

[Tribune] "La commande publique, nouveau couteau suisse de l'action publique, a d'abord besoin de confiance"

Tribune 11/03/2021 Alain Lambert Ajouter aux favoris partager : 0 Commentaire

Cet article fait partie du dossier : Critique du droit de la commande publique SOMMAIRE

Selon Alain Lambert, ancien ministre et président du Conseil national d'évaluation des normes (CNEN), pour que l'acheteur public réponde aux nombreux objectifs qu'on lui assigne désormais, un préalable essentiel et déterminant s'impose : passer à la présomption de bonne foi. "Il n'y aurait qu'un pas à faire : s'inspirer de la nouvelle bienveillance accordée à l'offreur, en l'étendant aux acheteurs".



Dès le XIXème siècle, le droit de la commande publique a été conçu pour encadrer l'activité des acheteurs publics dont la figure d'administrateur désintéressé aux qualités humaines et morales pourtant incontestables ne semblaient pas un rempart suffisant contre les prévarications. L'approvisionnement de la collectivité étant un objectif de second rang.

Un droit fondé sur le soupçon

“ Ce droit menaçant aspire les acheteurs publics dans une spirale de formalisme débridé qui les conduit à produire des marchés routiniers ”

À cette naissance dans la méfiance, vint s'ajouter le culte de l'idéologie de la concurrence pure et parfaite théorisée par la Commission Européenne. Puis le rebond du soupçon, avec les lois dites "Sapin", paracheva les conditions d'une bureaucratie cherchant à répondre à toutes les conjectures possibles en faisant peser un tel climat de défiance vis-à-vis des acheteurs publics qu'ils ne virent plus dans leurs diligences que la menace de sanctions pénales. Le soupçon exacerbé a conduit à l'édiction de règles aboutissant à l'effet inverse de celui recherché, puisqu'il est bien connu qu'un droit fondé exclusivement sur la défiance décourage tout esprit d'initiative, de coopération et de déontologie chez ceux qu'il encadre. Ce droit menaçant, avec la vive crainte qu'il suscite, aspire les acheteurs publics dans une spirale de formalisme débridé qui les conduit à produire des marchés routiniers supposés protéger de tout risque pénal.

Ces deux tendances, la défiance et la crainte, paralysent la nécessaire évolution de la pratique de la commande publique pour répondre aux objectifs nouveaux qui lui sont assignés. En effet, si la commande publique a longtemps été privée d'une vision concernant sa finalité au service de l'intérêt général, le nouvel **article L. 2122-1 du code de la commande publique** fait désormais de l'intérêt général une condition justifiant la signature de gré à gré d'un marché public.

La commande publique est ainsi inscrite parmi les leviers proposés pour répondre aux nombreux défis posés par notre époque, notamment pour viser des objectifs de développement durable, autant dans leur dimension économique, que sociale et environnementale.

Cependant, dans l'état actuel de son droit, il serait illusoire de penser qu'elle puisse satisfaire ces besoins. Pour y parvenir, une condition préalable essentielle et déterminante s'impose, celle de passer à la présomption de bonne foi de l'acheteur public. Il n'y aurait qu'un pas à faire : s'inspirer de la nouvelle bienveillance accordée à l'offreur, en l'étendant aux acheteurs et en levant dans le temps la limitation de cette mesure.

Tirer des leçons de la crise

Des enseignements précieux peuvent être tirés du droit de crise de la commande publique adopté en réponse à l'épidémie du covid-19. Dans une logique interventionniste, ce droit a modifié les objectifs en la matière, intégrant la protection des acteurs économiques, ouvrant la voie à de profondes évolutions, et pourquoi pas à un changement de paradigme. D'autant que les effets de cette crise ne cesseront pas au terme de l'épidémie, car le temps de la reconstruction de notre économie ne fera que commencer. Il n'est pas excessif de penser que cette période de droit transitoire durera encore au moins deux ans.

Qualifiée de « force majeure » par le ministre chargé de l'Économie, l'épidémie constitue désormais un motif légitime pour les entreprises concernées de s'exonérer de leurs obligations, sans engager leur responsabilité ni risquer de pénalités. Ce qui témoigne d'une volonté d'utiliser la commande publique au service du soutien et de la protection aux entreprises.

S'il est recommandé aux acheteurs publics « de ne pas hésiter à reconnaître que les difficultés rencontrées par leurs cocontractants sont imputables à un cas de force majeure » selon les mots de la DAJ, pourquoi cette confiance accordée aux entreprises ne s'étendrait-elle pas aux acheteurs ? Seraient-ils moins dignes de confiance que les offreurs ? Reconnaître les difficultés d'un cocontractant, c'est se voir reconnaître un pouvoir d'appréciation. Pourquoi ce pouvoir nouveau ne serait-il digne qu'en cas de non-respect d'un contrat et continuerait d'être injustifié lorsqu'il s'agit de nouer un achat fécond pour la collectivité et pour l'offreur. Décidément, ce droit nouveau de la crise révèle beaucoup d'incohérences dans le droit commun. Et appelle vraiment à un nouveau paradigme.

Passer de la défiance à la confiance

“ La confiance est devenue la «clé de voute» de tout équilibre juridique et la valeur qui confère aux engagements les effets les plus puissants ”

Pour préférer l'éthique et la déontologie à la règle uniforme et générale -généralement moins efficace-, il s'agit d'établir le principe de confiance *a priori*. Celle-ci trouve sa source dans ce qu'Alain Peyrefitte appelle « *un ethos de confiance* », c'est-à-dire une disposition d'esprit qui bouscule les tabous traditionnels et favorise l'innovation, la mobilité, l'initiative rationnelle et responsable.

En retour, l'instauration de ce climat de confiance appelle à un volontarisme et à une responsabilisation des acheteurs publics et des différents acteurs prenant part à la commande publique. L'acheteur doit pouvoir assumer toutes ses prérogatives. Le volontarisme intervient en lien avec une politique économique aux objectifs clairement définis, garantissant toute l'importance de la proximité, de l'innovation, des petits acteurs comme les PME.

Il s'agirait donc d'introduire, en alternative au pouvoir hiérarchique d'une autre époque, la dimension « clé » qui est aujourd'hui au cœur de tous les travaux de modernisation des ensembles complexes : la confiance ! Elle est effectivement devenue la « clé de voute » de tout équilibre juridique et la valeur qui confère aux engagements les effets les plus puissants. Cette évidence devrait commencer à inspirer l'Etat dans sa production normative, imperturbablement réglée sur son modèle d'autorité et d'indifférence pour ses destinataires qu'il désespère.

Lever les tabous et prendre les mesures nécessaires

“ Un semblant d'équilibre doit être rétabli entre grands groupes spécialisés et petits acteurs de proximité ”

Afin d'atteindre les objectifs désormais fixés, la logique d'un pur formalisme juridique devrait perdre son fondement, le carcan entourant cette matière être desserré, et ainsi permettre à de véritables stratégies d'achat de se développer. Et cela passe par une simplification des règles, remédiant ainsi à la crainte des acheteurs publics de mal faire et d'encourir des sanctions lourdes. Les conditions de formes doivent être assouplies substantiellement.

Un semblant d'équilibre doit être rétabli entre grands groupes spécialisés et petits acteurs de proximité, par la création d'un service aidant à la rédaction des offres émanant de petits entrepreneurs et producteurs ne pouvant concourir dans les appels d'offre par manque de moyens juridiques, humains et matériels.

La question des sanctions pénales doit être également sereinement et objectivement posée. Ne devraient-elles pas être exactement les mêmes que dans tous les domaines de l'action publique ; sans discrimination pour l'acte d'achat public ? Ces sanctions continuent de créer une grande angoisse pour les acheteurs annihilant la volonté et paralysant l'initiative. Les dispositions pénales actuelles du code devraient être tout simplement renvoyées aux délits du droit commun.

Enfin, la question des seuils mériterait de trouver une issue prenant en compte le principe de confiance. La suppression des seuils nationaux pour ne conserver que ceux européens serait un signal fort. En dessous, la naissance d'un droit souple nourrirait le nouveau paradigme.

Ne nous y trompons pas, les conséquences de la crise que nous traversons sont incommensurables. Elles ne pourront être surmontées que dans un nouvel élan, un nouveau rêve, un nouvel espoir. Il ne se réalisera pas dans le soupçon et la menace. Il commande une sève exceptionnelle qui s'appelle la confiance. Et le droit doit en être un puissant témoignage. Celui de la commande publique doit en donner l'exemple.

à propos de l'auteur

Alain Lambert
Président du conseil général de l'Orne

SUR LE MÊME SUJET

[TRIBUNE] "DES MESURES CONCRÈTES POUR AVEC RUPTURE TOTALE AVEC LES DOGMES DE LA COMMANDE PUBLIQUE"
09/07/20 Alain Lambert

[TRIBUNE] LES VENDANGES DE LA CRISE
02/04/20 Alain Lambert

[TRIBUNE] "LEVER LES TABOUS : SUPPRIMER LES DISPOSITIONS PÉNALES DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE"
26/09/19 Alain Lambert

achatpublic .info

Recevez notre newsletter

S'INSCRIRE

Suivez-nous !

📡 🐦 📘 🌐

ACTUALITÉS

Dossiers

Info du jour

Brèves

Editos

Tribune

Dossiers

achatpublic invite

B.A-B.A

CARRIÈRE

Offres d'emploi

Formations

CVthèque

Une journée avec

DOCUMENTATION

Textes officiels

Jurisprudence

Boîte à outils

MON COMPTE

Recherche

Mon compte

Nos newsletters

