besoins, elle n'a pas changé. On reste véritablement sur des fondamentaux que l'on oublie parfois dans les techniques d'aujourd'hui. Le fait par exemple de consacrer du temps en amont avec les utilisateurs pour définir le plus précisément possible les besoins... d'ailleurs quand on regarde le code de la commande publique dans ses principes, le code n'a

que peu évolué. Il offre davantage de souplesse mais on retrouve toujours les mêmes principes.

JMP — Il y a toujours égalité liberté, transparence.

DM — On retrouve la nécessaire analyse des besoins, une définition précise des besoins.

JMD — Est-ce que l'on doit comprendre au travers de votre exposé, que finalement l'acheteur d'aujourd'hui a conservé exactement les mêmes besoins. Moi je pense que non. À côté de la culture de base qu'il faut apporter et ses principes, personne ne dit le contraire, il faut aller plus vite sur ces sujets et aider les acheteurs à être en adéquation avec le 21^e siècle.

Par exemple : en 1962, pas de téléphone portable, pas de mail, pas de SMS. Aujourd'hui, la culture du secret est un leurre alors que les personnes peuvent faire passer un message si elles le souhaitent. Comment travaille-t-on ces questions-là ? Alors que le code continue à parler de favoritisme et qu'il indique qu'il convient d'être prudent et que certaines informations ne doivent pas circuler. L'APASP fait passer des messages paradoxaux et je pense que l'on devrait s'inspirer des méthodes modernes de négociation, on est toujours sur la pression sur le prix, la fiscalité, je vois ce sujet qui n'a pas évolué alors que l'univers dans lequel progresse l'acheteur a lui considérablement évolué.

JMP — C'est vrai, il y a des continuités quand on parle des prix, on connaît les difficultés en ce moment pour l'acheteur et les opérateurs de savoir comment maintenir un prix fixé ou une

formule de révision. Et on voit revenir de vieux mécanismes qui datent de 1916. On voit que la définition n'a pas changé. Il y a quand même, peut-être, des points de convergence, peut-être de lourdeur...

JMD — Le modèle a vieilli car l'imprévision se calcule en fin de préjudice alors que là on le vit sur plusieurs types de marchés. Les maîtres d'ouvrage, les donneurs d'ordre voudraient des prix qui ne dérivent pas trop, les autres expliquent qu'ils ont des contraintes. On dit que l'on attend que le préjudice soit consommé pour se poser la question alors que l'entreprise qui subit le nouveau prix peut en être fortement impactée voire disparaître.

JMP — On n'a pas réinventé le modèle. La preuve c'est qu'il date de 1916.

DM — En résumé, on peut avancer que l'achat public est demeuré inchangé. C'est l'environnement de l'achat, ce sont les besoins nouveaux des collectivités, les conditions d'exercice des acheteurs et les moyens mis à leur disposition qui ont évolué.

JMP — Quel est selon vous l'impact de ce que l'on appelle l'europanisation de la commande publique ?

DM — La question est de savoir si le droit européen a ouvert un nouveau marché aux acheteurs. J'ai le sentiment qu'à part certains domaines comme l'équipement médical en milieu hospitalier où ce sont des marchés ouverts, européens, voire mondiaux,

sinon les entreprises européennes candidatent peu aux marchés nationaux et inversement les entreprises françaises vont peu sur les marchés européens.

JMP — Est-ce que cela a influencé non pas les échanges mais la réglementation même si le socle reste le même ?

DM — Rappelons que le droit européen s'est inspiré du droit français pour les marchés publics.

JMP — À quoi sert le droit européen pour les marchés publics ?

JMD — Je pense que les sessions menées par l'APASP dans les années 2000 ont fait émerger le thème de la corruption. Aujourd'hui on revient sur ce thème avec la RSE. Ne pas contracter avec des entreprises qui travaillent dans des pays corrompus. Il y a là un vrai vivier pour l'APASP c'est-à-dire créer une espèce de similitude des besoins des entreprises dans leur marché privé et des donneurs d'ordre publics dans leur marché car certains des besoins sont les mêmes. On ne doit pas travailler avec n'importe qui, à n'importe quel prix. C'est un principe de base.

À une époque on admettait que des entreprises privées fassent un peu ce qu'elles veulent sur certains sujets. La fameuse génération Y n'admet plus les petits arrangements entre amis. Le droit leur donne raison. Globalement le droit sert à aider à choisir les bonnes procédures et être transparent. La transparence plait beaucoup aux jeunes générations mais il ne faut pas les décevoir ; Il ne faut pas qu'à un moment on revienne à des petites déviations. L'Europe c'est le marché ouvert et à côté il y

a le monde du marché local. Comment aider les acheteurs de l'APASP sur ce thème ? C'est quoi l'ouverture ? C'est l'Europe ou c'est le marché local ? C'est incompatible ou pas ? Ce sont des questions utiles alors qu'en 1962 on ne se posait pas ces questions. Franchement, les compétences de l'acheteur doivent rapidement évoluer sur ces points fondamentaux.

JMP — Aujourd'hui on parle beaucoup de l'achat public comme vecteur de souveraineté nationale. Dans les débats, une demande porte sur l'innovation — qui pourrait échapper à la réglementation de la commande publique. Est-ce que c'est l'actualité qui veut ça ou est-ce un échec du droit ?

JMD — Avoir un marché ouvert, cela a un coût pour les entreprises et aussi les acheteurs. Quand vous auditionnez dans une langue étrangère, il faut des traducteurs, des équipes, pour les juristes si ce n'est pas tout à fait le même droit, si vous travaillez avec un allemand ou un italien par exemple, ce n'est pas forcément évident donc on oublie cette dimension. C'est vrai dans le privé mais c'est vrai aussi pour une université ou un hôpital qui voudrait travailler avec une entreprise polonaise. Ce n'est pas évident. On a des espèces de principes mais en réalité il faudrait aider au pragmatique et au concret de certaines pratiques. Si on veut travailler sur le droit au niveau européen il faut se structurer et revenir à l'un des fondamentaux de l'APASP qui est la notion de groupement c'est-à-dire on mutualise les aspects juridiques du droit européen.

DM — L'exemple de la mutualisation va dans le sens du structurel.

JMP — Le droit européen est d'ailleurs plein de contradictions c'est quand même un droit d'ouverture à la concurrence qui rejaillit sur le droit de l'achat public et qui permet aux acheteurs d'échapper en partie à la concurrence comme le *in house*, la fameuse coopération public-public qui permet à 2 collectivités de travailler ensemble sans mise en concurrence et donc au détriment des opérateurs économiques. C'est un paradoxe très fort, d'un côté, un droit d'ouverture et qui permet d'y échapper et tout cela fonctionne très bien.

JMD — J'ai retrouvé une session de 1999 sur la directive services, mais en fait c'est devenu quoi cette directive services ? On n'en parle plus du tout. Donc il se peut que parfois l'APASP surfe sur la mode mais il faut vite rectifier le tir. Si cela ne prend pas, si ce ne sont que des aspects juridiques, il faut vite oublier. Il faut être pragmatique. Il faut expliquer clairement aux jeunes acheteurs. Il faut être opérationnel.

DM — Le terme de mode me paraît excessif. C'est bien le rôle de l'APASP de s'inscrire dans l'actualité de l'expliquer et de la commenter.

JMD — Aujourd'hui, nous assistons à une accélération du temps. L'achat public c'est énormément de normes et de textes. L'acheteur ne peut plus exercer en solitaire. Il a besoin de travailler en équipe pluridisciplinaire. L'achat public s'est complexifié et est devenu plus technique. Il s'inscrit de plus en plus dans une démarche de projet. Imprévisibilité, accélération du temps, l'inflation qui risque de revenir, les aléas que les acheteurs ont

pu connaître au cours des 60 ans il y en a eu beaucoup et il y en aura encore. La souplesse et l'adaptation à ces changements sont des qualités à développer.

DM — Là où je suis d'accord c'est que durant ces 60 ans, nous avons connu un univers beaucoup plus stable pour les acheteurs. D'ailleurs on ne parlait pas encore d'acheteur mais d'approvisionneur. L'APASP à l'origine c'était l'association pour le perfectionnement des approvisionnements dans les services publics. Univers plus stable donc une pratique de l'achat sans doute plus routinière fondée sur le respect de principes immuables qu'il suffisait de rappeler régulièrement. Les trente glorieuses ne sont qu'un lointain souvenir et l'environnement de l'achat a considérablement évolué. Nous vivons aujourd'hui dans un monde incertain. Comment l'acheteur peut-il satisfaire des besoins alors que tout autour de lui les choses évoluent.

JMD — Oui, je pense qu'il faut aider les acheteurs à rester sereins. C'est l'un de nos messages. La sérénité s'acquiert par la compétence technique mais cela ne suffit pas. On est serein quand on sait où l'on va et où on ne peut aller. Il faut continuer tous les modules, tout le travail sur l'univers donc des cas pratiques, concrets où on explique à l'acheteur qu'il a bien préparé son dossier de consultation, bien conduit sa procédure et après, dans l'exécution, ça peut être le bazar et il faut qu'il ait prévu car c'est ça le cahier des charges, c'est de prévoir à peu près tous les cas les plus déviants, les plus pénibles mais sans tomber dans la pathologie. Dès que l'on commence à décrire une solution à un besoin en expliquant pourquoi cela risque de ne pas marcher

on entre déjà dans la pathologie. Dans un marché public par exemple, le cas de la dérive inflationniste il faut l'avoir intégrée. On ne va pas attendre de devoir utiliser la théorie de l'imprévision sur un marché à prix ferme pour commencer à avoir à traiter d'un avenant afin de sauver le marché.

DM — Nous avons vécu une période relativement longue de stabilité des prix et les acheteurs se sont habitués à cette stabilité. Dans les cahiers des charges qui nous sont soumis pour relecture, il est fréquent de trouver des prix fermes à l'année pour des denrées alimentaires alors que l'on devrait normalement coller au plus près à l'évolution des cours.

JMD — Il faut profiter des 60 ans pour montrer qu'une page se tourne et qu'un certain nombre de réflexes dans lesquels les acheteurs se sont inscrits sont à revoir. Il n'est pas question de remettre en cause l'approche juridique mais s'interroger sur la manière de la faire vivre.

JMP — Le leitmotiv de l'association depuis 60 ans c'est la professionnalisation de l'achat public et c'est d'autant plus vrai aujourd'hui et pour les 60 prochaines années. Comment voyez-vous les 60 prochaines années de l'achat public ?

DM — J'ai l'intuition que le facteur humain va jouer un rôle important et peut être plus important que les techniques. Les exigences de la société dont il était fait état tout à l'heure notamment en termes de transparence, de respect de l'environnement, vont placer l'acheteur au centre du processus d'achat. L'acheteur au centre mais en relation constante avec les utilisateurs, avec

les entreprises et avec les décideurs politiques. Il sera en quelque sorte le catalyseur au centre du dispositif.

JMD — Je peux vous rejoindre mais il faut aller plus loin. Je pense qu'il faut faire évoluer le vocabulaire. Acheteur ne suffit plus. C'est quelqu'un qui devient un chef de projet, une plaque tournante de compétences complémentaires. C'est déjà le cas aujourd'hui. Mais il faut l'institutionnaliser. Je ne sais pas quel sera son titre dans l'avenir. Nous avons aujourd'hui la commission d'appel d'offres où l'on peut faire intervenir des gens d'horizons différents mais ça ne suffit plus. L'acte d'achat dans l'avenir ne se résumera pas à la commission d'appel d'offres. Ce sera davantage un processus par étage dans lequel celui qui pilote prendra en compte la partie exécution.

DM — Vous dites que l'acheteur est soluble dans l'organisation ?

JMD — Non pas forcément. Je pense qu'à un moment il y a des besoins et ces besoins doivent être satisfaits en gardant à l'esprit l'intérêt général. C'est notre sujet.

DM — Cela n'a pas changé...

JMD — Oui, mais l'intérêt général c'est parfois d'aller plus vite ce que ne permet pas toujours la procédure. Tout en gardant des compétences techniques, on pourrait aller plus vite sans pour autant être au détriment de la prestation et peut être aussi avoir des cordes de rappel ce que l'on ne sait pas faire. Je vous livre une idée : le droit à l'erreur que l'on vient d'instituer dans le

cadre de l'impôt : on a le droit de se tromper. Il faudrait donner à l'acheteur une sorte de droit à l'erreur. De temps en temps, ce n'est pas si grave d'avoir fait une procédure où l'on s'est un peu trompé de façon de redonner le principe de l'action.

DM — Qui exerce ce droit ? L' élu a des comptes à rendre à ses administrés. Lorsqu'il s'appuie sur l'acheteur ?

JMD — Aujourd'hui quand on se trompe de procédure, il faut tout annuler et tout recommencer. C'est bien le droit de la commande publique. Il n'y a pas de droit à l'erreur et c'est au détriment de l'acte d'achat. Il faudrait probablement essayer un système dans lequel le fait de réorienter une procédure ne soit pas considéré comme une petite magouille ou un trafic. On rectifie les choses en toute transparence. Aujourd'hui on demande à l'acheteur de bien identifier les besoins de choisir la bonne procédure car attention une fois que la procédure est lancée par la publication au BOAMP, c'est « plié ». Il y a sans doute quelque chose à construire.

JMP — Est-ce que pour vous dans les années à venir, dans 60 ans, l'APASP aura toujours une légitimité.

DM — Si je compare les profils des acheteurs des débuts de l'APASP, beaucoup de responsables ministériels, de directeurs, de hauts responsables, de directeurs d'hôpitaux. Aujourd'hui l'APASP est composée surtout des acheteurs de terrain, les opérationnels, les praticiens.

JMD — On a professionnalisé les acheteurs, l'APASP y a d'ailleurs largement contribué. Le directeur ne se sent pas acheteur. Il représente toujours le pouvoir adjudicateur mais il dispose, dans les établissements importants, d'un service achat. Dans les collectivités de moindre importance, le secrétaire de mairie ou le gestionnaire exerce cette fonction.

DM — Si l'acheteur devient un chef de projet, il se dissout un peu dans l'organisation. L'expérience d'acheteurs versés dans les services n'est pour l'instant pas concluante car elle présente des inconvénients pour la politique d'achat affichée. Les collectivités envisagent plutôt une harmonisation des pratiques des services et un contrôle accru sur le respect d'un guide d'achat. L'atomisation de l'achat présente en effet de nombreux défauts relevés par le juge des comptes.

JMD — Je pense que dans 60 ans, l'APASP aura une légitimité car d'abord nous sommes une association et l'associatif ça aide à prendre un peu de la distance par rapport au marché. Il n'empêche que le principe même d'avoir une association qui aide à la formation ce n'est pas neutre, mais cela dépend aussi des budgets publics.

On pourrait se poser la question de savoir si c'est un vrai virage alors que les entreprises commencent à avoir des raisonnements sociétaux proches de la commande publique, plus équilibrés, neutres, proches de la RSE. Certains critères de fonctionnement commencent à ressembler à ceux que l'on impose au public. On pourrait avoir un système associatif ouvert de façon plus large

que la commande publique comme par exemple les contrats d'intérêts sociétaux.

À cette question je dis oui il y a une place pour l'APASP, son avatar ou son évolution en 2082.

DM — Il faut évoluer dans la mesure où l'APASP est en train de se faire doubler pour la formation des acheteurs notamment par les universités qui s'engagent de plus en plus dans la formation à un haut niveau des acheteurs alors que nous sommes restés à un niveau basique de formation des acheteurs. Il y un hiatus qui se crée.

JMD — Oui, c'est un autre sujet, celui du marché de la formation. Aujourd'hui il est au balbutiement en termes de nouveautés. Il y a beaucoup de formation, les universités se font aussi doubler par les écoles de commerce par exemple. Il va y avoir un jour un grand nettoyage mais on ne sait pas quand. On peut imaginer que d'ici 2082, le marché sera un peu clarifié. Aujourd'hui, il n'est pas malsain mais il est un peu compliqué.

DM — Il n'est pas lisible.

JMD — C'est à l'APASP ou à son successeur d'assainir beaucoup de sessions d'information, une communication la plus ouverte, des meetings même les webinaires, cela reste possible de le faire dans le cadre d'une association et même peut-être sous la forme d'un think tank. Ce besoin restera. L'association peut avoir plusieurs orientations stratégiques : soit elle va vers des marchés de niche là où les autres ne vont pas ou alors cultiver les ressources

internes et avoir un vivier de spécialistes de l'achat qui sont dans le désintéressement. Ils ne font pas de la formation pour l'aspect lucratif mais pour faire passer des messages, dans le compagnonnage. C'est spécifique à l'associatif.

JMP — Les robots vont-ils remplacer les acheteurs publics ?

JMD — Non je ne pense pas, par contre des procédures dématérialisées qui mettent l'humain dans une procédure plus courte, cela pourrait arriver par exemple les réponses à des appels d'offres pourraient se faire presque en instantané parce que le cahier des charges est envoyé en temps réel. Il faut qu'il y ait des individus derrière ces robots de part et d'autre.

DM — Ca sert à quoi la vitesse ?

JMD — La vitesse, quand on a une pandémie, il faut des masques et il faut des marchés. On peut aller plus vite.

JMP — Pour une prochaine session : *intelligence artificielle et achat public*. Voilà un beau thème.

Ouvrage réalisé à l'occasion des 60 ans
de l'APASP – Association pour l'achat dans
les services publics

Avec le soutien de la
Fondation Paris-Saclay

FONDATION
PARIS-SACLAY .•
université



204, rue de Charenton – 75012 Paris
www.apasp.com