

Les principes de la commande publique sont-ils universels ?

par

Laurent Richer

**Professeur émérite de droit public
Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)**

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

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

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

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

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

Parfois plus : nos trois principes se retrouvent en droit communautaire, mais celui-ci en fait des corollaires d'autres principes et en retient une liste plus large. Ainsi le préambule de la directive 2014/24 prévoit que la passation des marchés publics doit respecter les « principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services », puis il ajoute qu'elle doit aussi être conforme à des principes spécifiques qui « découlent » des précédents et qui sont « notamment » « l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence »².

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'impartialité³.

En faisant abstraction des objectifs liés au commerce intra-communautaire et international que poursuivent les instruments internationaux, il peut être admis que les trois principes du Code de la commande publique vont à l'essentiel. Dans la ligne de raisonnement de la jurisprudence *Telaustria*⁴ 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.

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

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

³ « 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 ».

⁴ 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)

L'examen des instruments internationaux et des droits nationaux amène à faire une distinction entre la transparence des procédures, d'une part, et, d'autre part, la liberté d'accès et l'égalité.

I. – TRANSPARENCE DES PROCÉDURES

La transparence des procédures est une protection contre la corruption et la partialité. Elle se manifeste par l'obligation de publicité préalable aussi bien du projet de contrat que des critères de sélection, par l'obligation de motivation des choix, par des publications *ex post*, etc... Rendre « publics » les marchés pour prévenir la corruption a été l'objectif historique des premières réglementations des marchés publics⁵.

On trouve un exemple intéressant – et rare – de développement de toutes les implications du principe de transparence dans le “Manual for Procurement of Works” publié en 2019 par le gouvernement indien. L'Appendice 1 de ce manuel précise les obligations qu'entraîne le Transparency Principle tout au long de la procédure de passation : « This involves simultaneous, symmetric and unrestricted dissemination of information to all likely bidders, sufficient for them to know and understand the availability of bidding opportunities and actual means, processes and time-limits prescribed for completion of enlistment of bidders, bidding, evaluation, grievance redressal, award and management of contracts. It implies that such officers must ensure that there is consistency (absence of subjectivity), predictability (absence of arbitrariness), clarity, openness (absence of secretiveness), equal opportunities (absence of discrimination) in processes. In essence Transparency Principle also enjoins upon the Procuring Authorities to do only that which it had professed to do as pre-declared in the relevant published documents and not to do anything that had not been so declared.

As part of this principle, all procuring entities should ensure that offers should be invited following a fair and transparent procedure and also ensure publication of all relevant information on the Central Public Procurement Portal (CPPP) »⁶. On le voit la transparence recouvre à la fois une obligation de publicité et de cohérence⁷.

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

A) Les instruments internationaux

⁵ 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>

⁶ Un autre exemple intéressant de développement des implications de la transparence se trouve dans le *United Nations Procurement Manual* : « Transparency for the purpose of this Manual means that all information on procurement policies, procedures, opportunities, and processes is clearly defined, made public, and/or provided to all interested parties concurrently. A transparent system has clear mechanisms to ensure compliance with established rules (unbiased specifications, objective evaluation criteria, standard solicitation documents, equal information to all parties, the confidentiality of offers, etc.). Those mechanisms include records that are open, as appropriate, to inspection by auditors. Unsuccessful vendors for eligible bids can be briefed on the strengths and weaknesses of their own offers. Award information, as determined by the UN, is disclosed publicly. Transparency ensures that any deviations from fair and equal treatment are detected early in the process, making such deviations less likely and thus protecting the integrity of the process and the interests of the Organization”.

⁷ 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).

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

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

Un texte non prescriptif est la Loi type sur la passation des marchés publics de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Adoptée d'abord en 1994 elle a été revue et la nouvelle version a été adoptée par la Résolution 66/95 de l'Assemblée générale le 9 décembre 2011⁸. Ce document ne formule pas de principes, mais, ce qui en est proche, il énonce des objectifs au nombre desquels figure « Assurer la transparence des procédures de passation des marchés ».

La loi type n'est qu'un modèle facultatif, mais qui a inspiré nombre de législations d'États en transition. On relève ainsi qu'en Afrique les réformes des marchés publics, intervenues dans les années 2000, ont toutes suivi le même schéma avec l'intervention de consultants extérieurs et notamment de la Banque mondiale⁹.

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

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

B) Les droits nationaux

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

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

En Russie la loi "On State and Municipal Procurement of Goods, Works and Services" affirme qu'un des objectifs des procédures qu'elle définit est de « ensure publicity and transparency of state procurement, and prevent corruption and other abuses in state procurement »¹⁰.

En Chine il est prévu que « Bidding and bidding activities shall follow the principles of openness, fairness, justice and honesty and credibility »¹¹. "Openness" et transparency ne sont pas exactement synonymes, mais l'openness suppose la transparence .

⁸ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/2011-model-law-on-public-procurement-f.pdf>

⁹ 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.

¹⁰ 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

¹¹ 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

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) The Federal Acquisition System will [...] (3) Conduct business with integrity, fairness, and openness ».

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 « Fundamental principles of public buying (for all procurements including procurement of works) » de la manière suivante: « Every authority delegated with the financial powers of procuring goods in public interest shall have the responsibility and accountability to bring efficiency, economy, and transparency in matters relating to public procurement and for fair and equitable treatment of suppliers and promotion of competition in public procurement ». Et le *Manual for Procurement of Works* a été révisé en 2019 « With a view to improving transparency in decision making in public procurement and reducing the scope for subjectivity ».

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 le traitement juridique du principe.

Ainsi, au Brésil, le nombre de principes est tellement élevé¹² 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 passation¹³.

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 Act¹⁴ dont l'article 2 §§ (a) à (c) reprend, sous la forme d'objectifs, les grands principes. Il y est déclaré que « This Act is intended to: [...] (b) Promote transparency and competition by providing equal access to Bidding opportunities and information ».

Tout en bas du classement de Transparency International de 2021 figure le Soudan du Sud (<https://www.transparency.org/en/cpi/2021>). Ici aussi la réglementation définit des « objectifs » et prévoit que « to enhance the principles of economy, transparency and equal opportunity to tenders all the contracts should, to the extent possible, be awarded on the basis of competition » (art. 4 (3)).

Il est à penser que dans les États où la corruption est 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

¹² La *Lei de Licitações e Contratos Administrativos* n°14.133 du 1^{er} avril 2021 (<https://www.globalpublicprocurementdata.org/gppd/document/search/BR>) mentionne « les principes de légalité, d'impersonnalité, moralité, publicité, efficacité, intérêt public, probité administrative, égalité, planification, transparence, efficacité, séparation des tâches, motivation, avis public contraignant, jugement objectif, sécurité juridique, caractère raisonnable, compétitivité, proportionnalité, célérité, économie et développement national durable ».

¹³ *Code of Conduct for Procurement* de 2021 (<https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/app-acq/cndt-cndct/cca-ccp-eng.html#s1>): « In Canada, fairness, openness, and transparency are assured through compliance with various acts, regulations, policies, international instruments adopted by Canada, Canada's international and domestic trade agreements, and labour cooperation agreements ».

¹⁴ <https://www.globalpublicprocurementdata.org/gppd/>

expressément en faisant figurer au nombre des objectifs l'accroissement de la confiance des investisseurs étrangers et des donateurs. Il y a 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.

II. – ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ET LIBERTÉ D'ACCÈS

Les deux principes d'égalité de traitement et de liberté d'accès à la commande publique sont étroitement complémentaires, à tel point que le principe de liberté d'accès peut être considéré comme une concrétisation de l'égalité au stade fondamental de la candidature¹⁵. 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-développé¹⁶, de même l'égal traitement des entreprises des pays tiers est perçue à la fois comme une impossibilité et un danger par les pays en développement. C'est pourquoi l'Accord OMC fait place à un cantonnement de l'égalité permettant de protéger les entreprises locales contre la concurrence internationale, cantonnement qui a été renforcé en 2012 pour attirer des candidatures, 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

¹⁵ Aussi bien d'ailleurs que de la transparence étant donné que la publicité préalable se rattache aux deux.

¹⁶ 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

en une période transitoire au cours de laquelle l'État partie peut, notamment, prendre certaines mesures en faveur de l'industrie et du commerce locaux.

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

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

Les engagements des États parties à l'Accord sont définis par eux dans un Appendice lors de leur adhésion. En 1994 les États-Unis n'ont adhéré que sous réserve du maintien des règles concernant les marchés publics, sans envisager des avantages qui sont faits au *Small Business*, avantages qui bénéficient non seulement aux petites entreprises au sens strict, mais aussi aux petites entreprises détenues et gérées par des minorités, par des anciens combattants ou qui sont situées en zone de développement¹⁷. 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.

Le droit néo-zélandais des marchés publics résulte non d'une loi mais de *Government Procurement Rules* approuvées par l'Exécutif¹⁸, qui adoptent plus la forme de lignes directrices que de réglementation.

La Règle 1 définit : « five Principles of Government Procurement » qui incorporent la transparence et l'égalité, mais sans les sacrifier 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. "Plan and manage for great results;
2. Be fair to all suppliers;
3. Get the right supplier;
4. Get the best deal for everyone;
5. Play by the rules.

Chacun de ces principes est développé dans ses conséquences.

Le principe « Be fair to all suppliers » se voit doter d'une implication attendue : « Treat all suppliers equally – we don't discriminate (this is part of our international obligations) », mais aussi d'une implication surprenante de « Seek opportunities to involve New Zealand businesses, including Māori, Pasifika and regional businesses and social enterprises ». 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

¹⁷ 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.

¹⁸ <https://www.procurement.govt.nz/procurement/principles-charter-and-rules/government-procurement-rules/>

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,. Cela n'est pas nécessairement le signe d'une déliquescence de l'État.