

La transparence des procédures

942. Le principe de transparence est, en notre matière au moins, celui selon lequel une activité doit être exercée ou un acte pris dans des conditions telles que les personnes intéressées puissent vérifier la légalité ou la moralité des différentes étapes qui ont conduit au résultat obtenu.

L'idée de transparence est une préoccupation récente de la doctrine juridique et de la pratique administrative. Bien que l'on puisse trouver des premières références doctrinales à ce principe dans les années 1980⁸, c'est surtout à partir des années 1990 que la doctrine et le législateur ont commencé à l'utiliser comme fondement⁹. Outre le thème de la transparence administrative qui s'est alors développé¹⁰, c'est en matière économique

⁸ Ce principe a d'abord été utilisé à propos de la transparence administrative (Cf. B. LASSERRE, N. LENOIR, B. STIRN, *La transparence administrative*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1987), dans le cadre des relations de sous-traitance définies par la loi du 31 décembre 1975 (Cf. B. LASSERRE, N. LENOIR, B. STIRN, *La transparence administrative*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1987 ; J. CARO, Pref. CH. BRÉCHON-MOULÈNES, *Transparence et sous-traitance dans les marchés publics*, 1984, Paris 10 ; P. SUBRA de BIEUSSES, « La transparence des contrats », in *La sous-traitance dans les marchés publics*, Université Paris X – Nanterre, 1983, pp. 53-72) et en matière de réglementation économique (Cf. la loi du 23 octobre 1984 *visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, abrogée en 1986).

⁹ On pense notamment aux lois n° 91-3 du 3 janvier 1991 *Relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence* et n° 93-122 du 22 janvier 1993 *Relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, dite « loi Sapin ». À la suite de ces lois, la doctrine a développé le thème de la transparence dans des articles les commentant : CH. BRÉCHON-MOULÈNES « Transparence et marché public », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial colloque sur la transparence, pp. 45-62 ; A. TERRAZONNI « Marchés publics et transparence », *Revue Française de finances publiques*, 1992, n° 40 pp. 88-99 ; M. FRANÇOIS « Le décret “transparence” », *Marchés publics*, avril 1993, 29-30, n° 273 ; M. GUIBAL « Chronique de législation. Marchés publics. Commentaire de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence », *AJDA*, 20 avril 1991, p. 296 à 300 ; PH. TERNEYRE « Marchés publics, “contrats de travaux” et transparence (commentaire de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence) » *Actualité législative Dalloz*, 11 et 25 avril 1991, cahier 7 page 41 et 8 page 49. ; M. GUIBAL « Chronique de législation. Marchés publics et délégations de service public. Commentaire de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique [Sapin] », *AJDA*, 20 mars 1993, 186-191, n° 3 ; G. DROUOT « La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques » *Actualité législative Dalloz*, 16 septembre 1993, n° 15, pp. 153-162.

¹⁰ P. DELVOLVÉ « La transparence administrative », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° spécial colloque sur la transparence, pp. 23-35 ; J. CHEVALLIER, *Sciences administratives*, Paris, PUF coll. *Thémis Science politique*, pp. 438 et 443-448 estime que la transparence s'est développée dans les années 1970 avec l'administré-partenaire et qu'elle a été dépassée dans les années 1980 par le thème de la qualité autour de l'administré-client et autour de celui de la démocratie administrative dans les années 1990 autour de l'administré-citoyen. La transparence continue à participer des deux dernières étapes comme le prouvent les lois sur la motivation des actes administratifs et sur l'accès aux documents administratifs qui ont été votées jusqu'à récemment. Nous n'avons trouvé aucune trace de texte ou doctrine traitant de transparence dans la commande publique avant les années 1980. Pour une analyse de l'administré-citoyen et de l'influence de la « transparence » au regard de la loi du 12 avril 2000, cf.

et dans le cadre des contrats que le thème de la transparence a eu le plus d'implications. On ne saurait alors s'étonner que le droit de la commande publique ait eu à y faire référence puisqu'il est à la fois un droit de la concurrence – la recherche d'un marché économique libéral nécessitant une part de transparence, on parle d'ailleurs de « pureté » du marché – mais aussi un droit contractuel et l'on sait que la matière contractuelle est par essence opaque pour les tiers au contrat, ne serait-ce parce qu'elle est éminemment subjective¹¹.

Ces considérations et la présence du principe de transparence à l'article premier du Code des marchés publics depuis le code de 2001 – repris à l'identique dans celui de 2004 – ont conduit d'éminents auteurs à le présenter comme l'un des fondements du droit de la commande publique¹². La place que nous lui accordons dans ces développements, celle d'un principe renforçant les procédures et non les fondant, peut paraître en désaccord avec cette approche. C'est qu'il nous semble que le droit interne comme le droit communautaire ont reconnu ce principe de manière ambiguë, comme un principe à la fois autonome et corollaire d'autres (A), ce qui lui donne une portée propre qui, sans être négligeable, reste relativement limitée¹³ (B).

A) La reconnaissance récente du principe

943. L'idée de transparence étant elle-même une création contemporaine, sa reconnaissance est, elle aussi, une évolution récente de nos droits fondamentaux. En droit interne, s'il bénéficie d'une valeur constitutionnelle, il n'a pas été reconnu de manière large. Il subit en effet une double limite : d'abord à la matière de la commande publique, ensuite à une application encadrée par les principes de liberté et d'égalité concurrence (1). En droit communautaire, sa reconnaissance, plus générale puisqu'applicable à l'ensemble de la matière économique au moins, est toutefois limitée en matière de commande publique

J. CHEVALLIER, « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? » *Dalloz* 2000 p. 575

¹¹ Cf. CH. BRÉCHON-MOULÈNES, « Transparence et marchés publics », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° spécial sur la transparence, pp. 45-62 qui estime, et l'on ne saurait la contester, que « la relation contractuelle est par nature réfractaire à la transparence » ; ce qui justifie que ce soit en cette matière que l'on ait le plus ressenti la volonté de développer la transparence. Le droit privé constate aussi ce « principe de secret » dans les contrats comme en témoigne J. MESTRE, « Transparence et droit des contrats », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° spécial sur la transparence, pp. 77-88.

¹² Cf. notamment P. DELVOLVÉ, « Les partenariats public-privé et les principes de la commande publique », *RDI*, nov. 2003 pp. 481-493, l'auteur préfère au terme de « principe de transparence » celui de « principe de publicité » ; F. LLORENS, « principe de transparence et contrats publics », *Contrats et marchés publics*, janvier 2004, pp. 4-12 « la transparence est à la base de la réglementation la plus ancienne en ce domaine (celle des marchés publics) sous la forme notamment d'une obligation de publicité minutieusement organisée ».

¹³ Notre approche n'est pas en contradiction avec celle des auteurs précités, elle ne fait que porter un regard circonspect sur les implications que l'on attribue souvent à ce principe. De nombreuses mesures de « transparence » nous paraissent être trop souvent rattachées au « principe » de transparence alors qu'elles ressortissent selon nous des autres principes. Ces auteurs démontrent d'ailleurs les difficultés qu'il y a à connaître les effets de ce principe de transparence et les nombreuses limites qui l'encadrent.

dans laquelle elle semble toujours liée aux effets des principes de libre circulation et d'égalité (2).

1) Principes internes de « transparence » et de « transparence des procédures »

944. Les principes de l'article 1^{er} du Code des marchés publics étaient partiellement présents dans le Code de 1964 depuis une modification de 1992. L'article 47 de ce Code ne visait pourtant pas la transparence, il ne visait que la liberté d'accès et l'égalité de traitement¹⁴. La référence à la « *transparence des procédures* » dans le deuxième paragraphe de l'article 1^{er} du Code des marchés publics est par conséquent une nouveauté du Code qui a peu à peu été élevée au niveau constitutionnel ; d'abord négativement par un refus de l'existence d'un « principe fondamental de transparence » (a), ensuite positivement par la reconnaissance d'un principe de valeur constitutionnelle plus réduit de « transparence des procédures » (b).

a) Le refus d'un principe fondamental de « transparence »

945. Le Conseil constitutionnel n'a jamais reconnu l'existence d'un principe fondamental de « transparence », il a même explicitement refusé de le consacrer dans sa décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994¹⁵. Les requérants soutenaient que ce principe, issu de l'article 14 de la Déclaration de 1789, interdisait à la loi déferée de revenir sur des mesures de publicité imposées auparavant par la loi Sapin pour la vente de terrains constructibles ou de droits à construire à des personnes privées par certaines personnes publiques ou parapubliques¹⁶. Mais le Conseil a considéré « *que la transparence des activités publiques ou exercées pour le compte des personnes publiques ne constitue pas en elle-même un principe général à valeur constitutionnelle* »¹⁷. La solution avait le mérite de la clarté ; elle doit pourtant être nuancée.

946. D'abord, dans le même considérant de la décision n° 93-335 DC, le Conseil laisse entrevoir la possibilité que l'article 14 de la Déclaration permette de sanctionner un défaut de « transparence » si la loi est privée « *des garanties légales qu'elle comporte* ». Ensuite et à trois reprises en 1984, 1986 et 1993, le Conseil constitutionnel a

¹⁴ Cf. *supra*, chapitre 1er

¹⁵ CC 21 janvier 1994, n° 93-335, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, dite « urbanisme et construction », rec. pp. 40-46 ; RJC pp. 576-579 ; Dalloz 1995, somm. p. 294 par P. GAÏA et E. OLIVA ; RFD 1995, n° 1 p. 7, note P. HOCREITÈRE ; RFDC, 18-1994, p. 363 note F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN ; J. MORAND-DEVILLER, « Le conseil constitutionnel et la "petite" loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme », RDI 1994, n° 16(2) pp. 163-168, spé. p. 167

¹⁶ L'article 51 de la loi Sapin abrogé par la loi déferée du 9 février 1994 visait les collectivités locales, leurs groupements, leurs établissements publics, leurs concessionnaires et leurs sociétés d'économie mixte locales.

¹⁷ Il s'agit du 27^e considérant de la décision.

semble-t-il accepté de voir dans la transparence un « objectif » dont on peut penser qu'il s'agit en réalité d'un « objectif de valeur constitutionnelle »¹⁸. On remarquera l'importance que prend la décision 93-335 DC pour la commande publique dans la mesure où elle porte sur des mesures de publicité, même s'il est vrai qu'elle concerne une publicité lors d'une vente et non d'un achat par la personne publique.

b) La reconnaissance d'un principe de « transparence des procédures »

947. La clarification est venue de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003¹⁹ : n'est pas consacré le principe constitutionnel de « transparence », mais bien celui, plus limité et issu du texte de l'article 1^{er} du Code de « *transparence des procédures* ». La nuance est d'importance puisqu'elle contient une double limite par rapport au principe de transparence.

948. D'une part, elle laisse entendre que ce n'est que dans le cadre des procédures qu'il doit y avoir respect du principe constitutionnel de transparence. Ainsi, le Conseil reconnaît-t-il effectivement la transparence comme un principe qui ne fonde pas les procédures, qui n'impose pas leur existence, mais qui les complète. Le texte de l'article 1^{er} du Code est donc trompeur en présentant les trois principes dans la même phrase, il y a bien une distinction à faire entre les deux premiers – liberté d'accès à la commande publique et égalité des candidats – qui fondent l'existence des procédures et le troisième – la transparence – qui vient les renforcer. On remarquera d'ailleurs que les principes fondant les procédures de passation avaient été reconnus avant même cette décision 473 DC dans les décisions 460 DC et 461 DC²⁰, ce qui n'est pas le cas de la transparence.

949. D'autre part, le principe de transparence est aussi limité à la matière de la commande publique. Il n'y a donc pas de revirement de jurisprudence par rapport à la décision 335 DC, le principe « général »²¹ de transparence n'est toujours pas reconnu comme « fondamental », mais l'article 14 de la Déclaration de 1789 qui fonde, avec son

¹⁸ Il s'agit des décisions n° 84-181 des 10 et 11 octobre 1984 *Loi relative aux entreprises de presse*, 16^e considérant, rec. p. 78, RJC p. 199 ; *AJDA* 1984, p. 684, note J.-J. BIENVENU ; *RDP* 1986, p. 395, note L. FAVOREU, dans laquelle il traite de « l'objectif de transparence financière ». Ensuite dans la décision n° 86-210 du 29 juillet 1986 *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, considérant 18^e, rec. p. 110, RJC p. 270, *AJDA* 1986, pp. 537-540, note G. PEPY ; *RDP* 1989, p. 490, note L. FAVOREU, et surtout décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* (loi Sapin), considérant 30, rec. pp. 14-26, spé. p. 20, RJC, p. 516 : « que des dispositions restrictives ont été prises par le législateur [...] en vue d'atteindre l'objectif de transparence économique que celui-ci poursuit ». Il est intéressant de noter que cet objectif de transparence est présenté comme s'opposant à la liberté d'entreprendre puisque le Conseil poursuit : « qu'en dépit des contraintes qu'elles comportent, elles ne restreignent pas la liberté d'entreprendre des agents économiques concernés qu'il s'agit de dénaturer la portée ». Cf. D. POUYAUD, « Concurrence, transparence et libre administration », *RFDA* 1993, pp. 902-920.

¹⁹ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, 10^e considérant, précitée note 1

²⁰ Sur ce point, cf. *supra* 2^e partie, Titre 2^e, Chapitre 1^{er}

²¹ C'est le terme de la décision 335 DC

article 6, les principes de l'article 1^{er} du Code des marchés publics obligent à une « *transparence des procédures* »²².

À bien y regarder, le simple fait que le Conseil constitutionnel modifie la référence textuelle en passant du Code des marchés publics à la Déclaration de 1789 constitue en lui-même une extension. La conséquence de cette modification est en effet que le principe de transparence n'est plus seulement un principe du droit des marchés publics – au sens du code – mais un principe « de la commande publique », c'est-à-dire applicable bien plus largement et seulement « rappelé » par le Code. Les délégations de service public sont donc elles aussi officiellement soumises à ce principe constitutionnel de transparence comme le laissait entendre le titre de la loi Sapin qui crée cette catégorie contractuelle²³.

950. En ce sens, on peut s'étonner de la formulation d'un des principes de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les « contrats de partenariat » : le principe « *d'objectivité des procédures* »²⁴. Celui-ci n'apparaît pas comme bien différent de celui de « transparence », mais ce n'est pas ce dernier terme qui a été choisi bien qu'il ait valeur constitutionnelle. Si l'on analyse le terme *d'objectivité*, on trouve deux sens qui montrent la proximité entre ce terme et celui de transparence : dans un premier sens, l'objectivité signifie « représentation fidèle »²⁵, la transparence contenant aussi cette dimension d'une vision non biaisée de la réalité. Dans un second sens, l'objectivité est synonyme « d'impartialité »²⁶, la transparence, on le verra, a elle aussi pour but de montrer que le choix a été fait sans que des éléments autres que ceux justifiés par l'égalité aient été respectés, c'est-à-dire plus largement sans concussion. Si l'on veut justifier la différence, on notera toutefois que la Cour de justice estime dans son arrêt *SLAC Construction* du 18 octobre 2001²⁷ que « *l'égalité de traitement [...] suppose que la transparence et l'objectivité de la procédure aient été respectées* » ; ce qui peut laisser entendre que les juges communautaires font une différence entre *transparence* et *objectivité* de la procédure. Il reste qu'ils ne précisent à aucun moment ni l'objet ni la portée de cette éventuelle différence.

²² Le professeur D. POUYAUD avait déjà émis l'idée de fonder la transparence sur l'article 14 de la Déclaration de 1789 dans son commentaire de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi Sapin, « Concurrence, transparence et libre administration », *RFDA* 1993, pp. 902-920, spé. p. 905.

²³ loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 *Relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, dite « loi Sapin ».

²⁴ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. n° 141 du 19 juin 2004 page 10994, article 3, 1^{er} alinéa. : « *La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures.* »

²⁵ On trouve cette définition dans le 2^e sens du *Petit Robert*, 1^{er} Tome langue française, Paris, Dictionnaire Le Robert ed. ; mais aussi indirectement dans le 2^e sens du *Littre*, en rapport avec la philosophie moderne et « *ce qui existe en dehors de la pensée* ».

²⁶ Ibidem, 3^e sens du *Robert* et 1^{er} et 3^e sens du *Littre*

²⁷ CJCE 18 octobre 2001, *SLAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo*, aff. C-19/00, point 45, rec. 2001 p. I-7725 ; *Contrats et marchés publics* 2001, comm. 229, note F. LLORENS ; *Collectivités-intercommunalité* 2002, comm. 41, note T. CÉLÉRIER ; *BJCP* n° 20, janvier 2002 p. 71, obs. R. SCHWARTZ

L'analyse des décisions du Conseil constitutionnel montre donc qu'il n'y a pas de principe de transparence imposant des procédures de passation mais bien, dans le cadre des procédures de la commande publique, un *principe de transparence des procédures* qui s'applique.

c) Un juge administratif encore indécis

951. Le juge administratif s'était pour sa part déjà prononcé sur le principe de transparence avant la décision du Conseil constitutionnel. Il l'a fait une première fois dans un avis contentieux du 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisserie de Pantin*, à propos de la qualification de « contrat administratif » des « marchés publics » au sens du Code des marchés publics depuis la loi MURCEF de 2001, même lorsqu'il s'agit de contrats qui ont été reconnus comme étant des marchés publics en application du Code de 1964²⁸. Il cite les principes issus de l'article 1^{er} du Code des marchés publics de 2001 en estimant qu'ils sont applicables en dessous des seuils, ce que l'on a pu interpréter comme donnant à ces principes une valeur de Principes généraux du droit²⁹. Un auteur³⁰ trouve aussi implicitement le principe de transparence dans l'avis rendu par le Conseil d'État le 16 mai 2002 à propos de contrats d'exploitation des aires d'autoroutes³¹. Cet avis a en effet précisé, en faisant référence à l'arrêt *Telaustria* et au droit communautaire³² que les pouvoirs adjudicateurs devaient mettre en œuvre un « *degré de publicité adéquat* ». Le Conseil d'État soumet donc pour l'heure sa jurisprudence à la double source interne – cela avec d'autant plus de facilité que les principes³³ du Code sont devenus entre-temps constitutionnels – et communautaire. Cette seconde source demande pourtant quelques précisions.

²⁸ CE, Avis, 29 juillet 2002, *Sté MAJ Blanchisseries de Pantin*, *BJCP* 2002, p. 427, concl. D. PIVETEAU, obs. CH. MAUGÜÉ ; *AJDA* 2002, p. 755, note J.-D. DREYFUS ; *ACCP* n° 15/2002, p. 42, note A. DOMANICO et M. ECHEGUT ; *Contrats et marchés publics*, 2002, comm. 207, note F. LLORENS

²⁹ F. LLORENS, « principe de transparence et contrats publics », *Contrats et marchés publics*, janvier 2004, chron. pp. 4-12, spé. p. 4, note 3.

³⁰ CH. MAUGÜÉ in « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz ed., 2004, pp. 609-624, spé. p. 620

³¹ CE, Avis, 16 mai 2002, *sur les contrats d'exploitation et des installations commerciales sur les aires de services situées sur le réseau autoroutier*, req. 366.305, *EDCE* 2003, p. 201 ; *BJCP* n° 28, 2003, p. 235.

³² Cf. *infra*

³³ On remarquera toutefois que les arrêts du Conseil d'État utilisant le terme de « transparence » ne parlent jamais d'un « principe » de transparence ou de transparence des procédures. Cf. les deux arrêts du Conseil d'État du 28 avril 2003, *Fédération Française des entreprises gestionnaires de services aux équipements, à l'énergie et à l'environnement et autres*, req. 233402, 10^e considérant, *DA* 2003, comm. 147, note A. MÉNÉMÉNIS, *BJCP* 2003, p. 286, concl. D. PIVETEAU & *Fédération française du Bâtiment, Association Qualibat*, req. 241896, mentionné aux Tables du Lebon, antépénultième considérant, *Contrats et marchés publics* 2003, comm. 120, note PH. DELÉLIS

2) Un principe communautaire corollaire de l'égalité de traitement et de la non-discrimination

952. Le droit communautaire connaît lui aussi le principe de transparence et l'applique en droit de la commande publique³⁴. Le caractère autonome de ce principe est pourtant encore moins fort qu'en droit interne : les arrêts y font certes référence mais ils l'associent toujours à d'autres principes de la commande publique, faisant apparaître la transparence comme un principe corollaire ou secondaire des principes que nous avons considérés comme « fondateurs » de la commande publique³⁵. Dès le premier arrêt citant expressément la transparence, *Commission c/Royaume de Belgique* du 25 avril 1996, la Cour de justice associe celui-ci au « principe [...] d'égalité de traitement des soumissionnaires »³⁶. L'arrêt *Unitron Scandinavia* du 18 novembre 1999 pose un lien de dépendance plus net encore puisqu'il estime que le « principe de non-discrimination en raison de la nationalité [...] implique, notamment, une obligation de transparence »³⁷, formule que la Cour a répétée à l'identique dans ses arrêts *Telaustria* du 7 décembre 2000³⁸, *HI* du 18 juin 2002³⁹ et *Universale Bau* du 12 décembre 2002⁴⁰. Cette position a été par ailleurs renouvelée en d'autres termes par

³⁴ La transparence a malgré tout dans ce droit un statut général bien plus important en dehors des marchés publics comme le prouve l'ouvrage écrit sous la direction de J. RIDEAU à la suite d'un colloque du CEDECE : J. RIDEAU *et alii*, *La transparence dans l'Union européenne, Mythe ou principe juridique ?*, Paris, LGDJ, 1999, Colloque du CEDECE à Nice en avril 1998, 276 pp.

³⁵ CH. MAUGÜÉ in « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz ed., 2004, pp. 609-624, spé. p. 619 estime que : « La Cour de justice fait donc directement découler l'obligation de transparence du principe de non-discrimination ». On verra que si cette position est parfaitement exacte, elle reste à nuancer du fait des textes communautaires.

³⁶ CJCE 25 avril 1996, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, dit « affaire des Bus Wallons », Aff. C-87/94, point 54, rec. 1996 p. I-2043, spé. p. 2045, concl. O. LENZ ; RDI 1996, p. 368, obs. F. LLORENS et PH. TERNEYRE : « La procédures de comparaison des offres devait donc respecter, à tous ses stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence [afin de garantir l'égalité des chances] »

³⁷ CJCE 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia A/S et 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab c/ Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*, Aff. C-275/98, point 31, rec. 1999 p. I-8291 ; BJCP 1999, p. 63 : « [...] le principe de non-discrimination en raison de la nationalité ne saurait être interprété restrictivement. Il implique, notamment, une obligation de transparence afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de son respect. » On notera que ce n'est pas d'un « principe » de transparence mais d'une « obligation » qu'il est alors question.

³⁸ CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria Verlag GmbH et Telephonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, en présence de Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, rec. 2000 p. I-10745 ; BJCP 2001, p. 132, concl. N. FENNELLY ; AJDA 2001, p. 106, note L. RICHER ; DA 2001, comm. n° 85, note M.-Y. BENJAMIN ; Europe 2001, comm. n° 61, note F. KAUFF-GAZIN ; LPA, 30 avril 2001, n° 85, p. 13, note B. CANTIER et A. TROIZIER ; Contrats et marchés publics, 2001, comm. n° 50 note F. LLORENS. Après une référence à l'arrêt *Unitron Scandinavia*, le point 61 de l'arrêt *Telaustria* en reprend les termes

³⁹ CJCE 18 juin 2002, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) c/ Stadt Wien*, aff. C-92/00, point 45, rec. 2002 I-5553 ; ACCP n° 15/2002 p. 40, comm. L. RICHER ; BJCP 2002, p. 495 ; Contrats et marchés publics, 2002, comm. 196, note F. LLORENS ; Europe 2002, comm. 287, note M. PIETRI ; Collectivités-intercommunalités 2002, comm. 209, note T. CÉLÉRIER

⁴⁰ CJCE 12 décembre 2002, *Universale Bau AG, Bietergemeinschaft : 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H Salzburg, 2) Öststettin Hoch- und -Tiefbau GmbH c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* ; aff. C-470/99 ; points 91 et 92, rec 2002, p. I-11617 ; BJCP 2002, p. 196, concl. S. ALBER et obs. PH. TERNEYRE ; DA 2003, comm. 34, note A. MÉNÉMÉNIS ; ACCP n° 20/2003, p. 63, comm. E. FATÔME et L. RICHER ;

deux arrêts : d'abord par l'arrêt *SLAC Construction Ltd* du 18 octobre 2001⁴¹ et enfin par l'arrêt *Traunfellner* du 16 octobre 2003, dans lequel le juge communautaire a estimé qu'« *Il s'agit en fait d'une obligation de transparence visant à garantir le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires auquel doit obéir toute procédure de passation de marché régie par la directive.* »⁴². On retrouve le lien avec l'égalité de traitement, mais aussi l'idée que le principe de transparence est essentiellement applicable aux *procédures de passation*, comme en droit français⁴³.

953. C'est à l'aune de ces précisions jurisprudentielles qu'il faut, comme en droit interne, analyser le texte des directives⁴⁴. Ces dernières ne font aucune différence – pour ne pas dire hiérarchie – entre les trois principes qu'elles édictent⁴⁵. On est donc, en droit interne comme communautaire face à une tension dans la détermination des rapports entre le principe de transparence et les autres principes de la commande publique. D'un côté, on trouve un principe de *transparence des procédures* que les textes en droit communautaire – ou le Conseil constitutionnel, à la suite du Code des marchés publics en droit interne – présentent à égalité avec les autres principes de la commande publique. D'un autre côté, on est face à un certain nombre de jurisprudences qui montrent que ce principe n'est, comme son nom l'indique par ailleurs (la transparence des procédures

AJDA 2003, p. 623, note T. GLIOZZO ; *Contrats et marchés publics* 2003, comm. 49 et 51, note G. ECKERT ; *Europe* 2003, comm. 59 et 60, note D. RITLÉNG.

⁴¹ CJCE 18 octobre 2001, *SLAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo*, aff. C-19/00, point 45, précité qui précise : « *à condition que l'égalité de traitement des soumissionnaires ait été respectée, ce qui suppose que la transparence et l'objectivité des procédures ait été respectée.* ».

⁴² CJCE 16 octobre 2003, *Traunfellner GmbH c/ Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierung AG (Asfinag)*, aff. C-421/01, point 29

⁴³ Remarquons également le fait que seul le premier arrêt *Commission c/ Royaume de Belgique* utilise le terme de « *principe* » alors que les arrêts postérieurs emploient le terme « *d'obligation* » de transparence. Cela voudrait-il dire que la Cour de justice est revenu sur le caractère de « *principe juridique* » de la transparence ? Ou est-ce seulement l'effet d'une filiation plus nettement affirmée entre les dernières jurisprudences et la volonté de suivre les « *précédents* » en se rapprochant formellement de la tradition anglo-saxonne ?

⁴⁴ Directive 2004/18, art. 2 et directive 2004/17, art. 10 : « *Principes de passation des marchés : Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.* ». On notera de plus que les chapitres 6 des directives 2004/18 et 2004/17 s'intitulent « *règle de publicité et de transparence* ».

⁴⁵ Le principe de transparence n'est pas inscrit dans le Traité. On peut pourtant penser qu'il y est implicitement (dans le principe de non-discrimination) à la suite de ce que précise l'avocat général N. FENNELLY dans le point 42 de ses conclusions sous l'arrêt *Telaustria* précité (au *BJCP* 2001 p. 132 et s.). Il écrit que « *la Commission affirme cependant que les entités octroyant les concessions de service public doivent également respecter une obligation plus générale, qu'elle déduit apparemment des objectifs qui sous-tendent les articles 30, 52 et 59 du Traité CE [devenus 43, 49 et 28 CE], laquelle consiste à assurer la transparence des procédures d'adjudication* » et il ajoute « *nous pensons comme la commission [faut-il comprendre sur le même fondement textuel ?] qu'il convient d'éviter à tout prix que l'octroi des concessions soit entouré de secret et d'opacité* ». L'arrêt ne se réfère pas lui-même au traité mais estime à son point 60 que « *les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non discrimination en raison de la nationalité en particulier* ». On sait depuis l'ordonnance de la CJCE du 3 décembre 2001, *Bent Mønstén Vestergaard c/ Spøttrup Boligselskab*, aff. C-59/00, rec. 2001 p. I-9505 ; *BJCP* n° 24/2002, pp. 345-348, obs. R. SCHWARTZ, que l'application des *règles fondamentales du Traité*, même non exprimées comme la transparence, doit s'étendre non seulement aux concessions mais aussi aux marchés d'un montant inférieur aux seuils communautaires de passation.

présuppose qu'il existe des procédures) applicable que dans les limites posées par les autres principes qui exigent ces procédures de mise en concurrence⁴⁶. Cette tension est d'ailleurs palpable dans plusieurs arrêts de la Cour de justice, de celui à propos des *Bus Wallons* appliquant le terme de « transparence » aux marchés publics, à des arrêts plus récents⁴⁷. On le retrouve enfin dans la *Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaires* du 12 avril 2000⁴⁸.

La transparence ne fonde pas l'existence des procédures, elle en précise l'application et impose des contraintes supplémentaires ; elle est marquée par de nombreuses limites qu'il convient d'analyser.

B) La portée du principe pour le droit de la commande publique

954. Le principe de *transparence des procédures*, tel qu'il a été reconnu par le Conseil constitutionnel a, comme c'est aussi le cas du principe de transparence communautaire, deux catégories de conséquences en droit de la commande publique. Il

⁴⁶ La différence que l'on trouve entre notre position faisant de la transparence un principe secondaire et celle des professeurs P. DELVOLVÉ et F. LLORENS (articles précités note 12) en faisant l'un des principes fondateurs porte en réalité sur ce qui fait qu'un principe est fondateur ou non. Là où ces auteurs insistent sur la manière dont le principe est présenté par l'autorité qui lui donne cette force juridique de principe (la transparence est effectivement présentée à égalité avec les deux autres principes par le Conseil constitutionnel et par les directives), nous insistons sur son absence objective d'autonomie par rapport aux autres, absence d'autonomie que l'on trouve selon nous avant tout dans le simple fait que c'est la transparence des procédures qui est exigée, ce qui suppose que les procédures elles-mêmes sont fondées sur d'autres principes. Le professeur F. LLORENS est d'ailleurs nuancé sur la place exacte du principe de transparence puisqu'il évoque une incertitude en ce demandant si la transparence « ne constitue [pas] un prolongement d'autres principes et notamment de celui de non discrimination ou d'égalité de traitement, voire même [une] simple formule particulière destinée à désigner certaines de leurs implications »

⁴⁷ CJCE du 25 avril 1996, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique*, aff. C-87/94, dit « affaire des Bus Wallons », point 54, rec. 1996, p. I-2043 ; repris à l'identique dans CJCE 4 décembre 2003, *EVN AG et Wienstrom GmbH c/ Republik Österreich*, aff. C-448/01, rec. 2003, point 56 : « la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter [...] tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de transparence ». La Cour semble bien distinguer les deux principes, mais elle ajoute ensuite : « afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres » ce qui laisse entendre que les deux principes ont pour objectif l'égalité. Le droit interne ne s'est pas autant étendu sur ce point et laisse apparaître une plus grande autonomie de la notion si l'on veut bien accepter d'interpréter la décision 473 DC en distinguant entre « l'égalité de traitement des candidats » qui serait plutôt tirée de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et la « transparence des procédures » qui serait plutôt issu de l'article 14 de cette même Déclaration.

⁴⁸ *Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaires* du 12 avril 2000, point 3.1.2. « La transparence. La Commission rappelle que dans sa jurisprudence la Cour a souligné le lien entre le principe de transparence et le principe d'égalité de traitement, dont il vise à assurer l'effet utile en garantissant des conditions de concurrence non faussées ». La Commission vise par ailleurs l'arrêt « Bus Wallons ». Notons que la directive 77/62 du 21 décembre 1976, c'est-à-dire la première directive sur les marchés publics de fournitures, avait une position proche de cette communication puisqu'elle estimait que la transparence (elle est par ailleurs le premier texte sur les marchés publics à y faire référence) avait pour objectif de permettre « de mieux veiller au respect de cette interdiction : la restriction à la libre circulation des marchandises ». Voir sur ce point A. MATTERA « La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique : un instrument de transparence et de libéralisme », *RDUE*, 2000, p. 253

complète en premier lieu les exigences posées par les principes « fondateurs » des procédures de passation que sont la liberté et l'égalité concurrence (1). Il impose en second lieu une exigence morale (2). Ses limites, à la fois restreintes par le nécessaire secret des activités économiques et étendues par l'application de la transparence au bénéfice des commanditaires impliquent, elles aussi, quelques précisions (3).

1) La transparence complétant les procédures de mise en concurrence

955. S'il ne les fonde pas, le principe de transparence complète les procédures de mise en concurrence. On peut distinguer deux cas dans lesquels le recours à ce principe a des implications différentes : le premier est celui où il ajoute des conditions à des procédures de mise en concurrence poussées comme celles qui peuvent exister dans le cadre des marchés publics soumis à adjudication ou dans celui des délégations de service public (a). Le second est celui où le principe de transparence va ajouter des procédures qui ne sont pas à proprement parler de la mise en concurrence, procédures qui vont s'appliquer aussi bien aux marchés soumis à forte procédure qu'aux marchés qui ne requièrent qu'une mise en concurrence minimale⁴⁹ (b). Cette distinction montre bien la dépendance du principe de transparence par rapport aux deux principes fondateurs : l'effet du « principe de transparence des procédures » dépend de la prégnance des procédures elles-mêmes ; c'est-à-dire des conséquences des principes qui fondent l'existence de procédures.

a) Les obligations supplémentaires de transparence dans les procédures

956. Lorsque des procédures de mise en concurrence lourdes existent, le principe de transparence implique des conséquences non négligeables mais dont il faut préciser la portée. L'arrêt *Telaustria* est parfois présenté comme la clef permettant la compréhension du rôle de la transparence en précisant que cette « obligation de transparence [...] consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat »⁵⁰. Ce serait donc « l'adéquation » de la publicité qui serait la conséquence du principe de transparence. Si cela va dans notre sens en considérant que la transparence est un principe qui précise les procédures mais qui ne les fonde pas, l'arrêt n'épuise pas les difficultés, ne serait-ce que parce que concrètement, la nuance est difficile à faire entre les effets des principes fondateurs et ceux de la transparence. Notamment, on ne peut que remarquer que le caractère « adéquat » de la publicité renvoie au caractère « pertinent » du marché créé par les mesures de mise en concurrence.

C'est vraisemblablement dans cette nuance qu'on touche la concrétisation de la difficulté théorique que l'on a constatée dans la reconnaissance d'un principe de

⁴⁹ Notamment ceux soumis à une simple publicité

⁵⁰ Il continue en précisant : « [...] permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »

transparence des procédures : ce principe a une double nature. Il est en effet à la fois « autonome » en ce qu'il impose par lui-même des obligations à ceux qui y sont soumis, mais il est en même temps un simple « corollaire » des principes d'égalité et de libre concurrence, c'est-à-dire plus simplement le nom que l'on donne pour caractériser certains effets de ces principes. L'« adéquation » des mesures, qui permet en réalité de créer un marché pertinent, est donc bien plus l'effet des principes d'égalité et de libre concurrence que celui de transparence – ou l'effet du principe de transparence en tant qu'il n'est qu'une composante des deux autres (α). Les effets du principe de transparence sans qu'ils soient dans le même temps les effets des autres principes de la commande publique sont plus délicats à trouver : ils ont la plupart du temps pour objectif de rendre les procédures plus transparentes sans faire que le « marché » soit lui-même plus transparent (β).

α) La transparence, effet des principes d'égalité et de libre concurrence

957. On rattache souvent à la transparence des conséquences qui sont propres aux principes d'égalité ou de libre concurrence⁵¹. L'utilisation du terme « adéquat » par l'arrêt *Telaustria* y pousse d'ailleurs, ainsi que les conclusions de son Avocat général N. FENNELLY⁵². L'analyse de cet arrêt peut d'ailleurs conduire à se poser la question de la portée du principe de transparence en droit communautaire, et notamment s'il est reconnu en tant que principe indépendant. On l'a vu, tant les directives que la jurisprudence reconnaissent la transparence. Il est pourtant difficile de déterminer les conséquences de ce principe pour le droit communautaire, notamment ses apports par rapport aux principes d'égalité et de libre concurrence. D'une part, en effet, la nécessité de l'adéquation des mesures de publicité avait été posée par l'arrêt *Beentjes*⁵³ et cela sur le seul fondement de l'effectivité de la concurrence, sans aucune référence à la transparence. D'autre part, le fait que la Cour de justice emploie toujours la transparence associée avec l'égalité concurrence et jamais de manière isolée montre que ce principe n'est envisagé *que* comme une forme particulière de l'égalité concurrence. On pourrait en conclure que le droit communautaire ne reconnaît aucun effet propre, aucune autonomie au principe de transparence. Cette approche reviendrait alors presque à une interprétation *contra legem* des directives qui posent ce principe *a priori* à égalité avec les deux autres⁵⁴.

⁵¹ Sur les liens entre la concurrence et l'idée d'une transparence du marché cf. N. RENAUDIN, « Transparence et concurrence (colloque sur la transparence) », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial, pp. 77-88

⁵² L'avocat général Nial FENNELLY semble rattacher la transparence au principe de « non-discrimination » dont nous avons vu les liens qu'il avait avec le principe d'égalité (point 43 de ses conclusions)

⁵³ CJCE 20 septembre 1988, affaire 31/87, *Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas*, pt. 21 « En vue de satisfaire à l'objectif de la directive d'assurer le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics, les critères et conditions qui régissent chaque marché doivent faire l'objet d'une publicité adéquate de la part des pouvoirs adjudicateurs ». rec. p. 4635

⁵⁴ En droit français on remarque une reconnaissance plus grande de l'autonomie du principe, notamment dans le fait qu'il soit fondé sur l'article 14 de la Déclaration de 1789. Pourtant, on peut

Il semble pourtant, en étant sur ce point plus en accord avec le droit français, qu'il faille distinguer, au sein des procédures de mise en concurrence, entre celles qui se rattachent directement aux principes d'égalité et de libre concurrence et celles qui ont pour objectif la transparence.

958. Un certain nombre des procédures que les auteurs rattachent à la transparence ne participe ainsi que très indirectement de ce principe. On pense par exemple au recours aux normes homologuées qui ont pour objectif l'égle concurrence bien avant de répondre à un souci de transparence⁵⁵. On pense aussi au caractère préalable de la fixation des critères de choix et à l'interdiction de leur modification qui sont des garanties de l'égalité dans la concurrence et non des mesures visant à un minimum de transparence⁵⁶. De la même manière, rattacher à la transparence le choix d'un marché par lot plutôt qu'unitaire procède d'une vision de la transparence qui ne paraît pas correspondre à ce que doit recouvrir ce principe⁵⁷. La Cour de justice précise parfois qu'elle ne prend alors le terme de « transparence » que comme l'un des effets du principe d'égalité. C'est le cas dans l'arrêt *Traunfellner*⁵⁸ dans lequel elle dit expressément que la transparence ne vise « *qu'à garantir le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires* ». Le point 29 de cet arrêt porte sur la légalité d'un marché qui accepte les variantes sans le signaler dans l'appel d'offres et sans donner les « *conditions minimales que doivent respecter leurs variantes* ». La Cour estime, avec raison nous semble-t-il, qu'il s'agit là d'une atteinte à l'égalité de traitement d'où découlent des obligations de renseignements et

aussi voir dans le lien que la même décision 473 DC fait entre ce principe et l'article 6 de la Déclaration reconnaissant l'Égalité cette « double nature » – principe autonome mais aussi corollaire – du principe de transparence des procédures.

⁵⁵ L'utilisation de normes homologuées ou d'autres normes applicables en France en vertu d'accords internationaux dans les conditions prévues par le décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation est prévu à l'article 6 du Code des marchés publics. On remarquera que l'article 17 de l'*Accord sur les marchés publics* pris dans le cadre de l'OMC (GPA *General procurement agreement*, ou AMP, accord sur les marchés publics) et qui s'intitule précisément « Transparence » impose dans son a) le respect des « spécifications techniques ».

⁵⁶ Outre les nombreux arrêts interne et communautaires précités dans le premier chapitre de ce Titre, on trouve ces obligations dans l'article 17 c) de l'*Accord sur les marchés publics* de l'OMC précité. L'AMP a par conséquent une approche comparable à celle du droit communautaire puisqu'il aurait pu rattacher cette définition des besoins à la non-discrimination dont il traite dans son article III et qu'il ne le fait pas. On retrouve dans le cadre de l'OMC cette ambiguïté entre la reconnaissance d'un principe autonome et la volonté de l'appliquer aux conséquences des autres principes.

⁵⁷ C'est pourtant sur le fondement du principe de transparence que le Conseil d'État justifie que le Code des marchés publics impose l'allotissement de certains marchés par son article 10. Cf. CE 28 avril 2003, *Fédération française des entreprises gestionnaires de services aux équipements à l'énergie et à l'environnement et autres*, req. 233402, inédite au Lebon. : « *Considérant qu'en imposant pour les marchés mentionnés au dernier alinéa de l'article 10 le recours à l'allotissement, afin de mieux garantir la transparence et la mise en concurrence lors de la passation et de leur exécution [... le Code des marchés publics] n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation* ».

⁵⁸ CJCE 16 octobre 2003, *Traunfellner GmbH c/ Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierung AG (Asfinag)*, aff. C-421/01.

une publicité « adéquate », sans pour autant que l'on voie dans ces obligations l'effet d'un principe de transparence autonome⁵⁹.

Il ne faut pas confondre la transparence, effet du principe d'égalité et les effets du principe de transparence, or c'est ce que fait le juge communautaire et, à sa suite, le juge administratif.

959. En effet, à prendre trop largement le principe de transparence, on lui retire partiellement son caractère de principe autonome, il n'est plus, pour partie, que le nom que l'on donne à certains des effets de l'égalité ou de la libre concurrence. Si le professeur BRÉCHON-MOULÈNES voyait dans la transparence le moyen de « *créer un milieu concurrentiel* » il y a une dizaine d'années⁶⁰, il n'est pas certain qu'avec l'évolution qu'a subie ce principe et la reconnaissance des autres principes de la commande publique cet auteur dirait aujourd'hui la même chose du principe de « transparence des procédures ». Cela n'exclut pourtant pas que ce principe ait des effets sur les procédures elles-mêmes, mais ces effets ne se confondent pas avec ceux de l'égalité et de la libre concurrence, ils restent limités.

La transparence des procédures n'est pourtant pas seulement un principe découlant de l'égalité de concurrence, il a aussi une dimension autonome qui a, par elle-même des effets de renforcement des procédures de passation.

β) La transparence effet du principe de transparence des procédures

960. Le terme *adéquat* de l'arrêt *Telaustria* mérite des explications. L'adéquation d'une chose se fait normalement par rapport à une autre. En l'occurrence, en application du principe de transparence, c'est la publicité qui doit être adéquate, ce que l'on peut raisonnablement interpréter comme une obligation d'adéquation avec deux choses : soit le marché, soit les droits des tiers ou participants à être informés afin d'exercer un contrôle sur le contrat. On vient de voir que l'adéquation des mesures de transparence avec une « bonne » ouverture du marché se confondait la plupart du temps avec les effets recherchés par le principe d'égalité de concurrence. Il s'agit en d'autres termes de la recherche d'un marché pertinent. En revanche, le rôle du principe de transparence pour renforcer les procédures de passation existantes afin d'informer et de développer les contrôles sur le contrat justifie certaines contraintes.

L'adaptation dans ce cas consiste à préciser les conditions des mesures de publicité ou le contenu de celles-ci dans le seul but de développer la transparence. L'objectif de la transparence est alors double : il conduit soit au développement des

⁵⁹ Point 29 de l'arrêt : « *Il s'agit en fait d'une obligation de transparence visant à garantir le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires auquel doit obéir toute procédure de passation de marché régie par la directive* ».

⁶⁰ CH. BRÉCHON-MOULÈNES, « Transparence et marchés publics », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial colloque sur la transparence, pp. 45-62, spé. p. 53 : « *c'est en arriver à la véritable fonction de la transparence : une fonction d'accessibilité au marché et non seulement au marché public mais au marché au sens économique. La transparence vise à créer un milieu concurrentiel.* »

contrôles *a priori* ou *a posteriori* des contrats par les tiers ou les parties ; soit à des précisions sur le contenu ou la portée de la mise en concurrence.

961. Il est possible de donner plusieurs exemples non exhaustifs du développement des contrôles. Le premier porte sur l'obligation pesant sur les commanditaires lorsqu'ils entendent déclarer un appel d'offres infructueux. L'article 55 du code de 2004⁶¹ impose en effet des obligations qui ne sont guidées que par un souci de transparence : la décision déclarant l'appel d'offres infructueux doit être « *motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'elle juge opportunes et vérifié les justifications fournies* ». Des dispositions parfaitement comparables sont aussi imposées par les directives communautaires⁶². Le second exemple qui est aussi un renforcement des contrôles que l'on peut rattacher directement au principe de transparence réside dans l'obligation de publier un avis d'attribution lorsque le commanditaire a définitivement fait son choix. Cet avis, imposé aussi bien par le droit interne⁶³ que par le droit communautaire⁶⁴ est une mesure de pure transparence visant à ouvrir le recours des candidats évincés ou d'entreprises s'estimant lésées par une publicité inadaptée contre la procédure. Un troisième exemple peut plus simplement encore être trouvé dans la transmission au représentant de l'État des « *pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle* » imposée par l'article 78 du Code des marchés publics, ainsi que dans la notification du résultat au titulaire du marché imposé par le même article du Code des marchés publics. On est alors en présence de procédures de transparence qui visent à ouvrir les contrôles, donc à rendre le marché plus transparent sans que l'égalité ou la libre concurrence en soient directement améliorées⁶⁵.

962. L'amélioration de la transparence des procédures a aussi pour objet de préciser le contenu et la portée des obligations de mise en concurrence. C'est peut-être ces conséquences qui correspondent le mieux à l'objectif « d'adéquation » des procédures, c'est-à-dire d'adaptation des procédures afin qu'elles remplissent un rôle de développement de la transparence⁶⁶. Si la notification du résultat au titulaire du marché est

⁶¹ Repris pour l'essentiel du Code des marchés publics de 2001 sauf un ajout pour « *les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux* »

⁶² Il s'agit de l'article 55 (le même numéro d'article que pour le Code) 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*, JOUE L134 du 30 avril 2004 ; et de l'article 57 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 *portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*, JOUE L. 134 du 30 avril 2004. Ces articles imposent la demande de renseignements obligatoires avant de déclarer l'offre infructueuse.

⁶³ Cette obligation se trouve à l'article 80 Code des marchés publics. L'ancien article 44 du Code de 1964 qui l'imposait était issu des décrets n° 76-88 du 21 janvier 1976, n°88-591 du 6 mai 1988 et n° 92-1310 du 15 décembre 1992.

⁶⁴ La directive 2004/18 impose la publication de cet avis à son article 35 point 4, les procédures de publication étant décrites à son article 36. On retrouve une exigence similaire pour les concours à l'article 69 de la même directive.

⁶⁵ Art. 78 du Code des marchés publics : « *Après transmission au représentant de l'État des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle, s'agissant des collectivités territoriales, ou réception de ces pièces par le représentant de l'État s'agissant des établissements publics de santé, le marché est notifié au titulaire par la personne responsable du marché.* »

⁶⁶ En référence au caractère « adéquat » de l'arrêt *Telaustria*, précité. Il ne s'agit plus de l'adéquation au « marché » tel qu'il avait été aussi reconnu dans l'arrêt *Beentjes* précité mais de l'adéquation des

en-soi un effet du principe de transparence, l'article 79 du Code des marchés publics de 2004 qui précise les moyens de la notification – tout moyen pourvu qu'il donne date certaine – et qui précise que la date « *de notification est la date de réception du marché par le titulaire* » en sont d'autres⁶⁷. On peut aussi voir l'effet du principe de transparence dans l'annexe VIII de la directive 2004/18 qui précise les « *caractéristiques concernant la publication* » en ce qu'elle va plus loin que ce que requerraient les principes d'égalité et de libre concurrence⁶⁸. Le droit interne va dans le même sens comme on le constate avec la référence à l'article 64 du Code aux modèles d'avis, modèles dont un certain nombre de clauses répondent avant tout à un souci de transparence⁶⁹. On peut d'ailleurs voir une précision sur cette conséquence de la transparence en droit communautaire au 46^e considérant de la directive 2004/18. Le Parlement européen et le Conseil estiment que la transparence – qu'ils continuent pourtant à ne voir que comme un principe permettant de « *garantir le respect du principe d'égalité* » – doit permettre au soumissionnaire d'être *raisonnablement informé* des critères et modalités, ce qui laisse entendre que ce principe doit effectivement préciser le contenu de la mise en concurrence⁷⁰. Il s'agit bien ici d'exemple « d'adéquation », c'est-à-dire d'adaptation des procédures afin qu'elles remplissent un rôle de développement de la transparence.

On pourrait multiplier les exemples mais les deux rôles du principe de transparence dans le cadre des procédures de mise en concurrence resteraient les mêmes : permettre le développement des contrôles sur la passation et préciser le contenu et la portée des obligations de mise en concurrence. Il reste que le principe de transparence ne trouve pas seulement à s'appliquer dans le cadre des procédures de mise en concurrence. Il s'applique aussi pour rendre transparentes ces procédures sans les modifier.

b) Les obligations supplémentaires rendant transparentes les procédures

963. On pourrait penser que le « principe de transparence des procédures » trouve spécialement à s'appliquer lorsque les procédures sont très poussées ; la logique voudrait en effet que, plus il y a de procédures, plus il y a de mesures pour les rendre

procédures à leur rôle de renforcement de la transparence tel qu'il devrait découler du principe autonome de transparence.

⁶⁷ Ces dispositions sont plus précisément au 2^e alinéa de l'article 79 du Code des marchés publics.

⁶⁸ L'annexe VIII contient d'ailleurs un 2^o qui s'intitule *Publication d'informations complémentaires ou additionnelles* et qui encourage les pouvoirs adjudicateurs à publier l'intégralité du cahier des charge et d'autres informations qui ne répondent pas directement à un souci d'égale concurrence. Il se rattachent bien, nous semble-t-il, à un principe de transparence. On retrouve cette extension des procédures à l'annexe VII qui précise les « informations devant figurer dans les avis » pour les marchés publics et les concessions de travaux publics (cette annexe étant visée par l'article 36 de la directive 2004/18).

⁶⁹ Cette position est aussi celle de F. LLORENS, « Principe de transparence et contrats publics », *Contrats et marchés publics*, janvier 2004, pp. 4-12 spé. p. 6, note 30 pour des jurisprudences communautaires et internes.

⁷⁰ Le texte exact du considérant est : « *prévoir l'obligation [...] d'assurer la transparence nécessaire pour permettre à tout soumissionnaire d'être **raisonnablement informé** des critères et des modalités qui seront appliqués pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.* »

transparentes. Or, il n'y a pas un paradoxe si grand à constater que ce n'est pas le cas. Les procédures de passation ont en effet pour objectif de créer un marché concurrentiel, c'est-à-dire de faire se rencontrer la demande du commanditaire avec les offres des « entreprises ». C'est pour cette raison qu'au cœur des procédures on retrouve la publicité. L'objectif principal des procédures est donc de faire connaître la commande, elles sont donc par essence des mesures qui créent une certaine transparence, même si ce n'est pas leur objet premier. Cela signifie que plus les procédures sont poussées, plus en réalité elles développent, de fait, la transparence. Lorsque les procédures sont de simples mesures de publicité, elles nécessitent tout autant de mesures complémentaires qui n'ont alors pour objectif que la transparence.

La plupart de ces mesures spéciales de transparence se trouvent dans des textes particuliers, d'autres sont insérées dans les textes qui mettent en place des procédures formalisées de mise en concurrence mais sans faire partie au sens strict de ces procédures. Quelle que soit la source, on trouve deux objectifs au développement de cette transparence : soit elle a pour objectif le contrôle du choix du cocontractant, soit elle permet le contrôle de l'exécution du contrat.

964. Pour ce qui est des premières, on pense par exemple à la mise en place du délit d'avantage injustifié de l'article 432-14 du Code pénal par la loi du 3 janvier 1991 *relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés*. Ce délit, applicable aussi aux délégations de service public⁷¹, est fondé sur la transparence comme le titre de la loi de 1991 l'indique. Il faut pourtant remarquer que les termes de l'article ne font pas directement de l'atteinte aux procédures garantissant la transparence un des faits générateurs du délit ; seules sont visées les procédures garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats⁷². L'importance de cette différence est pourtant à nuancer : d'une part, l'article a été écrit avant le Code de 2001, c'est-à-dire à une époque où le Code des marchés publics ne reconnaissait que ces deux principes ; d'autre part, si l'on se place dans le cadre de l'interprétation de l'égalité – et dans une moindre mesure du libre accès – que fait le droit communautaire, la transparence est incluse dans les principes que cite le Code pénal en tant que corollaire des deux principaux principes⁷³.

965. Toujours afin de développer la transparence, la loi du 3 janvier 1991 a aussi créé la *Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics*, étendue ensuite aux délégations de service public. Cette Mission, dont les rôles sont précisés aux articles 119 à 124 du Code des marchés publics de 2004, est bien une mesure de transparence généralisée puisque son champ d'application s'étend bien plus loin que ce code, non seulement parce qu'entrent dans sa compétence les délégations de service public mais aussi parce que *rationae personae* son contrôle est spécialement étendu⁷⁴. Bien entendu, au-delà

⁷¹ Depuis une modification de l'article par la loi n° 95-127 du 8 février 1995.

⁷² Le fait générateur est plus précisément le fait de « *procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et délégations de service public* »

⁷³ Ce deuxième argument peut justifier *aujourd'hui* la sanction des procédures de transparence ; il serait préférable toutefois que cet article évolue pour faire référence aux « principes de la commande publique » ou, au moins, à celui de « transparence des procédures ».

⁷⁴ Notamment aux SEM nationales chargées de missions de service public et aux SEM locales.

des sanctions que la MIEM conduit indirectement à donner, c'est le rapport annuel qu'elle rend qui a le plus d'effet sur le développement de la transparence. En ce sens – et même si son action n'est pas propre à la commande publique – on pourrait rattacher une partie des contrôles effectués par la Cour des comptes en notre matière au principe de « transparence des procédures » de la commande publique, ne serait-ce parce qu'une partie se retrouve dans son rapport.

966. Enfin, parmi les mesures spécifiques de transparence, certaines ont spécialement été prises afin de permettre le contrôle des marchés des collectivités locales, l'État estimant vraisemblablement nécessaire de mieux contrôler les collectivités territoriales secondaires⁷⁵. L'article 33 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 – devenu l'article L. 2121-22 du CGCT aujourd'hui – a ainsi imposé la participation aux commissions d'appel d'offres de membres des minorités politiques des conseils locaux en faisant référence à une représentation proportionnelle⁷⁶. Cette règle qui permet, au terme de la loi « *l'expression pluraliste des élus* » et, partant, de garantir une certaine forme d'impartialité, est aussi le moyen de rendre transparente la passation en permettant l'accès aux documents à des personnes ayant des idées politiques divergentes. La loi « Sapin » du 29 janvier 1993⁷⁷, aujourd'hui codifiée sur ce point à l'article L. 1411-18 du CGCT, va aussi dans le sens de la transparence en permettant au préfet de transmettre à la Chambre régionale des comptes les conventions de délégation de service public afin que celle-ci lui donne un avis dans le cadre de son contrôle de légalité. Cet avis est communiqué aux élus afin que la transparence soit totale. Encore une fois, le développement de la transparence en matière de commande publique a conduit à développer les contrôles, administratifs ou juridictionnels sur les modalités de la passation.

967. Pour ce qui concerne le contrôle de l'exécution du contrat, on pense en premier lieu à la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance qui a imposé à l'entrepreneur principal de faire accepter chaque sous-traitant et agréer ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage. Cette disposition renforce doublement la transparence en limitant les sous-traitants occultes et en permettant un accès facilité des sous-traitants aux documents du marché. Une dizaine d'années avant sa reconnaissance officielle, on a bien là un effet du principe de la transparence des procédures sur l'exécution du marché. Mais des textes récents ont encore renforcé cela : l'article 14 de la loi précitée du 6 février 1992, codifié aujourd'hui à l'article L. 1411-13 du CGCT⁷⁸, prévoit que dans les communes

⁷⁵ Cf. CH. MAUGÜÉ in « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz ed., 2004, pp. 609-624, spé. p. 610 et 611 pour une liste de ces lois qui exercent selon cet auteur « *de nouveaux contrôles* ».

⁷⁶ L. 2121-22 CGCT, 3^e al. (auparavant article 33 de loi) : « *Dans les communes de plus de 3500 habitants, la composition des différentes commissions, y compris les commissions d'appel d'offre et les bureaux d'adjudications, doit respecter le principe de la représentation proportionnelle pour permettre l'expression pluraliste des élus au sein de l'assemblée communale* ».

⁷⁷ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques,

⁷⁸ Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, aujourd'hui L. 1411-13 CGCT

de plus de 3 500 habitants, « les documents relatifs à l'exploitation des services publics délégués, qui doivent être remis à la commune en application de conventions de délégations de service public [...] sont mis à la disposition du public »⁷⁹. Dans le même sens, la loi du 2 février 1995 aujourd'hui codifiée sur ce point à l'article L. 2224-5 du CGCT⁸⁰, impose aux maires ou présidents des établissements de coopération intercommunale de présenter « un rapport annuel sur le prix et la qualité du service public d'eau potable destiné notamment à l'information des usagers ». La mise à disposition est d'ailleurs organisée en faisant référence aux modalités de l'article L. 1411-13 précité. Parallèlement enfin, le législateur a développé⁸¹, pour le délégataire de service public cette fois, une obligation de produire « les comptes retraçant la totalité des dépenses afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité du service ». Cette obligation est par ailleurs assortie d'un examen imposé de l'assemblée délibérante, inscrit à l'ordre du jour afin de garantir un minimum d'effet à cette mesure de transparence⁸².

Les années 1992 à 1995 ont par voie de conséquence été une période durant laquelle les préoccupations de transparence ont été nombreuses en matière de commande publique et notamment pour les délégations de service public⁸³. À n'en pas douter, les réflexions menées à l'occasion de ces textes ont conduit à l'insertion de ce principe dans le Code des marchés publics de 2001.

968. Pour conclure sur l'effet du principe de transparence sur les procédures de passation, on peut dire que toutes les procédures transparentes ne sont pas l'effet d'un principe autonome de transparence, mais parfois seulement des conséquences des principes d'égalité et de libre concurrence. Le droit communautaire comprend la plupart du temps ces effets comme des conséquences d'une « obligation de transparence » qu'elle lie d'ailleurs aux principes d'égalité et de liberté d'accès. Mais on trouve aussi au sein des procédures certaines qui n'ont pas d'autre but que de développer la transparence : il s'agit la plupart du temps de mesures d'information ou de précisions sur le contenu et la portée de la publicité obligatoire. On peut alors y voir l'effet du principe de transparence « autonome » dans les procédures elles-mêmes. Pour autant, le principe de transparence trouve son expression la plus forte dans une série de règles extérieures aux procédures de passation. Il réalise ainsi non pas la transparence par les procédures mais la transparence

⁷⁹ L'article L. 1411-13 exclu toutefois de cette « publication » par voie d'affichage et mise à disposition à la mairie, les documents qui sont visés à l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif*, c'est-à-dire les documents non communicables pour un certain nombre de raisons tels que le secret attaché aux missions souveraines de l'État ou les atteintes à la vie privée des personnes visées.

⁸⁰ Loi 95-101 du 2 février 1995 *relative au renforcement de la protection de l'environnement*

⁸¹ Par loi n° 95-127 du 8 février 1995 *relative aux marchés publics et délégations de service public*, qui a inséré d'une part un article 40-1 dans la loi Sapin n° 93-122 du 29 janvier 1993 pour les délégations de service public de l'État (modifié ensuite par la loi n° 96-142 du 21 février 1996, art. 12), et d'autre part, en des termes quasi identiques un article L. 1411-3 dans le CGCT pour les délégations de service public des collectivités territoriales.

⁸² Il s'agit d'un ajout de la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002, art. 10.

⁸³ On pense bien évidemment au rapport de R. BOUCHERY, *Rapport officiel sur la prévention de la corruption et la transparence*, Paris, Documentation Française, 1992 qui a conduit à l'adoption de la loi Sapin

des procédures. On comprend alors procédures au sens large, c'est-à-dire non seulement les procédures fortement formalisées comme on les trouve dans le Code des marchés publics ou dans les lois de transposition des directives ; mais aussi la simple publicité minimum qui doit, elle aussi, être transparente.

2) La transparence, l'impartialité et la lutte contre les malversations

969. La lutte contre les malversations est l'une des justifications actuelles les plus constantes de l'existence des procédures de passation. Après avoir été justifiées par la recherche du prix le plus bas qui avait conduit à l'adjudication, puis par le choix du meilleur achat qui avait conduit à l'appel d'offres, c'est le souci d'un choix sans corruption⁸⁴, favoritisme ou concussion qui se veut l'une des sources d'inspiration du droit de la commande publique⁸⁵. Au plan des principes, c'est à la transparence⁸⁶ qu'a été dévolu ce rôle de lutte contre les malversations que l'on peut aussi appeler « moralisation ».

On remarquera que le droit interne a beaucoup plus insisté sur ce point que le droit communautaire. Le développement du droit des délégations de service public qui est issu de la loi Sapin dont, faut-il le rappeler, le premier objectif est la transparence de l'action publique – financement des partis politiques, publicité, urbanisme commercial, tout autant que marchés publics et délégations de service public – n'y est certainement pas indifférent⁸⁷. Mais le caractère libéral du droit communautaire et la recherche d'un marché concurrentiel ont aussi occulté tous les autres objectifs que l'on a pu assigner au droit des marchés issu des directives. On trouve ici, nous semble-t-il, une des justifications à la plus grande autonomie du « *principe de transparence des procédures* » en droit interne par rapport au

⁸⁴ Notons toutefois que la corruption est un délit depuis l'Ancien Régime, notamment pour les fournisseurs des armées. Les justifications telles qu'elles sont présentées sont celles que l'on mettait en avant à l'époque où elles ont été développées, elles ont toutes pour objectif l'achat le meilleur au prix le plus bas et sans malversation... mais en insistant plus sur tel ou tel objectif.

⁸⁵ On regroupe dans ces développements sous le terme de « malversations » l'ensemble des activités immorales et illégales que nous pourrions appeler « concussion » au sens large du terme. (LITTRÉ définit la concussion dans son Dictionnaire comme : « *Exaction, malversation dans l'administration des deniers publics.* ». Si cela correspond bien à ce dont il sera traité, le sens particulier que prend le terme de concussion en droit pénal (il s'agit d'une incrimination que l'on retrouve aujourd'hui à l'article 432-10 du Code pénal) nous fait préférer le terme de « malversations » (auquel LITTRÉ donne comme deuxième sens : « *faute grave commise par cupidité dans l'exercice d'une charge, dans l'exécution d'un mandat* ».) Les termes de corruption et de favoritisme, moins adaptés parce que plus précis, sont aussi tous deux des incriminations pénales que l'on retrouve respectivement aux articles 432-11 et 432-14 du Code pénal.

⁸⁶ On devrait dire aujourd'hui pour respecter le droit positif la « transparence des procédures ».

⁸⁷ Cf. CH. BRÉCHON-MOULÈNES, « Transparence et marchés publics », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial colloque sur la transparence, pp. 45-62, spé. p. 58, l'auteur démontre que l'objectif du rapport Bouchery (p. 20 et s) était clairement la moralisation de l'action publique et que cela passait selon ce rapport par le fait « *qu'aucun contrat [...] ne soit signé sans que la décision soit expressément motivée et rendue publique de telle sorte que les contre-pouvoirs [...] puissent jouer leur rôle et éventuellement tenter des recours* ». L'article insiste ensuite sur les mesures de transparence et les sanctions prises pour arriver au résultat attendu de moralisation.

droit communautaire, ce dernier mettant toujours la « *transparence* » derrière la pureté du marché concurrentiel⁸⁸.

Les liens entre le principe de transparence, l'impartialité et la lutte contre les malversations méritent pourtant d'être expliqués, ne serait-ce que parce qu'ils justifient une partie des mesures objectives de transparence (a) ; mais il ne faut pas négliger le fait que la transparence joue un rôle beaucoup plus psychologique que juridique sur la lutte contre les malversations (b).

a) Comment la transparence peut favoriser l'impartialité et la lutte contre les malversations

970. La transparence est le principe sur lequel le législateur fonde sa politique de lutte contre les malversations dans la commande publique. Le raisonnement qui est fait peut être simplifié en ces termes : le « *principe de transparence des procédures* » interdit que le choix soit fait sans que l'on puisse en déterminer les étapes et les motivations. Il permet donc de vérifier que le choix ait respecté le principe d'égalité entre les candidats, ou, pour prendre un terme adapté à l'organisation d'un choix, l'impartialité de la procédure.

En rendant lisible la procédure, la transparence va permettre de vérifier les deux composantes de la notion d'impartialité⁸⁹ : l'impossibilité d'être à la fois juge et partie d'une part, et l'interdiction d'avoir un préjugé sur la solution à donner au choix. Si l'on s'en réfère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière d'impartialité, et notamment aux arrêts de la CEDH du 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*⁹⁰, puis du 26 octobre 1984⁹¹ *De Cubber c/ Belgique* et enfin du 24 mai 1989 *Hauschildt c/ Danemark*⁹², il faut distinguer entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective. La première se définit comme « le cas *réel et vérifié* où un juge a été « subjectivement » animé par des sentiments de faveur ou de défaveur à l'égard d'une partie »⁹³ ; la seconde étant les cas dans lesquels « indépendamment de la conduite personnelle d'un juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce

⁸⁸ On remarquera que cet aspect de lutte contre les malversations n'est même pas cité dans les considérants des directives 2004/17 et 2004/18, sauf pour dire qu'il « convient d'éviter l'attribution des marchés publics à des opérateurs économiques qui se sont rendus coupables de corruption, de fraude [...] ou de blanchiment de capitaux ». Cf. considérants 43 de la directive 2004/18 et 54 de la directive 2004/17

⁸⁹ La référence à un choix impartial en lien avec la transparence est explicite dans l'arrêt CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria Verlag GmbH et Telephonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, en présence de Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, précité note 38 : « cette obligation de transparence [...] consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché [...] ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication. ».

⁹⁰ CEDH 1^{er} octobre 1982, *Piersack c/ Belgique*, Rec., série A, n°53, JDI (*Clunet*) 1985, p. 210, obs. P. TAVERNIER. Il s'agit spécialement du § 30 de cet arrêt.

⁹¹ CEDH 26 octobre 1984, *De Cubber c/ Belgique*, Rec., série A, n°86

⁹² CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Royaume de Danemark*, Rec., série A, n° 154, AFDI (*Annuaire français de droit international*) 1991, p. 585, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; JDI (*Clunet*) 1990, p. 727, obs. P. TAVERNIER

⁹³ R. CHAPUS, *Droit du contentieux...*, précité, 11^e éd., n°1138, p. 965.

dernier »⁹⁴. Cette distinction a depuis été reprise par le Conseil d'État dans un arrêt du 2 octobre 1996, *Commune de Sartrouville*⁹⁵.

971. Dans le cadre des contrats de la commande publique, on n'a jusqu'aujourd'hui jamais rencontré d'annulation de contrats pour des raisons d'impartialité subjective⁹⁶. On pourrait toutefois envisager le cas dans lequel il y aurait un aveu de délit de favoritisme : il y aurait alors rupture de l'impartialité dans le choix du cocontractant et le délit pourrait être le fondement à l'annulation du contrat. En revanche, les cas dans lesquels on peut trouver une atteinte à l'impartialité objective d'une procédure de passation peuvent être très nombreux. En effet, les textes mettant en place des procédures de passation ont justement cherché à limiter ou encadrer au mieux le choix des cocontractants de manière à ne laisser qu'un minimum de liberté de choix au commanditaire. C'est ce souci que l'on retrouvait dans le débat sur l'*intuitus personae* qui a vu jour après la loi Sapin : il apparaissait dangereux de permettre à une personne publique de choisir sans avoir à se référer seulement à des critères objectifs de choix. C'est ainsi que nombre des mesures procédurales du droit de la commande publique ont pour but « d'objectiviser » le choix et que les mesures de transparence viennent garantir que ce choix a été véritablement objectif en permettant les contrôles⁹⁷.

Pour autant, le rôle du principe de transparence des procédures dans la lutte contre les malversations est plus psychologique que véritablement procédural, et son analyse tient plus de la science administrative ou de la science politique que du syllogisme juridique.

b) Le rôle indirect de la transparence des procédures dans la lutte contre les malversations

972. La transparence des procédures s'est développée en même temps que la volonté de développer la lutte contre les malversations dans les marchés publics et les délégations de service public, volonté issue, au milieu des années 1990, d'un certain nombre de scandales médiatisés. En lui-même, le renforcement des procédures ne renforce pas la moralité des commandes publiques, elle ne fait que chercher à rendre objectives les atteintes à la morale, ce qui permet de sanctionner une atteinte à une règle, activité bien plus habituelle et facile au juge⁹⁸.

⁹⁴ CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c. Royaume de Danemark*, précité.

⁹⁵ CE 2 octobre 1996, *Commune de Sartrouville*, req. 158463, rec., p. 1101, *DA* 1996, n° 541, obs. L. T.

⁹⁶ Notons que la CEDH n'a elle-même rencontré qu'une fois une véritable impartialité subjective dans un conflit à l'occasion duquel le juge s'était déclaré raciste avant d'avoir à juger un arabe : cf. CEDH 23 avril 1996, *Remli c. France*, Rec. 1996, p. 559

⁹⁷ B. DU MARAIS, « Droit public de la régulation économique », Paris, Presse de Science Po et Dalloz, coll. Amphithéâtre, 2004, 602 pp., spé. p. 250 intitule un B) *La moralisation par une démultiplication des contrôles*. Ceux-ci sont pour une bonne part selon nous rattachable au principe de transparence des procédures.

⁹⁸ Cf. M. GUIBAL « Transparence et droit public des contrats », Mélanges en l'honneur de Louis CONSTANS, 1998, pp. 287-293 et sa réflexion : « On n'arrive pas à cerner la transparence comme facteur de moral. Au mieux elle est envisagée comme technique de moralisation ».

Il ne faut pourtant pas négliger l'impact de ces évolutions sur la moralité des marchés. Outre le fait que la volonté politique qui ressort de ces textes tend à montrer l'anormalité des pratiques antérieures et, partant, débanalise les malversations, c'est dans les sanctions mises en place que l'on peut trouver un facteur de moralisation. Celles-ci touchent aussi bien les cocontractants que les tiers.

973. Pour ce qui concerne les cocontractants, les risques de sanction sont aujourd'hui assez importants pour que le respect de la moralité, objectivement traduit par le respect des procédures, soit devenu un souci constant. Le développement du droit pénal et son adaptation au droit de la commande publique par le délit de favoritisme vont clairement dans ce sens, même s'il ne faut pas en faire la panacée de la moralisation⁹⁹. Les incriminations pénales permettent cependant de montrer les différents cas de malversations qu'il est possible de rencontrer. Le premier est le favoritisme, que la *vulgate* appelle aussi « copinage » et qui consiste à choisir un cocontractant particulier sans que celui qui choisisse en retire un intérêt personnel quantifiable. Le second est la corruption – auquel on peut associer la concussion – qui consiste, pour celui qui fait le choix, à retirer un avantage pécuniaire du résultat. Bien entendu, l'un n'est pas exclusif de l'autre et l'on peut choisir de faire gagner la mise en concurrence à quelqu'un de sa connaissance en espérant, en retour, bénéficier d'une rétribution occulte.

La crainte des risques, renforcée par le développement de la transparence des procédures, qui conduit, il faut l'espérer, à une moralisation ne porte pas seulement sur les risques pénaux. On peut aussi penser aux risques d'annulation des marchés, voire, pour ce qui est des agents des administrations, aux risques importants de sanctions administratives, notamment statutaires. Pour les cocontractants, on peut toutefois ajouter que la crainte des sanctions est parfois atténuée par la crainte de ne pas avoir de marché à l'avenir. Cette seule considération justifie qu'une entreprise ayant répondu à un appel d'offres, mais n'ayant pas eu le marché pour des raisons occultes connues d'elle, ne fasse pas de recours. Elle craint alors en effet que la personne publique – ou plutôt ses agents – ne l'évince des marchés futurs en représailles des soucis judiciaires dont elle aurait été la source.

974. Pour ce qui est des tiers, c'est-à-dire notamment des administrés-contribuables¹⁰⁰, la transparence joue principalement un rôle de lutte contre le sentiment

⁹⁹ B. DU MARAIS, *Op. Cit.*, p. 257 pose la question de « la pénalisation du droit des marchés publics comme panacée de la moralisation ? ». Il semble y répondre lui aussi négativement. Il tente une double explication : la première est fondée sur une analyse des actes administratifs en terme de « marché ». Il considère, en application des théories classiques de RICARDO, que la corruption vient du fait que le « marché » des actes administratifs est monopolistique et que les agents publics ne font qu'abuser de ce monopole qu'ils détiennent, l'abus étant la tendance naturelle du monopole. Plus subtile, sa seconde explication n'analyse pas les actes administratifs mais les « passe-droit » comme un marché. Dans ce dernier, le passe-droit se monnaie alors, l'un faisant l'offre et l'autre la demande. La lutte contre cette corruption peut alors résulter soit de contrainte et de risque pris (mais la conséquence peut aussi être le renchérissement du prix du passe-droit, c'est-à-dire le renforcement de la corruption), soit la mise en place d'alternatives légales aux passe-droits occultes.

¹⁰⁰ On peut aussi appliquer ce qui suit aux candidats évincés, notamment dans les marchés de faibles montants.

de gaspillage de l'argent public et de corruption¹⁰¹. On peut ici aussi, *mutatis mutandis*, analyser la situation en considération des réflexions menées à propos de l'impartialité des juges¹⁰², et notamment la « théorie de l'apparence ». Issue du droit anglo-saxon, celle-ci a été utilisée par le droit européen pour la première fois dans un arrêt de la CEDH du 17 janvier 1970, *Delcourt*¹⁰³ et a connu ses effets les plus retentissants pour le droit public à la suite de l'arrêt *Kress* de la même juridiction en date du 7 juin 2001 et des réflexions autour du statut des commissaires du gouvernement devant les juges administratifs qui l'ont suivi¹⁰⁴. Le droit français a partiellement reconnu l'intérêt de cette théorie de l'apparence, en acceptant que la participation à la formation de jugement d'un juge qui est la fille d'un conseiller municipal de la commune partie au litige, soit de nature à faire « naître un doute » sur son impartialité¹⁰⁵. L'idée qui prévaut est que la réalité de l'impartialité ne doit pas faire oublier que la personne jugée – la personne répondant à un contrat de la commande publique mais aussi le contribuable pour ce qui nous concerne – doit avoir le sentiment que la solution est juste et impartiale. C'est ce qui ressort de l'adage repris par la Cour « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* ». On pourrait à notre tour le reprendre en droit de la commande publique sous la forme « *Good choice must not only be done,*

¹⁰¹ Le Conseil d'État présentait déjà cela comme l'un des aspects de la transparence dans son Rapport de 1995 (EDCE 1995 n° 47 p. 33). Il estimait que ce qui n'était pas encore un principe « *recouvre en réalité des préoccupations extrêmement diverses : informer les usagers et les partenaires de l'Administration, non seulement sur les mesures leur faisant directement grief, leur portée et leurs justifications, mais encore sur le cours général de son activité ; éviter que l'opacité des circuits de décision ne nourrisse différentes catégories de soupçon : soupçon de favoritisme, de corruption, d'arbitraire.* ».

¹⁰² Cf. notamment la thèse à venir de J.-G. SORBARA, « L'impartialité du juge administratif », Thèse Paris II sous la direction de M. VERPEAUX, 2005, dans laquelle il montre que, sans que ce principe d'impartialité soit reconnu en droit interne avant les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, les nombreuses garanties objectives ne laissent pas de doutes quant à l'impartialité effective du juge administratif depuis que la justice a été déléguée. Il insiste aussi sur les influences réciproques des jurisprudences européennes et internes, cette dernière ayant fait évoluer plus qu'on ne le remarque habituellement les positions de la Cour de Strasbourg.

¹⁰³ CEDH 17 janvier 1970, *Delcourt c/ Belgique*, Rec., série A, n°11

¹⁰⁴ CEDH 7 juin 2001, *Kress c/ France*, AJDA 2001, p. 675, note F. ROLIN et p. 1075, chron. J.-F. FLAUSS ; *Dalloz* 2001, p. 2611, chron. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et pp. 2619-2627, note R. DRAGO ; JCP 2001, I, n°368, obs. C. BOITEAU ; JCP 2001, II, n°10578, note F. SUDRE ; JDI (*Clunet*) 2002, pp. 255-258, note M. EUDES ; RFD 2001, pp. 991-999, note B. GENEVOIS et pp. 1000-1018, note J.-L. AUTIN et F. SUDRE intitulée « juridiquement fragile, stratégiquement correct » ; RTDH 2002, p. 223, note L. SERMET ; CH. MAUBERNARD, « L'arrêt Kress C/ France de la CEDH : le rôle du commissaire du Gouvernement près du Conseil d'État à la lumière de la théorie des "apparences" », RDP n° 3-2001 pp. 896-911 et X. PRÉTOT, « Le commissaire du gouvernement et le droit au procès : dernier sursis avant exécution ? », RDP 2001, pp. 983-1002 ; G. COHEN-JONATHAN, « L'arrêt Kress contre France du 7 juin 2001 et la Cour Européenne des Droits de l'Homme et la Cour de cassation française : quelques observations » *Gaz. Pal.* 4 octobre 2002, pp. 8-13 ; D. BLANCHARD, « Le commissaire du gouvernement des juridictions de l'expropriation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Droit et Ville*, 2002, n° 54 pp. 137-171 ; D. CHABANOL, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt Kress », AJDA 2002 pp. 9-12 ; J.-F. FLAUSS « La double lecture de l'arrêt Kress », LPA 3 octobre 2001, pp. 13-21 ; S. GUINCHARD, « Dialogue imaginaire entre un justiciable moyen et un juriste désespéré par l'arrêt Kress », *Dalloz* 2003 pp. 152-154

¹⁰⁵ CE 2 octobre 1996, *Commune de Sartrouville*, req. 158463, rec. Tables p. 1101 ; DA 1996, n° 541, obs. L. T. « *considérant que l'un des magistrats composant la formation du tribunal administratif qui a rendu le jugement attaqué est la fille d'un conseiller municipal de Sartrouville ; que cette circonstance est de nature à faire naître un doute sur l'impartialité des premiers juges* ».

it must also be seen to be done »¹⁰⁶. Le droit de la commande publique doit en effet, non seulement garantir une impartialité entre les candidats, mais il doit aussi montrer aux contribuables qu'il met en place une méthode pour s'assurer que l'argent public est dépensé de manière honnête. Sur ce point, on peut clairement dire que les lois renforçant la transparence des années 1990 ont rempli leur rôle ; et l'on peut voir dans cette évolution un plus grand respect de l'article 14 de la Déclaration de 1789 et des droits qu'il accorde aux citoyens de « *suivre l'emploi* » de la contribution publique.

3) Les limites de la transparence et le secret

975. Les limites du principe de transparence sont essentiellement fondées sur le respect du secret qui est souvent attaché aux activités des cocontractants, secret que les opérateurs – toujours – ou les deux parties – parfois – ont intérêt à préserver, même si cela conduit à perdre certains des avantages de la transparence (a). À cela il faut ajouter une transparence souvent négligée et que l'on aborde habituellement sous d'autres angles : celle de l'opérateur vis-à-vis du commanditaire (b).

a) Transparence et secrets des cocontractants envers les tiers

976. Les marchés publics restent, du point de vue des entreprises, des activités commerciales similaires à celles qu'elles peuvent avoir dans le cadre de marchés privés. Les délégations de service public peuvent, de la même manière, s'apparenter à des activités privées ; il suffit de prendre l'exemple du traitement des ordures ménagères et de le comparer au traitement des ordures industrielles pour s'en convaincre. Or, dans le cadre de ces activités, les entreprises développent des capacités techniques qui font leur valeur ajoutée par rapport aux autres entreprises, c'est d'ailleurs souvent sur le critère de ces compétences spécifiques qu'elles sont sélectionnées pour gagner les marchés publics.

Ce sont ces capacités techniques et ces solutions innovantes qui forment ce que l'on appelle en général le « secret professionnel », d'aucuns lui ajoutant les données sur l'état de l'entreprise et ses projets mais ces derniers n'étant pas de « l'actif » de l'entreprise, ils ne font pas l'objet d'une protection aussi poussée. Ce secret professionnel est assez important pour que le droit pénal s'en soit emparé depuis le code de 1910, notamment dans deux incriminations : celle de *violation du secret professionnel* de l'article 226-13 du nouveau Code Pénal et celle de violation du secret de fabrique de l'article L. 152-7 du Code du travail. Si aucune de ces deux incriminations ne semble applicable aux commanditaires, elles montrent l'importance que ce secret prend dans la vie des affaires¹⁰⁷. Cette importance conduit les cocontractants à introduire dans les contrats de la commande

¹⁰⁶ « La justice ne doit pas seulement être bien rendue, on doit aussi voir qu'on la rend bien » et « Le bon choix ne doit pas seulement être fait, on doit aussi voir qu'il est bien fait ».

¹⁰⁷ W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 5^e ed. 2003, 641 pp. spé. n° 36 et s. et 385

publique des clauses de confidentialité auxquelles il faut apporter une attention particulière dans deux circonstances : dans le cadre de la publication des résultats de la procédure et dans le cadre des contrôles par les différentes autorités de contrôle soumises au secret professionnel, ces dernières pouvant pour leur part être soumises au droit pénal. En droit français, une circulaire du 31 mars 1992¹⁰⁸ va dans ce sens en renvoyant à la loi du 17 juillet 1978¹⁰⁹, et notamment à son article 6 fixant les causes de non-communication des documents administratifs. Le droit communautaire n'oublie pas non plus cette donnée en prévoyant dans chacune des directives de 2004 un article sur la « confidentialité » avant la conclusion du contrat¹¹⁰ – au moment de l'information des soumissionnaires ou candidats – ; mais aussi après cette conclusion, par exemple à l'article 35 de la directive 2004/18 qui prévoit la non-publication de l'avis d'attribution dans un certain nombre de cas, dont celui la publication « *porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés* »¹¹¹.

977. Le secret à protéger n'est parfois pas celui du cocontractant mais bien celui du commanditaire¹¹². Il en est notamment ainsi dans le cadre des marchés militaires¹¹³. Le décret du 17 juillet 1998¹¹⁴ est récemment venu réorganiser la protection des secrets de la défense nationale et a été l'un des fondements du décret du 7 janvier 2004

¹⁰⁸ Circulaire du 31 mars 1992, prise en application de la loi du 6 février 1992 *relative à l'administration territoriale de la République* art 14, 15, 16 ; cf. sur ce point CH. BRÉCHON-MOULÈNES, « Transparence et marchés publics », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial colloque sur la transparence, pp. 45-62, spé. p. 48

¹⁰⁹ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*. Cf. J. CHEVALLIER, « La transformation de la relations administrative : mythe ou réalité ? » *Dalloz* 2000 p. 575 pour une analyse à partir de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 dont est aujourd'hui issu l'article 6 de la loi de 1978.

¹¹⁰ Les articles 13 de la directive 2004/17 et 6 de la directive 2004/18 traitent en des termes identiques de la « confidentialité » en estimant que le respect des « *secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres* » doit se faire sans préjudice du respect des articles de la directive sur la publicité des offres. Les articles 41 dernier alinéa de la directive 2004/18 et 49 2° de la directive 2004/17 prévoit pourtant expressément la non divulgation de « *certaines renseignements concernant l'adjudication des marchés, la conclusion d'accords-cadres ou l'admission dans un système d'acquisition dynamique* » aux autres candidats ou soumissionnaires si cela peut « *porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci* ».

¹¹¹ L'article 35 de la directive 2004/18 sur la publication des *avis* prévoit pour leur part qu'ils ne doivent pas « *porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci* » (la formule est donc identique à celle de l'article 41). Enfin, une autre référence aux « *intérêts commerciaux légitimes* » des entreprises peut être trouvée à l'article 69, point 2, 2e alinéa de la directive 2004/18 pour les avis de résultats des concours.

¹¹² Cf. l'article de G. MORANGE « Le secret en droit public français », *Dalloz* 1978, chron. p. 1, dont l'auteur consacre la deuxième partie au « secret au plan administratif » qui permet de voir les avancées qui ont été faites, grâce à l'idée de transparence, dans la diminution du secret administratif. Il permet aussi de constater que le secret existe encore aujourd'hui.

¹¹³ La loi du 17 juillet 1978 précitée

¹¹⁴ Décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 *relatif à la protection des secrets de la défense nationale*. Cette loi crée la *Commission consultative du secret de la défense nationale* qui rend incompétente la CADA pour les refus d'accès à des documents classifiés. Cf. CADA, 8 mars 2001, *Ministre de la défense*, avis 2001-0012, 10^e rapport 41 et 116.

concernant certains marchés publics passés pour le compte de la défense¹¹⁵. Ces textes vont plus loin encore que la protection des secrets commerciaux des entreprises puisqu'ils vont jusqu'à permettre de ne pas respecter les mesures de transparence, et notamment celles issues de la mise en concurrence. C'est ainsi que la procédure peut être adaptée en permettant, soit l'absence de mise en concurrence dans certains cas, soit le recours aux marchés négociés sans publicité dans d'autres¹¹⁶. Le secret ne modifie pas seulement la façon dont le contrat est passé, il modifie toute la vie de la commande : le décret du 7 janvier 2004 prévoit que le Premier ministre peut fixer les éléments du marché qui seront considérés comme secret et ne devront donc pas être dévoilés par les cocontractants¹¹⁷.

Les secrets que peuvent avoir les cocontractants envers les tiers limitent donc les implications du principe de transparence des procédures, voire la transparence du marché en général¹¹⁸. La transparence entre les cocontractants peut aussi être limitée.

b) Transparence et secret entre les cocontractants

978. La transparence des procédures est parfois limitée par le secret dans les relations entre les cocontractants, mais la situation est totalement différente selon qu'il s'agit des secrets du commanditaire pour son cocontractant (α) ou de ceux du cocontractant pour le commanditaire (β).

a) Transparence du commanditaire envers son cocontractant

979. Le commanditaire peut-il avoir des secrets pour les personnes avec lesquelles il a ou il entend contracter ? La question trouve dans deux cas au moins une solution claire. Il s'agit premièrement de celui dans lequel le secret du commanditaire pour l'un des cocontractants potentiels est de nature à porter atteinte à l'égalité entre les candidats. Il s'agit deuxièmement des cas dans lesquels le secret pourrait être la source d'un vice du consentement affectant le contrat, notamment s'il est assimilé à une erreur ou à un dol. Les cas dans lesquels le secret ne croise aucune de ces deux hypothèses ne sont pas bien nombreux, mais une hypothèse au moins va dans le sens d'un nécessaire respect du secret du commanditaire : celle des procédures négociées.

¹¹⁵ Décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense J.O n° 6 du 8 janvier 2004 page 37028

¹¹⁶ « Art 2 IV. - Les marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1er qui exigent en outre le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État requiert l'absence de publicité sont passés selon la procédure négociée sans publicité. Ils sont passés sans mise en concurrence lorsqu'ils relèvent de l'un des cas prévus au III de l'article 2 du présent décret. »

¹¹⁷ « Article 17 : Un arrêté du Premier ministre fixe les conditions dans lesquelles est assurée la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'État dans les marchés et autres contrats. »

¹¹⁸ Dans le cas des marchés négociés sans publicité préalable, ce n'est pas seulement le principe de transparence des procédures qui est touchée mais aussi les principes fondateurs du droit de la commande publique qui imposent la publicité... cette dernière étant une mesure de transparence indirecte.

980. Comme on a pu le souligner, ces procédures sont très nettement en augmentation. D'une part, de manière un peu rhétorique on en conviendra, l'inclusion dans la notion de « contrats de la commande publique » de nombreux contrats qui n'étaient soumis à aucune obligation a augmenté le nombre de contrats qui sont conclus après des négociations « commerciale ». D'autre part, les délégations de service public comprennent, elles aussi, une part de négociation dès leur origine ; même si là encore, on n'a pas augmenté leur liberté contractuelle puisque leur passation était auparavant complètement *intuitus personae*. Enfin et surtout, les marchés publics se sont ouverts à la négociation de manière *symboliquement importante* avec la procédure de *dialogue compétitif* des articles 36 et 67 du Code des marchés publics de 2004, qui renforce encore la possibilité de négociation que l'on trouvait déjà dans l'appel d'offres sur performance.

981. Dans tous ces cas, la négociation requiert que la personne publique ne présente pas *ab initio* à son éventuel cocontractant tous les avantages qu'elle entend lui procurer contre ses prestations, la « technique » de négociation – quoique l'on puisse douter que toutes les administrations disposent de la maîtrise – consistant justement à demander des contreparties au fur et à mesure des avantages proposés. Cela conduit par conséquent non seulement à un secret temporairement gardé par la personne publique, mais aussi, de l'aveu même de certaines conclusions de commissaire du gouvernement au Conseil d'État, à des secrets créant des inégalités entre les soumissionnaires selon l'avancée de la négociation avec chacun d'eux¹¹⁹. On verra vraisemblablement dans l'avenir des précisions sur ce « secret » du commanditaire qui peut se concilier avec le « *principe de transparence des procédures* ». On verra aussi que la liberté laissée au cocontractant sera vraisemblablement moins importante que celle du commanditaire.

β) Transparence du cocontractant envers son commanditaire.

982. Le choix du meilleur cocontractant est aussi le choix du cocontractant le plus fiable, celui dont on peut raisonnablement espérer qu'il exécutera le marché jusqu'à son terme. Pour ce qui est des délégations de service public, la continuité du service rend cette préoccupation encore plus importante. C'est pour cela qu'en amont du contrat, le droit de la commande publique oblige les soumissionnaires ou candidats¹²⁰ à présenter des garanties de capacité techniques et financières¹²¹ – notamment par le dépôt de garanties et

¹¹⁹ Cf. les conclusions de D. PIVETEAU sur l'arrêt CE 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-en-Ré et La Flotte-en-Ré*, BJCP, n° 18 p. 417, à propos d'une délégation de service public, reproduites sur ce point in CH. BRÉCHON-MOULÈNES, « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz ed., 2004, pp. 440-468, spé. p. 467. Il va dans ce sens lorsqu'il dit : « L'habileté du négociateur doit pouvoir prendre appui sur quelques opacités soigneusement calculées [...] ».

¹²⁰ Article 1^{er}, point 8 de la directive 2004/18 : « L'opérateur économique qui a présenté une offre est désigné par le mot "soumissionnaire". Celui qui a sollicité une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée ou à un dialogue compétitif est désigné par le terme "candidat" ». L'article 1^{er}, point 7, 3^e al. de la directive 2004/17 reprend cette distinction en des termes à peine différents (sans référence au dialogue compétitif notamment).

¹²¹ Article 45 du Code des marchés publics

par la fourniture de certificats démontrant que l'entreprise est en règle avec ses cotisations sociales ou ses obligations fiscales¹²², ou alors par la preuve qu'elle n'est pas en situation de redressement judiciaire¹²³ – permettant au cocontractant public de s'assurer que le contrat n'est pas *a priori* incertain d'être exécuté. Le principe de transparence des procédures s'applique clairement ici aussi en contraignant le cocontractant à présenter tous les éléments qui pourraient intéresser la personne publique et pas seulement les renseignements visés aux articles précités¹²⁴.

Cette transparence de la part du cocontractant envers le commanditaire s'étend aussi durant la vie du contrat avec une série de renseignements qui doivent être transmis, même lorsque cela n'est pas organisé comme pour la présentation des sous-traitants¹²⁵. Ainsi, la transparence renforce en matière de commande publique l'obligation pour le cocontractant de faire part de ses craintes : par exemple, s'il estime qu'un ouvrage nécessitera des travaux supplémentaires, il doit en faire part au commanditaire le plus tôt possible de manière à lui faciliter le respect des obligations en matière d'avenants. La transparence rejoint en ce sens un thème qui est quasi oublié de la doctrine publiciste¹²⁶ tout en étant un thème courant de la doctrine privatiste : la loyauté dans le contrat. Il serait délicat de faire découler un principe constitutionnel – la transparence des procédures – d'un principe au mieux « général » – la loyauté contractuelle – mais au fond, peut être y a-t-il philosophiquement dans le second une source du premier, en plus de l'article 14 et de l'article 6 de la Déclaration de 1789. Le professeur Ch. BRÉCHON-MOULÈNES lie d'ailleurs la loyauté à la transparence¹²⁷. Ce lien est spécialement remarquable en droit public puisque la loyauté ne peut alors se traduire que par la transparence dans la mesure où, fondamentalement inégalitaire, le contrat administratif a vu son régime adapté à ses « déloyautés » par des mécanismes comme le fait du prince et les pouvoirs de résiliation ou de modification unilatérale.

Le secret des opérateurs économiques envers les commanditaires ne saurait dès lors être la source de limites à la transparence ; la transparence imposant même dans ce

¹²² Article 46 du Code des marchés publics

¹²³ Article 43 et 44 du Code des marchés publics

¹²⁴ Le nouvel article 47 du Code depuis 2004 : « *Le marché prévoit les conditions dans lesquelles il est résilié, aux torts du cocontractant de la personne publique, en cas d'inexactitude des renseignements prévus au 2°, aux b et c du 3° de l'article 45 et au I de l'article 46.* » n'exclut pas selon nous que la sanction de la résiliation aux torts du cocontractant soit étendue à d'autres cas – ou qu'une autre sanction soit prévue – et notamment en cas de dissimulation de renseignements utiles à la personnes publiques en application du principe de transparence.

¹²⁵ Cf. Arrêté du 26 février 2004 pris en application de l'article 45, alinéa premier, du code des marchés publics et fixant la liste des renseignements et/ou documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics pour l'organisation de cette transparence

¹²⁶ On notera toutefois l'article de CH. BRÉCHON-MOULÈNES, « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz ed., 2004, pp. 440-468. Cet article est toutefois tourné vers la loyauté de la personne publique mais nombre de ses remarques s'appliquent aussi à la loyauté du cocontractant. Cet auteur remarque à raison que la notion de bonne foi qui est intimement liée à celle de loyauté a été – un peu – plus traitée en droit public, notamment, pour le droit administratif, dans la thèse de M. LOMBARD, *Recherches sur le rôle de la bonne foi et de la mauvaise foi en droit administratif français*, Thèse, Strasbourg III, dactyl. 1978 (Cujas réserve Y-1169-1 et -2).

¹²⁷ *Ibid.*, p. 466

sens un refus du secret plus fort que dans le sens inverse. L'équilibre entre les cocontractants, habituellement lié aux « contrats administratifs », s'étend sur ce point aux contrats de la commande publique, même lorsqu'ils sont de droit privé.

983. *Conclusion sur la transparence.* Le professeur Ch. BRÉCHON-MOULÈNES montre que la transparence s'est développée dans les marchés publics lorsque la passation s'est libéralisée, c'est-à-dire lorsqu'on a arrêté d'avoir recours à la seule adjudication pour utiliser la procédure de l'appel d'offres. Cette dernière procédure apparaissant comme plus opaque parce que fondée sur des critères moins objectifs, on a estimé nécessaire de compenser par d'autres moyens ce manque, ce qui a conduit à « inventer » ce principe¹²⁸. On peut avancer une explication similaire pour la deuxième extension de la transparence et sa reconnaissance en tant que véritable principe dans le cadre des procédures de la commande publique : elle correspond à une seconde libéralisation des procédures et notamment à un développement des procédures négociées et la recherche d'une certaine « efficience » au sens de l'économie du droit¹²⁹. Cette seconde évolution fait de nouveau diminuer la transparence naturelle des procédures de passation en diminuant le formalisme et pousse, ce faisant, à vouloir développer de nouvelles formes de transparence, soit dans les procédures soit autour.

984. Il faudrait toutefois que ce principe soit clarifié. Sa reconnaissance actuelle est fondée sur une confusion entre *l'existence de transparence* et le *principe de transparence des procédures*. Ainsi, le droit communautaire surtout, le droit interne dans une moindre mesure, reconnaissent-ils le *principe de transparence* des procédures comme un « corollaire » des principes fondateurs de la commande publique, c'est-à-dire un « sous-principe » – le « sous » ne signifiant pas d'une valeur moindre mais une spécialité de ce principe par rapport aux principes plus larges. Dans ce sens on confond le *principe de transparence* avec les *effets des autres principes qui conduisent à ce qu'il y ait de la transparence* dans les procédures. On considère que tout ce qui est transparence est dû au principe de transparence, ce qui ne nous semble pas exact : bien des expressions de la transparence restent avant tout l'effet des autres principes. Le principe de transparence doit, selon nous, avoir une autre source, celle que le droit français lui reconnaît partiellement et qui en ferait un principe « autonome » : l'article 14 de la Déclaration de 1789. C'est dans cette dimension autonome que le principe peut apporter à la commande publique parce qu'il dépasse alors les principes fondateurs en n'étant pas seulement un principe de transparence *par* les procédures mais un principe de transparence *des* procédures. Ne nous méprenons pas : cette approche lui donne sa véritable valeur, mais ne lui donne pas le statut de « principe fondateur de la commande publique » – ces derniers se limitant aux deux que nous avons étudiés – en ce que le principe de « transparence des procédures » ne fonde pas *l'existence*

¹²⁸ CH. BRÉCHON-MOULÈNES « Transparence et marché public », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial colloque sur la transparence, pp. 45-62, spé. p. 52

¹²⁹ M. GUIBAL « Transparence et droit public des contrats », Perpignan, *PUP col. Études, Mélanges en l'honneur de Louis CONSTANS*, 1998, 398 pp., spé. pp. 287-293 dit à juste titre que : « Les procédures de mise en concurrence formalisées telle que l'appel d'offres sont considérées comme plus transparentes que les procédures de gré à gré ou négociées librement. Mais les procédures transparentes apparaissent comme moins performantes que les procédures négociées ».