



”L’éthique et le droit des marchés publics au(x) défi(s) du droit souple”

Christophe Testard

► To cite this version:

Christophe Testard. ”L’éthique et le droit des marchés publics au(x) défi(s) du droit souple”. Éthique publique: Revue internationale d’éthique sociétale et gouvernementale, 2021, n° 23 (p. 1). hal-03266833

HAL Id: hal-03266833

<https://uca.hal.science/hal-03266833>

Submitted on 22 Jun 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'éthique et le droit des marchés publics au(x) défi(s) du droit souple

Christophe Testard, Professeur des universités
Université Clermont Auvergne (CMH – EA 4232)

Résumés :

Les considérations éthiques ont été pleinement intégrées dans le droit positif des marchés publics, depuis quelques années. Face à des problématiques persistantes, le recours au droit souple apparaît de plus en plus privilégié, en complément du droit dur. Si la finalité est la même, la progression du droit souple comme vecteur d'éthique dans les marchés publics doit tout de même être interrogée du point de vue de son efficacité.

Ethical considerations have been fully integrated into positive public procurement law for several years. Faced with persistent issues, recourse to soft law appears to be increasingly favoured as a complement to hard law. If the aim is the same, the progression of soft law as a vector of ethics in public procurement must nevertheless be questioned from the point of view of its efficiency.

Mots-clés : Droit souple, marchés publics, efficacité, charte éthique, déontologie

Keywords: Soft law, public procurement, efficiency, ethical charter, ethics

« Un des enjeux du droit souple est de jeter un pont entre l'univers de l'éthique (la bonne conduite) et celui du droit (le code) »¹. Entreprendre de relier marchés publics et éthique par le « pont » que serait le droit souple peut, de prime abord, paraître paradoxal : n'a-t-on pas écrit que l'intégrité des acheteurs publics est une problématique consubstantielle au droit des marchés publics, qu'« elle est le reflet d'une profonde convergence avec le sens et l'esprit du droit des marchés publics »² ? Nul besoin de pont donc sur cette route à – au moins – deux voies que constitueraient nécessairement le droit des marchés publics et l'éthique. Pourtant, l'histoire même des contrats publics abonde d'exemples mettant précisément en cause cette intégrité, du côté des acheteurs comme des fournisseurs de l'administration :

¹ Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, La Doc. fr., 2013, p. 63.

² V. Coq, « La charte éthique dans les marchés publics », *CMP*, avr. 2019, études n° 4, § 10.

combien d'Aulnay-Pradelle³ ont-ils abusé des largesses d'une administration qui, pendant longtemps, fût peu regardante sur l'usage des deniers publics ? Loin d'une convergence donc, le droit des marchés publics pâtit des écarts qui peuvent se créer entre l'éthique et le droit, au point que l'on a pu mettre en avant une véritable « *défiance citoyenne* »⁴ dans le secteur de l'achat public, justifiant de récents travaux en la matière⁵. Le recours au droit souple serait alors une des solutions afin de re-croiser éthique et marchés publics, afin de rétablir une certaine « *confiance collective dans les mécanismes de la commande publique* »⁶.

Il y aurait beaucoup à dire sur la notion même d'éthique, mais l'on se contentera de la définir comme l'ensemble des principes moraux qui guide le comportement d'une personne. Au regard du sujet traité, ce sont ses manifestations dans la sphère publique qui nous intéressent et à cet égard, la mission « Appui au patrimoine immatériel de l'État », qui relève du ministère de l'économie, indique que « *dans la sphère publique, l'éthique est inséparable de l'idée de l'administration au service des citoyens, des usagers, du bien commun, et est fondée sur des valeurs de confiance entre le public et l'administration* ». L'éthique publique telle qu'elle sera mobilisée dans cet article correspond ainsi aux valeurs qui guident l'action de l'administration lesquelles peuvent, par nature, fluctuer : évoquer l'éthique – et non une éthique – publique présuppose ainsi d'arrêter le regard sur un instant « T ». Si l'on resserre encore la focale sur les marchés publics⁷, on relèvera d'abord que le mot d'éthique ne figure pas dans le code de la commande publique, ce qui est peut-être déjà un premier élément d'analyse des rapports entre droit dur et droit souple : l'éthique n'appartient pas au vocabulaire du premier. Vouloir imposer une éthique dans les marchés publics passe nécessairement par l'encadrement juridique des comportements et de la liberté des acheteurs publics et des autres acteurs de la matière, c'est-à-dire par le respect d'une déontologie professionnelle. Toutefois, si le marché public répond à une finalité éthique – ou non – dans sa passation et son exécution, c'est-à-dire à travers le comportement de ses acteurs, il le fait aussi dans son contenu même. La notion d'éthique est dès lors interprétée largement : elle couvre non seulement les principes juridiques classiques de la commande publique (liberté d'accès, égalité, transparence), mais aussi des préoccupations contemporaines, telles que la

³ Référence à l'un des personnages du roman de P. Lemaître, *Au-revoir là haut* (Albin Michel, 2013), qui monte après la 1^{ère} guerre mondiale une vaste escroquerie autour de la construction pour le compte de l'État des cimetières militaires accueillant les soldats tombés au combat.

⁴ V. Coq, *préc.*, § 4.

⁵ V. Coq (dir.), *L'éthique en droit des marchés publics*, LexisNexis, 2020.

⁶ V. Cochi, G Terrien, « Déontologie et commande publique », *RLCT*, n° 75, 2012.

⁷ Pour une analyse d'un autre champ, celui du droit domanial, v. Ch. Roux, « Gestion domaniale et déontologie », *JCPA*, 2020, n° 47, dossier n° 2306.

protection de l'environnement ou encore les exigences sociales et économiques du moment, que l'on pense, entre autres, à l'accès des PME aux marchés publics ou à la volonté – la mode ? – de favoriser les circuits courts et le « *made in France* ». Pour légitimes qu'elles soient, on relèvera tout de même que ces problématiques ne sont pas nécessairement liées à la recherche d'une éthique. Pour ne prendre que cet exemple, l'accès des PME aux marchés publics a fait l'objet d'une réponse particulière à l'occasion de la crise de la COVID-19⁸, démontrant s'il en était besoin, que la finalité de l'État en la matière est avant tout économique. Il faut donc garder à l'esprit que la finalité éthique d'une disposition, en matière de marché public comme ailleurs, est rarement – pour ne pas dire jamais – exclusive. À cet égard, elle a très largement épousé, et inversement, le discours sur la performance de l'achat public, qui impliquerait précisément « *de mettre en œuvre des pratiques vertueuses qu'il s'agisse du respect des principes généraux de la commande publique comme des valeurs premières de la fonction publique* »⁹. Elle doit par ailleurs se concilier, nous y reviendrons, avec les finalités et enjeux propres du droit des marchés publics, tels que la protection des deniers publics.

En toute hypothèse, la nécessité de traduire juridiquement une démarche éthique dans les marchés publics repose sur le constat récurrent d'atteintes aux valeurs qui sont supposées guider l'action publique en la matière. L'alerte sur la corruption dans les marchés publics en France s'est d'abord opérée au niveau européen, au moins depuis un rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européens, dit « rapport anticorruption de l'UE » du 3 février 2014¹⁰, lequel avait précisément ciblé les marchés publics en raison de leur exposition à « *des risques de corruption importants* ». Ce même prisme est choisi par l'OCDE en 2016, dont un rapport qualifie les marchés publics de « *zone à haut risque pour la corruption* »¹¹. Face à ce terreau de risques particuliers, le diagnostic opéré par la Commission était, il y a un peu plus de six ans, pour le moins clair : la France ne s'est pas saisie du problème.... Une telle conclusion a de quoi étonner : en droit des marchés publics, comme ailleurs, c'est plutôt le trop plein d'encadrement juridique qui domine, et ce depuis le

⁸ V. not. Ord. n° 2020-738 du 17 juin 2020 *portant diverses mesures en matière de commande publique*, art. 2 ; *JORF* 18 juin 2020, texte n° 14 ; *JCPA*, 2020, n° 25, act. 353.

⁹ P. Villeneuve, « L'acheteur public, un lanceur d'alerte presque comme les autres », *JCPA*, 2019, n° 40, comm. n° 2269.

¹⁰ C. Cutajar, « La France et la lutte contre les atteintes à la probité. Peut (largement) mieux faire ! », *JCPG*, 2014, n° 8, 223.

¹¹ OCDE, *Prévention de la corruption dans les marchés publics*, 2016, en ligne.

début des années 1990¹². Cette course à l'encadrement aurait-elle épargné, volontairement ou non, la question de l'éthique dans les marchés publics ? La réponse à cette question semble en réalité assez aisée, tant le traitement actuel de l'éthique en droit des marchés publics français donne à voir un panorama d'instruments très diversifiés, sur lesquels nous reviendrons. Plus que la quantité donc, il nous semble que c'est la portée normative de ces instruments qui est inégale : certains relèvent du droit dur, d'autres du droit souple. Sans s'appesantir sur la définition de ce dernier, on rappellera que le Conseil d'État en a retenu trois critères cumulatifs : le droit souple est un ensemble d'instruments qui modifient ou orientent les comportements de leurs destinataires en suscitant l'adhésion, qui ne créent pas de droits ou d'obligations pour ces mêmes destinataires et, enfin, qui présentent un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. C'est dans cette matrice que nous inscrirons dès lors nos propos et le droit des marchés publics français semble particulièrement propice au développement d'un droit souple ainsi conçu. Les aficionados et praticiens de la matière sont notamment très familiers des recommandations, fiches techniques et autres FAQ produits par la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie, ce que l'actualité est loin d'avoir démenti.

Le prisme des marchés publics et de la recherche d'une éthique en la matière offre ainsi une vue privilégiée pour analyser les rapports entre droit dur et droit souple et mesurer leur efficacité respective dans les progrès de l'éthique publique. Car la matière semble tiraillée entre, d'un côté, des principes juridiques structurants et bien établis et, de l'autre, une pratique des acteurs qui a besoin de souplesse. Les rapports entre droit dur et droit souple sont marqués par un double défi : le premier est celui de la concurrence que le droit dur exerce sur le droit souple (I) ; le second est celui de l'efficacité intrinsèque du droit souple (II).

I. Le droit souple et l'éthique des marchés publics au défi de la concurrence du droit dur

Du point de vue des sources, l'éthique dans les marchés publics se construit aujourd'hui à travers des instruments de droit souple, lesquels endossent un rôle supplétif par rapport aux règles du droit dur (A). Reste que ce dernier est loin d'être dépassé, faisant preuve d'une réelle résilience en la matière (B).

¹² Il est inutile de revenir sur l'encadrement normatif des marchés publics en droit interne et européen, particulièrement illustré par les différentes moutures du code des marchés publics, aujourd'hui code de la commande publique.

A. La suppléance du droit souple

Les instruments de droit souple tendant à favoriser une éthique en matière de marché public sont aujourd'hui multiples ; la question n'est pas nouvelle. En 2009, une circulaire du 29 décembre relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics¹³ recommandait, déjà, aux acheteurs publics l'adoption d'un guide de déontologie régissant le comportement des services d'achat et des décideurs finaux. L'engouement pour le droit souple ne s'est pas démenti, ce dont témoignent les nombreux instruments mobilisés en la matière.

Cette consécration s'est tout d'abord traduite au plan institutionnel, par la création d'organismes pourvoyeurs de droit souple. En complément de la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie, qui publie des guides et recommandations, deux institutions occupent une place spécifique en la matière. En 2016, un observatoire économique de la commande publique, placé auprès du Ministre chargé de l'Économie, a ainsi été créé, avec pour mission, notamment, de contribuer à diffuser les bonnes pratiques¹⁴. Dans ce cadre, l'observatoire a publié un certain nombre de guides : sur les aspects sociaux de la commande publique¹⁵, sur l'achat public innovant¹⁶, sur l'accès des PME/TPE aux marchés publics¹⁷. Il s'agit de faire le point sur le cadre juridique de ces différents objectifs, mais également de proposer des clauses types qui les mettent en œuvre dans les marchés concernés. On se situe donc bien ici dans un outil de droit souple. La seconde institution a été créée par la loi du 9 décembre 2016 : il s'agit de l'Agence française anticorruption, laquelle a succédé au service central de prévention de la corruption, service à compétence nationale placé sous l'autorité des ministres de la justice et du budget. Elle exerce une mission de prévention et de détection des faits contraires à la législation et, à ce titre, produit un certain nombre d'actes qui relèvent du droit souple¹⁸ : communiqués de presse, lignes directrices, chartes... Elle a récemment, en juin 2020, publié un « Guide de l'achat public-maîtriser le risque de corruption

¹³ Circ., 29 déc. 2009, NOR : ECEM0928770C.

¹⁴ Art. R. 2196-2 CCP.

¹⁵ https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/Guide-sur-les-aspects-sociaux-de-la-commande-publique2018.pdf.

¹⁶ https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-pratique-achat-public-innovant.pdf.

¹⁷ https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/guide_de_bonnes_pratiques.pdf.

¹⁸ <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/tous-les-documents>.

dans le cycle de l'achat public »¹⁹, dont l'application n'est pas obligatoire mais a été fortement recommandée, y compris par la doctrine²⁰.

Au-delà de ces aspects institutionnels, l'éthique dans les marchés publics est l'objet de nombreux actes de droit souple, multiplication qui conduit à s'interroger sur l'existence d'une stratégie éthique unique pour tous les acteurs du secteur. On trouve bien entendu des éléments d'unité. Parmi les plus récents, on peut citer la mise en place d'un plan national d'action pour les achats publics durables 2015-2020, qui concerne tous les acheteurs publics ; il entend se définir comme une « feuille de route » tout en comportant des objectifs chiffrés : en particulier, à l'horizon 2020, 30% des marchés publics doivent avoir une stipulation environnementale ; 25% une stipulation sociale ; 80% des organisations réalisant des achats de papier, d'appareils d'impression, de fournitures, de mobilier, de vêtements, de matériel de bureautique prennent en compte la fin de vie de ces produits... Le ministère de la transition écologique et solidaire a promu, dans le cadre de ce plan national, la signature d'une charte pour l'achat public durable, avec pour objectif, à l'horizon 2020, que 60 % des organisations publiques en soient signataires. Sur le fond, ladite charte est toutefois extrêmement succincte, puisque ses 8 articles se contentent de fonder l'établissement d'un bilan de la situation, la mise en place d'un plan pluri-annuel de développement de l'achat public, accompagné d'un comité de pilotage et de suivi. Certains secteurs particuliers ont pu également être ciblés au niveau national. La mission Appui au patrimoine immatériel de l'État recommande par exemple une charte éthique pour les opérations de mécénat, en particulier en matière de mécénat de compétence : lors de travaux de restauration d'un patrimoine, un mécène peut-il être également prestataire ? Rien ne s'y oppose juridiquement, mais la réponse est éthique et peut donc passer par une telle charte.

Pour le reste, et c'est sans doute l'un des intérêts du droit souple, les incitations à l'éthique dans les marchés publics sont éclatées en divers instruments, propres à chaque acteur de la commande publique. Il faut ici évoquer le phénomène des guides de déontologie et autres chartes éthiques, qui ont essaimé, tant au niveau national qu'au niveau local, certaines donnant lieu à des alliances inédites²¹. Analysé de manière générale, leur contenu est

¹⁹ *Contrats-Marchés publ.* 2020, alerte n° 37 , focus F. Linditch ; *JCPA*, 2020, act. n° 425, aperçu rapide F. Jourdan.

²⁰ Fr. Lichère, « La déontologie et l'attribution des contrats publics », *JCPA*, 2020, n° 47, dossier n° 2304, § 13 et s.

²¹ On trouve par exemple une Charte des bonnes pratiques pour la commande publique, initiée par La Préfecture de la Somme, le Conseil Départemental de la Somme, l'Association des Maires de la Somme, la Chambre des Métiers et de l'Artisanat de la Somme, le Conseil de l'Ordre des Architectes de Picardie, la Fédération Française du Bâtiment de la Somme, la Confédération de l'Artisanat et des Petites Entreprises du Bâtiment de la Somme, l'Union Nationale des Entreprises du Paysage – délégation Nord/ Picardie, le Conseil d'Architecture,

ambigu car relevant d'un véritable « *entrecroisement* »²². Ces chartes s'adressent en effet principalement aux agents et reprennent, systématiquement, les principes classiques de la commande publique et rappellent aux agents leurs obligations déontologiques (art. 25 à 26 du statut). Elles rappellent par ailleurs les sanctions, en particulier pénales, attachées à la violation de ces obligations. À ce titre, elles ont un rôle de pédagogie, d'accompagnement du droit dur qu'elles ne font que vulgariser. Du point de vue des sources du droit, ce type de disposition ne doit pas abuser : cela reste du droit dur, malgré le média de la charte. Mais de manière générale, la charte va plus loin que le simple rappel des règles de droit positif. Elle énonce les valeurs auxquelles l'acheteur entend se conformer. Elle peut, encore, décrire des situations concrètes et le comportement des agents pour y répondre. La charte de déontologie de la ville de Valence consacre ainsi deux de ses titres à l'« attitude générale à adopter » et l'« attitude à adopter plus spécifiquement au cours de l'acte d'achat » ; elle énonce alors les comportements à éviter, lesquels ne sont pas proprement interdits mais peuvent constituer, selon le contexte, une violation des règles éthiques.

Il y a aussi dans la charte une part d'affichage : affichage des valeurs de la structure d'achat, mais aussi affichage des objectifs visés par ladite structure. Plus qu'aux agents, la charte devient alors un instrument à destination des fournisseurs de l'administration. On peut ici prendre l'exemple de la charte de la commande publique responsable de la ville de Lyon, qui, à côté de sa charte de déontologie de la commande publique, expose « simplement » – même si c'est déjà beaucoup ! – les objectifs de la collectivité en la matière et demande à ses fournisseurs de s'engager à les respecter également²³. La charte participe alors de l'instauration d'une culture et d'une symbolique de l'éthique, mais à partir de quand l'affichage devient-il simplement communication ? Cela est particulièrement flagrant s'agissant de la charte pour l'achat public durable : son article 5 est consacré à la nécessité, pour le signataire, c'est-à-dire l'acheteur public, de communiquer sur la signature de la présente charte... Car, il ne faut pas oublier que l'on se trouve, en matière de marchés publics, dans une relation lucrative et marchande. Et de ce point de vue, « *l'éthique acquiert même une valeur marchande dans certains nouveaux métiers* »²⁴. Il y a là une vraie question, posée par

d'Urbanisme et de l'Environnement de la Somme, l'union des architectes de la Somme (affiliée UNSFA), l'union des architectes de l'Aisne (affiliée UNSFA), le syndicat des architectes de l'Oise (affilié UNSFA) les services d'Amiens-Métropole.

²² CE, *Le droit souple*, préc., p. 127.

²³ <https://www.lyon.fr/sites/lyonfr/files/content/migrated/170/195/Charte%20de%20la%20commande%20publique%20responsable.pdf>

²⁴ Ch. Jubault, « Les “codes de conduite privés” », in Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française, *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 34.

ailleurs²⁵, sur la stratégie éthique et sa compatibilité avec la finalité économique et concurrentielle du droit des marchés publics.

Le droit souple viendrait finalement au secours du droit dur, qui aurait peut-être montré une certaine inefficacité dans la consolidation d'une éthique des marchés publics. Cette fonction de suppléance est nettement assumée : le Président d'Anticor appelait ainsi récemment, dans le cadre des élections municipales françaises, les candidats non seulement à respecter les obligations existantes mais aussi à « *aller plus loin en intégrant des dispositions supplémentaires dans leur règlement intérieur ou une charte éthique* »²⁶. La charte éthique, instrument de droit souple, est ainsi présentée comme un instrument plus adapté que le droit dur pour imposer le respect de règles éthiques.

B. La résilience du droit dur

Les rapports entre droit dur et droit souple ne sont pas linéaires ou directement proportionnels : l'un n'évince pas l'autre ; ils demeurent complémentaires. Si l'on peut mettre en avant une volonté de dépenalisation de la commande publique, la norme juridique n'a pas déserté la matière. Bien au contraire, les instruments de droit dur sont désormais nombreux, celui-ci faisant preuve, de ce point de vue, d'une véritable résilience. Car si le droit dur n'est plus un obstacle à la traduction de l'éthique dans les marchés publics, cela n'a pas toujours été le cas. La loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, du 17 août 2015, a pu affirmer que « *la commande publique durable est mise au service de la transition vers l'économie circulaire* » (art. 70), mais initialement, les exigences éthiques sont venues très largement se confronter aux principes de la commande publique et à leur dimension concurrentielle, laquelle est de nature à limiter la liberté de l'acheteur public²⁷. En se fondant sur les principes classiques de la commande publique, le juge français refusait l'inclusion d'objectifs environnementaux dans les marchés publics. La jurisprudence et les textes européens²⁸ ont pesé sur les réformes du droit français, dans le sens d'une admission de ces objectifs, le conflit se résolvant dans le code des marchés publics de 2006 et désormais dans un article L. 2111-1 du code de la commande publique, véritable article de conciliation qui dispose : « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement*

²⁵ V. Coq, « La charte éthique dans les marchés publics », *préc.*, § 28 et s.

²⁶ J.-Ch. Picard, « Pour des communes plus éthiques », *AJCT*, 2020, n° 2, p. 57.

²⁷ M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2^e éd., 2015, § 512 et s. Sur le nouveau cadre idéologique imposé par l'immixtion des exigences éthiques en droit des marchés publics : V. Coq (dir.), *L'éthique en droit des marchés publics*, LexisNexis, 2020.

²⁸ En particulier, la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004.

durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ». Dans le prolongement, on peut rappeler le débat autour de la question du critère géographique introduit dans les marchés publics. Alors que l'éthique de la transition écologique, mais aussi l'éthique économique du moment, tendent à favoriser les circuits courts et locaux, la réponse juridique n'est pas en phase : sauf justification particulière en rapport avec l'objet ou les conditions d'exécution du marché, une clause ou un critère lié directement à l'origine ou l'implantation géographique des candidats est prohibé²⁹. Ce que l'on a appelé le « critère carbone » – consistant à favoriser les entreprises locales sous couvert de réduction des émissions de CO₂ – a été jugé initialement contraire au principe d'égalité³⁰. Certes, l'évolution jurisprudentielle semble en faveur des dérogations à cette interdiction,³¹ par le biais des exigences d'exécution du contrat, que la proximité peut favoriser ; toutefois, l'on voit bien ici que le droit dur ne traduit que lentement de telles exigences éthiques. La limite à celles-ci tient d'ailleurs à l'impossibilité de dépasser, en l'état actuel, l'interdiction des critères discriminatoires³² et, surtout, lorsque de tels critères sont envisageables, encore faut-il qu'ils soient liés à l'exécution du marché. La transition éthique ne s'est donc pas faite aisément, en raison sans doute d'une certaine « *instrumentalisation politique de la commande publique* »³³, qui vient interroger les finalités de ce droit.

Cela étant, à côté des traditionnels principes de la commande publique (et leurs sanctions pénales), les problématiques contemporaines de l'éthique ont trouvé des traductions normatives concrètes dans le droit dur des marchés publics : ainsi de la protection de l'environnement, des exigences sociales et bien sûr des exigences déontologiques. S'agissant de ces dernières, on peut citer notamment la création d'un véritable statut protecteur des lanceurs d'alerte³⁴, dont on sait désormais qu'il s'applique aux acheteurs publics³⁵ ; la création d'un répertoire numérique assurant l'information des citoyens sur les relations entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics³⁶ ou encore l'extension des interdictions de

²⁹ CJCE, 3 juin 1992 ; Rép. min. à QE n° 2693, JOAN Q. 15 janv. 2013, p. 474.

³⁰ Rép. min. à QE n° 10874, JO Sénat Q. 22 janv. 2010, p. 130 ; CJCE, 17 sept. 2002, aff. C- 513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab

³¹ Par ex. CJUE 21 janv. 2010, aff. C-17/09, *Rép. fédérale d'Allemagne*.

³² Art. R. 2152-7 CCP.

³³ M. Ubaud-Bergeron, *préc.*, § 515.

³⁴ Art. 6 et s. de la loi du 9 déc. 2016, lesquels ont été intégrés en partie dans le code pénal, le code du travail, le code de justice administrative, le code de la défense et le code monétaire et financier.

³⁵ V. not. P. Villeneuve, « L'acheteur public, un lanceur d'alerte presque comme les autres », *préc.*, comm. n° 2269.

³⁶ Art. 25 L. 9 déc. 2016.

cumul d'activités et des inéligibilités des parlementaires³⁷. En matière de protection de l'environnement et d'exigences sociales, l'article L. 2111-3 du code de la commande publique impose aux acheteurs dont le montant annuel des achats est supérieur à 100 millions d'euros HT de mettre en place un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables. Le seuil reste toutefois important, excluant la majorité des acheteurs : c'est dès lors volontairement qu'ils vont, ou non, avoir recours à ce type de démarche. L'objectif de durabilité se trouve également dans la définition des besoins, telle que décrite à l'article L. 2111-1 du CCP précité. Dans le même sens, au niveau social, les articles L. 2113-12 et suivants du CCP permettent de réserver des marchés à des opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés et défavorisés, ainsi qu'à des entreprises de l'économie sociale et solidaire. Enfin, on peut citer la prise en compte, ancienne, du cycle de vie d'un produit comme possible critère d'attribution d'un marché³⁸, le droit français ayant été précurseur sur la question. La loi du 10 février 2020 *relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire*³⁹ est une des dernières manifestations de ce que le droit dur peut apporter aux exigences éthiques dans la commande publique : elle impose notamment, une obligation nouvelle de proportion d'achat – entre 20 et 100 % selon les produits ! – constitué de matières recyclées ou issues du réemploi, à compter du 1^{er} janvier 2021.

Enfin, la résilience du droit dur se traduit également par le fait que ses dispositions peuvent aussi être utilisées et/ou interprétées avec une certaine souplesse, au profit ou, au contraire, au détriment d'une exigence éthique : il faut sortir de la caricature d'un droit dur qui annihilerait toute liberté des acteurs de l'achat public. Le droit dur peut être perçu comme fixant un cadre minimal, qui n'empêche pas les autorités administratives de faire plus : François Lichère l'a récemment mis en avant à propos du champ d'application des règles de droit dur régissant la transparence dans l'attribution des contrats publics⁴⁰. Participant de la même idée, on peut de nouveau prendre l'exemple de la loi précitée du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage : son article 55 dispose qu'à « *compter du 1er janvier 2021, les services de l'État ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements, lors de leurs achats publics et dès que cela est possible, doivent réduire la consommation de plastiques à usage unique, la production de déchets et privilégient les biens issus du réemploi*

³⁷ V. la loi organique et la loi du 15 septembre 2017 *pour la confiance dans la vie publique*, JORF 16 sept. 2017, texte n° 1.

³⁸ art. R. 2152-9 et 10 CCP.

³⁹ JORF 11 fév. 2020, texte n° 1, art. 58, I ; F. Linditch, Ph. Billet, « La commande publique après la loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire », JCPA, 2020, comm. n° 2075.

⁴⁰ Fr. Lichère, *préc.*, § 10 et s.

ou qui intègrent des matières recyclées » (nous soulignons). Certes, le caractère impératif du texte ne fait pas de doute, mais sa portée est très largement assouplie par cette référence à la possibilité ou non de respecter les exigences fixées. Dans le même sens, les règles encadrant les marchés publics laissent une certaine souplesse qui peut nuire à l'éthique de ces marchés. On pense notamment à la question de l'allotissement⁴¹ : dans sa face positive, il est réputé permettre l'accès des PME à la commande publique, remplissant ainsi un objectif éthique ; dans sa face négative, il est assimilé à du « saucissonnage », qui revient tout simplement à de l'ingénierie juridique dans le but de contourner les règles notamment de passation des marchés. On peut enfin citer la multiplication des avenants, l'absence de pénalités de retard, etc., autant de libertés laissées par le droit dur mais qui, dans un certain contexte, peuvent desservir l'éthique des acheteurs.

Les rapports entre instruments de droit dur et de droit souple en matière d'éthique dans les marchés publics sont ainsi complexes et donnent presque le sentiment d'un trop plein. S'ils concourent tous à la même finalité, leur accumulation continue conduit à s'interroger sur l'efficacité même de la réponse apportée par le droit souple en la matière.

II. Le droit souple et l'éthique des marchés publics au défi de l'efficacité

Le droit souple a été présenté comme la solution la plus efficace pour insuffler une culture de l'éthique dans la commande publique. Avec le droit souple, comme cela a été relevé en droit des affaires, « *pour l'État, il y a un gain d'effectivité de la réglementation* »⁴². À cet égard, il bénéficie d'une véritable prévalence de principe, qui tient très largement à sa définition même (A), et doit ainsi être relativisée (B).

A. La prévalence de principe du droit souple

Le droit souple a épousé les contours des exigences éthiques, et inversement. Sans doute car il est l'une des réponses les plus adaptées à l'instauration de celle-ci, voire la seule si l'on oppose – certes un peu facilement, nous y reviendrons – éthique et droit : « *l'éthique renvoie à ces devoirs que l'on a envers soi-même et envers autrui, mais qui ne sont pas dictés*

⁴¹ art. L. 2113-10 CCP.

⁴² P. Deumier, « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de P. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 351.

par des lois »⁴³. Derrière le terme « lois », c'est le droit dur qui est visé et cela renvoie incontestablement à une interrogation sur la définition même du droit. Bien que ce ne soit pas l'objet du propos ici, on a pu rappeler que les grands penseurs de nos sociétés libérales « considéraient que la résolution des conflits ne passe pas uniquement par la toute puissance de la loi »⁴⁴.

Dès lors, si l'on considère que le droit dur des marchés publics présente des insuffisances pour imposer une éthique en la matière, le droit souple semble la solution toute trouvée. L'éthique dans les marchés publics repose sur un certain nombre de valeurs morales difficilement traduisibles dans le droit dur. L'OCDE considère que la lutte contre la corruption dans les marchés publics doit obéir à six principes : l'intégrité, la transparence, la participation des parties prenantes, l'accessibilité, la passation électronique et la supervision et le contrôle. On voit bien que, derrière chacun de ces principes, des réponses normatives sont possibles. Mais s'agissant de ce qui apparaît, aux yeux de l'OCDE, comme le premier des principes, l'intégrité, la norme n'est sans doute pas l'instrument privilégié. Cette dernière est définie par l'OCDE comme « le respect des normes éthiques et des valeurs morales d'honnêteté, de professionnalisme et de droiture »⁴⁵. L'intégrité peut parfaitement être saisie par le droit dur : les règles d'égal accès à la commande publique, de bon usage des deniers publics et de transparence de la commande publique assurent que la passation des marchés obéisse à un processus intègre. Mais l'intégrité des acteurs des marchés, acheteurs, fournisseurs ou prestataires ne se décrète pas : elle se résout dans des situations concrètes, quotidiennes, que le droit dur peut difficilement contraindre dans le cadre des relations particulières qui sont celles des affaires. Comment par exemple appréhender juridiquement les repas d'affaires, les invitations à des événements voire les cadeaux qui peuvent entrer dans ce type de relations ?

C'est alors que le droit souple prend le relais, à travers des recommandations et autres codes de bonne conduite, qui permettent de cibler des comportements précis. Cela ne signe pas nécessairement l'échec des dispositions normatives, comme cela a été vu : le droit s'adapte à ce qu'il saisit et il est donc logique qu'il y ait une actualisation des moyens juridiques pour lutter contre la corruption. Mais cette actualisation révèle également l'une des faiblesses de la réponse juridique à la volonté d'instaurer une éthique dans les marchés : elle ne semble proposer que des instruments *a posteriori*, lesquels répondent à l'existence d'une

⁴³ J. Russ, C. Leguil, *La pensée éthique contemporaine*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2012, p. 4.

⁴⁴ Ch. Jubault, *préc.*, p. 33. L'auteur se réfère à Domat, Adam Smith, John Rawls et Hayek.

⁴⁵ OCDE, *préc.*, p. 10.

situation de corruption plus qu'ils ne la préviennent. C'est précisément ce qu'illustre le développement du droit pénal de la commande publique : de très nombreuses incriminations visant à lutter contre la corruption sont venues sanctionner les manquements aux règles de la commande publique⁴⁶. Il faut ajouter le droit disciplinaire qui s'applique aux agents de l'administration, réponse également *a posteriori* à une situation qui contreviendrait aux exigences éthiques.

Dans cette lignée, le droit souple répond à la volonté de favoriser des leviers « *moins tétanisants pour les acteurs de la commande publique, mais plus porteurs et surtout plus en phase avec la complexité grandissante de la vie des affaires* »⁴⁷. Dans une société qui a tend à rechercher des coupables, la responsabilité pénale des décideurs publics est un sujet particulièrement sensible, susceptible d'inhiber l'action publique. Certaines condamnations médiatiques ont mis en avant, en dehors des hypothèses de mauvaise foi des responsables, le fait qu'il pouvait y avoir une mauvaise connaissance du droit des marchés publics de la part des décideurs publics, les exposant à des sanctions pénales⁴⁸. Par ailleurs, la faveur accordée au droit souple répond aussi à une forte pression du monde des affaires tendant à l'allègement des procédures, présenté comme le gage d'une plus grande efficacité de la commande publique. Depuis les directives de 2014, on sent très nettement la volonté de redonner une marge de manœuvre à l'acheteur public, en ne privilégiant plus une approche arithmétique de la passation des contrats publics. La pratique du « *sourcing* » a par exemple été consacrée et définie dans le droit dur⁴⁹ comme élément d'une « *démarche vertueuse* »⁵⁰, alors qu'elle se confrontait initialement aux règles de la commande publique : tout en étant réalisée dans le respect de ces derniers, elle devient un élément de souplesse pour les acheteurs publics. Elle a

⁴⁶ On citera principalement le délit de corruption passive (art. 432-11 code pénal), celui de corruption active (art. 433-1), le délit de prise illégale d'intérêts (art. 432-12 et s.) et enfin le délit de favoritisme (art. 432-14). Sur cette question, v. S. Braconnier, « Éthique, Droit pénal et commande publique », in *Variations autour du droit public. Mélanges en l'honneur du Professeur Christian Dubouy*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2019, p. 41 et s. ; A. Cabanes, A. Gesta, « Corruption dans la commande publique », *JCl. Contrats et marchés publics*, fasc. n° 35, 28 avr. 2016 ; M. Ubaud, Bergeron, « Le juge judiciaire et la commande publique », *RFDA*, 2013, p. 531 ; P. Cadieu, « La commande publique, entre “pénalisation” et “responsabilisation” », *RLCT*, 2009, n° 51.

⁴⁷ S. Braconnier, *préc.* p. 42.

⁴⁸ Par ex. TGI Créteil, 9^e ch. corr., 15 janv. 2018, n° 15153000246 ; D., 2018, n° 5, act. F. Stasiak, p. 243.

⁴⁹ Art. 4 Décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, codifié à l'art. R. 2111-1 CCP : « Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3 ».

⁵⁰ E. Perois, L. Sery, « Le sourcing : démarche vertueuse ou piègeuse pour les acheteurs publics ? », *CMP*, mars 2018, étude n° 3.

d'ailleurs donné lieu à la publication d'un guide, instrument de droit souple, par la direction des achats de l'État⁵¹.

Cependant, s'agissant de la nécessaire prévalence du droit souple en matière d'éthique dans les marchés publics, l'engouement pour cet instrument nous paraît tenir à sa définition même : le droit souple renvoie à des actes qui, en tant que tels, ne produisent pas d'effets juridiques mais d'autres effets, d'orientation, qu'ils soient économiques, sociaux, comportementaux, etc. Autrement dit, le droit souple reste du droit en ce sens qu'il oriente les comportements ; il reste souple, en l'absence d'impératif juridique. Sa définition se concentre donc quasiment exclusivement sur les effets qu'il emporte sur ses destinataires, ce qui nous paraît être précisément l'une des clés de son succès, mais aussi, peut-être, un prisme déformant : si l'on mesure le droit souple à l'aune de ses effets, élément de sa définition, alors il est *essentiellement*, nécessairement, efficace, davantage que le droit dur. Ce dernier fait pâle figure si on l'entend par son seul caractère normatif, sans pour autant s'intéresser à ses effets. Il faut donc dépasser l'*a priori* définitionnel de l'efficacité du droit souple et la mesurer concrètement, ce que permet le prisme de l'éthique appliquée aux marchés publics.

B. L'efficacité relative du droit souple

L'opposition précitée entre droit dur et éthique nous paraît trop catégorique, aussi bien du point de vue de l'éthique que du droit. D'abord, elle semble ramener l'éthique à une simple morale individuelle. Or il faut bien envisager l'existence d'une éthique publique, celle qui précisément se traduit dans le rapport entre l'individu et le groupe social, ce dernier étant lui-même organisé autour de valeurs collectives. Par ailleurs, du point de vue du droit, le raccourci est trop aisé de vouloir cantonner le droit souple « *aux abysses de la morale et de l'éthique* »⁵² : il n'est pas seulement cela et le droit dur prend également sa part en la matière. Car la règle éthique n'est pas dépourvue d'obligatorité, comme nous avons pu le constater.

Le droit souple est-il cependant plus efficace que le droit dur, qui aurait échoué à imposer une éthique dans les marchés publics ? Si l'on en juge par la seule répétition des lois en la matière, on peut effectivement considérer que le droit dur peine à imposer une réelle éthique. Pour ne prendre que l'exemple le plus parlant, deux lois adoptées à 23 ans d'écart, portent en substance le même intitulé : la loi du 29 janvier 1993 *relative à la prévention de la*

⁵¹ https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dae/doc/Guide_sourcing.pdf ; F. Linditch, « À propos du Guide sourcing opérationnel de la Direction des Achats de l'État », *CMP*, mai 2019, alerte n° 20.

⁵² M. Mekki, « Propos introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française, *préc.*, p. 4

corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures ; la loi du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*. Lorsque le droit bégaye, sa valeur instrumentale est remise en question. Cependant, si l'on se tourne du côté du droit souple dans les marchés publics, force est de constater que celui-ci n'est pas nouveau, ce qui doit conduire d'emblée à relativiser aussi l'efficacité présumée du droit souple au regard, notamment, de celle du droit dur. De plus, on a relevé que l'adjonction du droit souple au droit dur se fait selon une dialectique d'empilement des instruments, qui ne concourt pas nécessairement à la simplification des procédures. Or la complexité de ces dernières est parfois présentée comme favorisant la corruption. La sédimentation des instruments de lutte contre la corruption, qu'ils relèvent du droit dur ou souple est sans doute un indice d'une certaine inefficacité.

Car en la matière, et il faut sans doute le déplorer, ni le droit dur, ni le droit souple n'ont réellement conduit à une modification des pratiques. Les chiffres et analyses réalisées par différents organismes en sont le triste reflet. Il faut en effet toujours constater le peu de clauses sociales et environnementales qui sont inscrites dans les marchés publics. Selon l'Observatoire économique de la commande publique, en 2018, 8,6 % des marchés (exprimés en montant) et 13,6 % (en nombre) contenaient une clause environnementale ; 17,4 % des marchés (exprimés en montant) et 10,2 % (en nombre) contenaient une clause sociale. Le constat est identique pour le poids des PME dans l'attribution des marchés au regard de leur poids dans l'économie. Toujours selon l'OECP, aux termes d'une étude publiée en juin 2020, « *sur la période 2015-2018, les PME représentent 60% des titulaires de marché en nombre et 30% en valeur, tous acheteurs confondus* »⁵³. Mais au-delà des chiffres, le panel d'acheteurs interrogés dans cette étude répond, pour plus de la moitié, ne pas calculer la part de TPE/PME au sein de leurs marchés... Or, on a vu qu'il s'agissait d'une des problématiques au cœur de l'éthique publique. En matière d'achats durables, les acheteurs relevant de l'État sont soumis à une vraie politique d'achat en la matière. En revanche, du côté des acheteurs locaux, 45% déclarent avoir mis en place une telle politique, ce qui est sans doute insuffisant mais apparaît tout de même significatif. Trois quarts des acheteurs déclarent prendre en compte les objectifs du développement durable, ce qui est un chiffre important, même s'il ne fait que répondre à l'obligation légale en la matière, de nature à le relativiser quelque peu. Reste que cela ne se

⁵³ OECP, *Étude sur les pratiques des acheteurs en matière d'accès des TPE/PME à la commande publique, d'achats innovants et d'achats durables*, juin 2020, p. 6. L'étude est une « enquête de perception », faite à partir de réponses à un questionnaire en ligne rempli par 218 acheteurs publics.

traduit pas dans les chiffres des clauses environnementales et sociales précitées, ce qui démontre une problématique de mise en œuvre effective de cette politique.

En définitive, le droit, qu'il soit souple ou dur, est mesuré en matière d'encadrement des marchés publics à l'aune de son efficacité, laquelle est bien délicate à définir dès lors qu'elle est appréciée subjectivement. La souplesse de la règle est sans doute efficace du point de vue de la stricte relation commerciale, faisant écho à la volonté des acteurs d'alléger les procédures, mais qu'en est-il du point de vue de la construction d'une culture de l'éthique dans les marchés publics ? Celle-ci ne saurait naître du jour au lendemain, elle s'inscrit nécessairement dans le temps long. Mais dans une société essentiellement organisée autour de l'immédiateté, ses progrès sont difficilement perceptibles. Or, et l'on en revient à notre point de départ, si l'éthique dans les marchés publics est une affaire de confiance entre les citoyens et les pouvoirs publics, alors ici comme ailleurs, il y a urgence.