

Marchés publics de l'Élysée

Quand le droit de la commande publique s'invite (timidement) au Palais

Etude #2

22 Juillet 2020



Elsa FOREY

*Responsable de la
chaire Présidence de
la République*

EN BREF

Les rapports que l'Élysée entretient avec le droit de la commande publique témoignent d'une relation complexe où la règle de droit est régulièrement écartée. Si cela peut se comprendre en raison du caractère spécial de la présidence de la République, il s'agit de pratiques souvent illégales qui suscitent de nombreuses interrogations, notamment au regard du droit pénal de la commande publique.



Mathias AMILHAT

*Responsable de la
chaire Contrats et
marchés publics des
collectivités*

Toute la question est de savoir si la présidence de la République doit être régie par le droit commun de la commande publique applicable à l'État. Les marchés publics passés par l'État sont généralement envisagés comme constituant une catégorie générique, par opposition aux marchés passés par les collectivités territoriales. Cette présentation repose essentiellement sur

les seuils de procédure applicables en la matière. En effet, si le seuil européen imposant la mise en œuvre d'une procédure formalisée est le même pour tous les acheteurs en matière de marchés publics de travaux¹, il varie lorsque le contrat passé est un marché de fournitures ou de services. Pour les secteurs « ordinaires », il existe deux seuils distincts qui varient en fonction de la nature de l'acheteur : un seuil de 139 000 € HT s'applique pour les marchés publics de fournitures et de services passés par l'État, tandis qu'un seuil plus élevé de 214 000€ HT s'applique lorsque ces marchés sont conclus par les collectivités territoriales et leurs établissements publics. En réalité, la distinction est plus complexe : elle ne repose pas sur l'opposition État / Collectivités territoriales mais sur la dichotomie entre « *les autorités publiques centrales* » et les « *autres pouvoirs adjudicateurs* »².

Quoi qu'il en soit, l'État, en tant que personne morale, est considéré comme un pouvoir adjudicateur dans les secteurs classiques et, plus largement, comme un acheteur en matière de marchés publics. Cela signifie donc que lorsque l'État décide de passer des contrats pour satisfaire ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, il est soumis aux dispositions du Code de la commande publique. **La présidence de la République relevant de l'État, la présentation pourrait simplement s'arrêter là et conclure à une soumission pleine et entière des achats de l'Élysée au droit de la commande publique, comme pour l'ensemble des achats réalisés par l'État. Ce n'est toutefois pas possible.**

L'État n'est pas envisagé comme une entité unique lorsqu'il s'agit de déterminer les règles applicables. Si tel était le cas, les achats de l'État devraient être centralisés et passés en commun, ce qui imposerait de manière quasi-systématique la passation de marchés de montants très importants soumis aux procédures formalisées. En effet, parmi les dispositions du Code qui précisent le calcul de la valeur estimée du besoin, il est prévu que ce calcul doit être effectué « *quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer* », en prenant en compte « *la valeur totale des travaux se rapportant à une opération* »³ ou la « *valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent*

¹ Il est de 5 350 000 € HT depuis le 1^{er} janvier 2020

² Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, JORF n°0286 du 10 décembre 2019. Cet avis constitue l'annexe n°2 du Code de la commande publique et reprend la distinction établie par les directives européennes

³ CCP, art. R. 2121-5

une unité fonctionnelle »⁴. Une application stricte de ces dispositions conduirait à regrouper les marchés publics de l'État par catégorie (marchés de travaux, de fournitures ou de services) et par unité opérationnelle ou fonctionnelle pour estimer la valeur des besoins et calculer les seuils de procédure. Dès lors, un nombre important de marchés passés devrait respecter les procédures formalisées de passation, tandis que les marchés conclus en procédure adaptée (MAPA) verraient leur nombre sensiblement réduit. Or, même si les règles applicables aux MAPA sont de plus en plus contraignantes, cette procédure continue d'offrir davantage de liberté aux acheteurs que ne le permettent les procédures formalisées⁵.

Ceci explique que, du point de vue de la commande publique, l'État ne soit pas envisagé comme un seul et même acheteur mais comme regroupant plusieurs acheteurs, identifiés par la Plateforme des achats de l'État (PLACE)⁶ comme des « entités d'achat ». Cette subdivision en « entités d'achat » semble reposer sur la notion d' « unité opérationnelle », bien que rien ne soit indiqué sur ce point. Il s'agit d'une notion européenne qui est reprise par le Code de la commande publique, sans davantage de précision⁷. Il est en effet prévu que « lorsqu'un acheteur est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée des marchés passés pour les besoins des différentes unités opérationnelles est prise en compte » mais que, « toutefois, lorsqu'une unité opérationnelle est responsable de manière autonome de ses marchés ou de certaines catégories d'entre eux, la valeur du besoin peut être estimée au niveau de l'unité en question »⁸. Les directives européennes permettent de comprendre un peu mieux cette notion. Ainsi, les unités opérationnelles peuvent être définies comme des unités autonomes au sein d'une même personne morale. Sans pouvoir considérer que cette définition serait limitative, une unité opérationnelle peut être identifiée lorsque celle-ci « mène de manière autonome les procédures de passation de marché et prend les décisions d'achat, dispose d'une ligne budgétaire

⁴ CCP, art. R. 2121-6

⁵ M. AMILHAT, « La « nouvelle » procédure adaptée : le maintien d'une singularité en trompe l'œil », *Contrats-Marchés publ.* 2017, étude 5

⁶ www.marches-publics.gouv.fr

⁷ Cette notion peut probablement être rapprochée de la notion éponyme que l'on retrouve en matière de finances publiques : ainsi les budgets opérationnels de programmes sont divisés en unités opérationnelles, lesquelles « mettent en œuvre les activités à mener pour les politiques publiques portées par le programme et déclinées dans le BOP » (<https://www.performance-publique.budget.gouv.fr/performance-gestion-publiques/gestion-publique-axee-performance/essentiel/s-informer/programmes-bop-uo-gestion-publique-en-prise-directe-realite-terrain#.XoMRCIgzUk>)

⁸ CCP, art. R. 2121-2, reprenant à l'identique l'article 5, 2° de la directive 2014/24/UE

séparée pour les marchés concernés, conclut le marché de manière autonome et assure son financement à partir d'un budget dont elle dispose »⁹.

Les entités d'achat de l'État – c'est-à-dire les entités qui sont susceptibles d'être envisagées comme des unités opérationnelles – sont réparties en 19 catégories parmi lesquelles apparaît celle des « Pouvoirs publics ». Elle regroupe trois entités d'achat : la présidence de la République, l'Assemblée Nationale et le Conseil constitutionnel. Elle n'intègre donc pas les « Services du Premier ministre », lesquels constituent une catégorie à part et autonome qui regroupe plus de 250 entités d'achat¹⁰. A l'inverse, **la présidence de la République est envisagée comme une seule entité d'achat. Cela signifie donc que tous les marchés publics passés par la présidence de la République sont appréhendés comme formant un ensemble.** Par conséquent, les marchés passés par l'Élysée – qui peuvent être des marchés de travaux, de fournitures ou de services – doivent être envisagés ensemble dans le cadre de l'estimation de la valeur des besoins s'ils portent sur une même opération (marchés de travaux) ou s'ils sont homogènes ou constituent une unité fonctionnelle (marchés de fournitures ou de services). Si l'on excepte la question de savoir sur quelle base est opéré le découpage entre les différentes entités d'achat de l'État, la présentation demeure relativement simple et conduit à considérer que la présidence de la République est un acheteur comme les autres. La complexité semble donc disparaître : **lorsque l'Élysée souhaite répondre à ses « besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent »¹¹, l'utilisation de marchés publics devrait s'imposer.** Pourtant, l'état des lieux est moins idyllique qu'il n'y paraît.

Que cela surprenne ou non, **le droit de la commande publique n'est entré que très récemment à l'Élysée.** Il a en effet fallu attendre 2008 pour qu'un contrôle des comptes et de la gestion de la présidence de la République par la Cour des comptes soit mis en place, à la demande du Président Sarkozy. Le premier rapport, établi en 2009 sur la gestion des services pour 2008, révèle que, dans l'immense majorité des cas, les achats réalisés par la Présidence de la République étaient effectués sans respecter le code des marchés publics. Parmi les situations

⁹ Considérant n°20 de la directive 2014/24/UE. A l'inverse, il est précisé qu'« une subdivision ne se justifie pas lorsque le pouvoir adjudicateur organise simplement la passation d'un marché de manière décentralisée ».

¹⁰ Le Sénat quant à lui n'apparaît pas sur la plateforme PLACE et publie ses annonces sur son propre site internet : <https://www.senat.fr/marches-publics/index.html>

¹¹ Conformément à la définition des marchés établie par l'article L. 1111-1 du Code de la commande publique. Il doit être d'ores et déjà précisé que la présidence de la République n'a jamais conclu de contrat de concession et, bien que cette possibilité demeure ouverte, la passation de tels contrats demeure fortement improbable.

relevées, il y en a une qui continue de faire débat : la convention signée le 1^{er} juin 2007 entre la présidence de la République et le cabinet de conseil Publifact « *pour un coût avoisinant 1,5 million d'euros* »¹². Outre le non-respect du droit des marchés publics, la Cour a relevé qu'une partie des sondages facturés à l'Élysée étaient également publiés dans la presse. Elle s'interrogeait donc sur l'utilité des dépenses engagées. C'est ainsi que va naître « *l'affaire des sondages de l'Élysée* », dont l'épilogue n'est pas encore connu¹³.

Ce n'est donc qu'à partir de ce premier rapport que la question du respect du Code des marchés publics d'abord, et du Code de la commande publique désormais a pu se poser. Cette arrivée tardive explique ainsi – en partie – un autre constat surprenant : les travaux scientifiques consacrés à la question des contrats passés par la présidence de la République sont quasiment inexistantes. En dehors de l'affaire des sondages de l'Élysée, qui a donné lieu à commentaires au fur et à mesure du parcours jurisprudentiel, rares sont les écrits qui s'intéressent à la question. René Dosière a pu relever les lacunes en la matière¹⁴ et, finalement, il n'y a guère que la Cour des comptes qui se soit penchée sur la question dans le cadre de ses différents rapports. Les spécialistes du droit de la commande publique ne se sont quant à eux jamais intéressés à la question.

Or, ce désintérêt doctrinal ne saurait être assimilé à un manque d'intérêt scientifique. L'étude des achats réalisés et des contrats conclus par la présidence de la République permet de s'interroger sur le respect du droit de la commande publique au plus haut sommet de l'État. L'analyse des relations entre l'Élysée et ses fournisseurs ou prestataires démontre que des progrès considérables ont été réalisés mais elle révèle, en même temps, que les règles de droit sont régulièrement écartées pour des motifs qui ne sont pas satisfaisants. Ainsi, la Présidence de la République procède fréquemment à des achats irréguliers au regard des règles applicables, ce qui impose que de nouvelles réformes soient menées.

En réalité, l'immixtion du droit de la commande publique dans les arcanes du Palais de l'Élysée apparaît comme un mouvement en cours, lent et progressif (I). Or, cette mise au pli nécessiterait des changements rapides pour que l'Élysée applique enfin correctement – et pleinement – le droit de la commande publique (II).

¹² Rapport de la Cour des comptes, Gestion 2008 des services de la présidence de la République, p. 11

¹³ V. infra, partie II

¹⁴ René Dosière, *L'argent caché de l'Élysée*, Seuil, 2007.

I. Une mise au pli progressive : la lente intégration de la commande publique par l'Élysée

Il n'est plus possible d'envisager les rapports de la Présidence de la République au droit de la commande publique comme ceux qui prévalaient avant 2008. Depuis que les comptes et la gestion de la présidence sont contrôlés par la Cour des comptes, de nombreuses évolutions sont en effet intervenues. L'immixtion du droit de la commande publique dans le fonctionnement élyséen trouve désormais à s'exprimer à la fois d'un point de vue institutionnel (A) et d'un point de vue matériel (B), même si les progrès accomplis demeurent d'importances inégales.

A. Une évolution institutionnelle satisfaisante : la structuration des achats élyséens

Le budget consacré à la Présidence de la République représente une centaine de millions d'euros par an, soit dix centimes pour mille euros de dépenses publiques¹⁵. Ce budget est réparti autour de deux axes : le premier concerne « *l'action présidentielle* », les crédits affectés devant permettre « *d'assurer les fonctions de représentation ainsi que les missions militaires et diplomatiques attachées au Chef de l'État (déplacements internationaux et nationaux, organisation des réceptions au Palais de l'Élysée)* ». Le second axe porte quant à lui sur « *l'administration de la présidence* » et intègre différentes dépenses « *ressources humaines et administration générale, gestion immobilière, moyens généraux, télécommunications et*

¹⁵ Le projet de loi de finances pour 2020 prévoit ainsi 105 316 000 pour les autorisations d'engagement et les crédits de paiement de la présidence de la République, ce qui correspond à une augmentation de plus de 2 millions d'euros par rapport à 2019.

informatique, sécurité, action sociale ... »¹⁶. Si cette présentation paraît pertinente du point de vue budgétaire, elle ne l'est pas au regard du droit de la commande publique : les marchés publics sont quantitativement plus nombreux dans le second axe mais leur utilisation reste nécessaire pour répondre aux besoins à réaliser dans le cadre du premier axe. Il suffit pour cela de songer aux réceptions organisées au Palais qui nécessitent, a minima, un approvisionnement en denrées alimentaires et en boissons.

Toutefois, le découpage ne repose pas uniquement sur l'identification de ces deux axes. En effet, l'annexe du bleu budgétaire consacrée aux pouvoirs publics précise que « *les dépenses sont ventilées en quatre catégories* »¹⁷. Elles regroupent les dépenses de personnel, les dépenses de fonctionnement, les dépenses liées aux déplacements présidentiels et les dépenses d'investissement. Parmi ces catégories, les dépenses de personnel ne sont pas véritablement concernées par les marchés publics¹⁸. En revanche, les trois autres catégories de dépenses entraînent la passation de marchés publics. C'est évidemment le cas pour les dépenses de fonctionnement. Celles-ci ont diminué depuis 2008 et l'instauration du contrôle opéré par la Cour des comptes. Le Gouvernement précise dans les bleus budgétaires que la réduction des dépenses de fonctionnement de l'Élysée s'explique en partie par la mise en place de procédures concurrentielles là où elles n'existaient pas et par l'organisation et l'optimisation des achats¹⁹. De la même manière, les dépenses d'investissement donnent lieu à la passation de marchés publics. Ces dépenses sont elles-mêmes ventilées en différentes sous-catégories qui permettent d'identifier les principaux domaines dans lesquels des investissements sont réalisés par la Présidence de la République. Ainsi, le bleu budgétaire annexé au PLF pour 2020 distingue les investissements qui concernent les télécommunications, l'informatique, le numérique et les

¹⁶ Bleu budgétaire annexé au projet de loi de finances pour 2019, annexe consacrée aux pouvoirs publics, p. 12 (https://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2019/pap/pdf/PAP2019_BG_Pouvoirs_publics.pdf). Cette répartition se retrouve dans le bleu budgétaire accompagnant le PLF 2020 : https://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2020/pap/pdf/PAP2020_BG_Pouvoirs_publics.pdf

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ Exception faite de certaines prestations de services, notamment lorsqu'il est question de faire intervenir des personnels en « extra » lors de certaines manifestations.

¹⁹ V. not. le bleu budgétaire annexé au projet de loi de finances pour 2019, annexe consacrée aux pouvoirs publics, préc., p. 15. Cette même précision se retrouve dans le bleu budgétaire annexé au projet de loi de finances pour 2020.

moyens audiovisuels de communication²⁰ ; ceux réalisés pour assurer la gestion immobilière des biens appartenant à la Présidence de la République²¹ ; ceux qui concernent la sécurité²² ; et ceux qui portent sur la communication numérique²³. Pour ces dépenses d'investissement, le recours aux marchés publics est clairement mis en avant. Pour une présentation sincère, il convient toutefois de préciser que les travaux réalisés sur les bâtiments utilisés par les services de la présidence relèvent en grande partie – et traditionnellement – du ministère de la culture, par l'intermédiaire de l'opérateur du patrimoine et des projets immobiliers de la culture (OPPIC)²⁴. Enfin, les dépenses liées aux déplacements présidentiels donnent elles aussi lieu à la passation de marchés publics. Il convient toutefois de préciser, dès à présent que dans ces différents domaines la couverture des achats par la commande publique reste imparfaite²⁵.

La structuration du budget présidentiel n'est – heureusement – pas la seule évolution perceptible d'un point de vue institutionnel. Afin d'atteindre une gestion efficace, la Présidence de la République s'est progressivement dotée de règles de fonctionnement propres et d'institutions et d'outils de plus en plus efficaces.

Du point de vue des règles, et **depuis le 1^{er} janvier 2017, la Présidence applique le règlement budgétaire et comptable adopté le 29 novembre 2016 et mis à jour le 29 mars 2019**²⁶. S'il ne fait qu'évoquer les marchés publics passés par la Présidence, ce règlement contient toutefois quelques informations utiles. Ainsi, il est indiqué qu'« *une délégation de signature spécifique concerne la passation des marchés publics* »²⁷. En effet, ce n'est à l'évidence pas le Président de la République qui organise la passation et gère l'exécution des marchés publics de l'Élysée. Cette

²⁰ 2,611 M€ pour 2020

²¹ 2,260 M€ pour 2020

²² 1,856 M€ pour 2020

²³ 440 K€ pour 2020

²⁴ L'intervention de l'OPPIC est rappelée dans plusieurs rapports de la Cour des comptes. Cette prise en charge s'explique en partie par le fait que les immeubles en question sont classés comme monuments historiques.

²⁵ V. infra I. B.

²⁶ Décision du 29 mars 2019 portant règlement budgétaire et comptable de la présidence de la République : <https://www.elysee.fr/admin/upload/default/0001/06/70e04dd98a698fb5f5eefd69a76e58262d61455f.pdf>

²⁷ Art. 11 de la décision

délégation de signature est donc établie au profit du directeur de cabinet qui est chargé « *de signer, au nom du Président de la République, tous actes et décisions concernant [...] les marchés publics et les actes se rapportant à leur exécution* »²⁸. Celui-ci peut, quant à lui, « *déléguer sa signature à ses subordonnés directs* »²⁹. Par ailleurs, le règlement budgétaire et comptable organise l'exécution des dépenses en matière de commande publique. Ainsi, il autorise le versement d'avances et d'acomptes aux entrepreneurs et aux fournisseurs, par exception au principe selon lequel le paiement ne peut intervenir avant l'échéance de la dette ou l'exécution du service³⁰. De plus, l'annexe de ce règlement précise que « *les spécifications en matière de pièces justificatives de dépenses se réfèrent à l'arrêté portant nomenclature des pièces justificatives de l'État en vigueur pour la commande publique* »³¹. Enfin, cette même annexe indique que le visa préalable du directeur « *s'exerce en principe pour toute dépense égale ou supérieure à 20 k€ et inférieure à 50k€* »³², tandis que le visa du « *responsable de la fonction financière (responsable du service achats et finances) prévu aux articles 83 et 86 du RBC [...] s'exerce pour toute dépense égale ou supérieure à 50 k€* »³³. Un véritable contrôle est donc mis en place s'agissant des dépenses engagées au travers des marchés publics. Pour autant, ce règlement budgétaire et comptable n'a pas pour objet de mettre en place un contrôle de la légalité des opérations, il permet seulement un contrôle de l'exécution budgétaire.

Au-delà de l'adoption de ces règles budgétaires et comptables, **la présidence de la République s'est également structurée en interne pour assurer une mise en œuvre plus efficace du droit de la commande publique**. Cette structuration a été réalisée de manière progressive à partir de 2008. Cette année-là, une note du directeur de cabinet de la présidence adressée aux chefs de service a permis la mise en place d'une commission unique d'ouverture des plis, chargée d'examiner les offres des fournisseurs sous la responsabilité du directeur général des services de

²⁸ Art. 1^{er} de l'arrêté du 25 février 2019 portant délégation de signature. Cet arrêté vise nommément M. Patrick STRZODA

²⁹ Art. 2 de l'arrêté du 25 février 2019

³⁰ Art. 46 du règlement budgétaire et comptable

³¹ Point 1.1 de l'Annexe du règlement budgétaire et comptable, lequel précise également les mentions que doivent obligatoirement comporter les factures.

³² Point 2.2 de l'Annexe

³³ Point 2.3 de l'Annexe

la présidence³⁴. La structuration s'est ensuite poursuivie de manière progressive. Ainsi, en 2009, un chargé de mission « achats » a été recruté et placé auprès du chef du service financier³⁵. En 2012 ensuite, un pôle « achats » a été créé au sein des services de l'Élysée, sur recommandation de la Cour des comptes³⁶. Ses objectifs ont été fixés par une instruction de la directrice de cabinet du 11 décembre 2012 : il était alors compétent pour gérer tous les achats d'un montant supérieur à 15 000€³⁷ et a été chargé de préciser les règles applicables en matière de marchés publics en établissant un guide d'achat, une cartographie des achats et en précisant le champ d'application des exceptions admises par le Code des marchés publics de l'époque³⁸. Les services de la présidence se sont ensuite dotés d'une commission d'attribution des marchés et accords-cadres (CAMAC) en 2013³⁹. Son intervention a été prévue pour toutes les commandes supérieures à 90 000 € hors taxes, ce qui correspond au seuil imposant une publicité au BOAMP ou dans un journal d'annonces légales⁴⁰. Au cours de cette même année, des conventions ont également été passées avec l'Union des groupements d'achats publics (UGAP) et avec l'économat des armées afin de « sécuriser » les achats d'un montant inférieur à 15 000 €, c'est-à-dire pour éviter que ces achats soient réalisés directement auprès d'opérateurs économiques, sans qu'un marché public ne soit conclu.

Le pôle achats a ensuite été renforcé en 2015, en l'associant aux conférences budgétaires et par la mise en place d'une nouvelle application – baptisée NABUCO – supposée renforcer le

³⁴ Rapport de la Cour des comptes pour 2008, *préc.* Le rapport relève toutefois que, pour l'année 2008, cette commission n'a été réunie que trois fois...

³⁵ Rapport de la Cour des comptes, Gestion 2009 des services de la présidence de la République, p. 3

³⁶ Rapport de la Cour des comptes, Les comptes et la gestion des services de la présidence de la République – comptes 2012, gestion du 15 mai 2012 au 31 décembre 2012, p. 4

³⁷ Ce montant constituait alors le seuil en-dessous duquel les marchés publics pouvaient être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables. Après avoir été réévalué à 25 000€ HT, il est fixé à 40 000€ HT depuis le 1^{er} janvier 2020.

³⁸ La question principale portant alors sur l'article 3.7 du Code des marchés publics qui permettait de déroger aux dispositions de ce dernier pour des raisons de sécurité et de confidentialité.

³⁹ Rapport de la Cour des comptes, Les comptes et la gestion des services de la présidence de la République (exercice 2013), p. 4

⁴⁰ CCP, art. R. 2131-12

suivi et l'analyse des achats réalisés⁴¹. De nouveaux axes stratégiques ont également été identifiés : « *travail conjoint avec les services sur l'expression et la formalisation des besoins ; recherches de mutualisations au niveau interne entre les services et au niveau interministériel ; suivi des renouvellements des marchés ; actualisation de la cartographie des achats ; contribution du pôle à l'élaboration du nouveau règlement budgétaire et comptable et au déploiement d'un module marché dans le cadre de la nouvelle application* »⁴².

A partir de 2017, une réforme plus profonde des services a été initiée par le directeur de cabinet du Président de la République⁴³. Ce dernier a souhaité faire appel à un prestataire extérieur pour évaluer l'organisation des services et leur refondation. Ainsi, un cabinet a été « sollicité » en 2018 et la réforme devait permettre en 2019 de « *passer d'une structure répartie en 17 services à une organisation en quatre directions* »⁴⁴. Les services de la présidence sont ainsi répartis entre la Direction des opérations, la Direction de la sécurité, la Direction de la communication et la Direction des ressources et de la modernisation, le « Service Achats et Finances » relevant de cette dernière direction⁴⁵.

Enfin, pour parfaire le dispositif textuel et institutionnel mis en place, **les services de la présidence ont développé certains outils qui doivent permettre une application efficace et légale du droit de la commande publique**. Ainsi, en 2009, les services de la présidence ont établi un programme de révision des contrats pour le dernier trimestre 2009 et le premier trimestre 2010⁴⁶. En 2013 ensuite, les services de la présidence ont rédigé un guide des procédures applicable en matière de marchés publics et ils ont réalisé une cartographie des achats. Le guide

⁴¹ Rapport de la Cour des comptes, Les comptes et la gestion des services de la présidence de la République (exercice 2015), p. 5

⁴² Rapport de la Cour des comptes, Les comptes et la gestion des services de la présidence de la République (exercice 2016), p. 4. Ces axes sont rappelés dans les rapports ultérieurs, pour 2017 et 2018.

⁴³ Rapport de la Cour des comptes, Les comptes et la gestion des services de la présidence de la République (exercice 2017), p. 21

⁴⁴ Rapport de la Cour des comptes, Les comptes et la gestion des services de la présidence de la République (exercice 2018), p. 2

⁴⁵ Source : <https://www.elysee.fr/la-presidence/cabinet-du-president-de-la-republique-et-services-de-l-elysee>

⁴⁶ Rapport de la Cour des comptes pour 2009, *préc.*, p. 3

des procédures a depuis été remplacé par un « guide de la commande publique ». Celui-ci distingue notamment les règles applicables aux marchés inférieurs au seuil qui permet de recourir à des marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables – pour lesquels il est prévu de demander la fourniture de trois devis – et celles applicables aux marchés dont le montant dépasse ce seuil – qui nécessitent la mise en œuvre de procédures plus ou moins contraignantes suivant si les seuils des procédures formalisées sont ou non atteints. De plus, afin de suivre l'exécution des contrats et d'assurer leur renouvellement, un outil partagé de suivi des marchés et de leur exécution a également été mis en place et il a également été prévu que les dossiers relatifs aux marchés publics seraient conservés au-delà des mandats présidentiels⁴⁷.

Le développement des outils s'est poursuivi lors des exercices suivants. Ainsi, **en 2014 les services de la présidence ont actualisé certains outils et en ont développé de nouveaux**. Ainsi, le champ d'application de la cartographie des achats a été revu⁴⁸ et la fiche d'expression des besoins a été refondue. D'ailleurs, l'actualisation de la cartographie des achats a été organisée annuellement par la suite. Ils ont également démarré la mise à jour du classeur des procédures. Par ailleurs, les services ont mis en place des feuilles signalétiques de marchés par service, établi un planning de suivi des marchés, et mis en place un système d'alerte sur les reconductions de marchés. De plus, à partir de 2014 et 2015, les services de la présidence ont développé la mutualisation des achats en ayant recours à des marchés et à des accords-cadres interministériels et en passant par l'UGAP⁴⁹. Ce perfectionnement des outils existants a continué de 2016 à 2018. Ainsi, **en 2016 les services de la présidence ont développé une fiche déontologique à destination des acheteurs** et « *de toute personne participant au processus d'achat, rappelant les principes de l'achat public et encadrant les relations avec les fournisseurs* »⁵⁰. Dans le même sens, et à partir de 2017, les services de la présidence ont bénéficié de « *la mise au point du module marché de la nouvelle application budgétaire et comptable* », permettant « *de répertorier l'ensemble des marchés, ainsi que de dématérialiser les*

⁴⁷ Rapport de la Cour des comptes pour 2013, *préc.*, p. 4

⁴⁸ Son périmètre a été étendu « au commandement militaire, au service de l'audiovisuel et à la cellule internet ». Rapport de la Cour des comptes, Les comptes et la gestion des services de la présidence de la République (exercice 2014), p. 3

⁴⁹ Rapport de la Cour des comptes pour 2015, *préc.*, p. 4. La Cour évoque dans ce rapport l'existence d'un marché mutualisé pour les vins de champagne, d'un accord-cadre interministériel pour le stockage des données informatiques et des marchés de l'UGAP pour la fourniture de gaz et d'électricité, ainsi que pour l'acquisition de licences informatiques.

⁵⁰ Rapport de la Cour des comptes pour 2016, *préc.*, p. 4

pièces des procédures »⁵¹. La carte des achats, en plus d'être actualisée, a quant à elle été refondue dans un nouveau format qui « *doit permettre de disposer d'indicateurs spécifiques à l'achat public et de réaliser une synthèse annuelle des dépenses de la présidence* »⁵². Elle permet notamment de connaître le « *taux de couverture des dépenses sur marchés* », c'est-à-dire le taux des dépenses effectuées en utilisant des marchés publics. Il s'agit d'une information particulièrement importante qui permet, a contrario, de connaître la part des dépenses réalisées sans utiliser des marchés publics. Toujours en 2017, la fiche déontologique a été remplacée par « *une charte de déontologie à l'usage des acheteurs, qui rappelle les principes de la commande publique et encadre les relations avec les fournisseurs* »⁵³. Enfin, en 2018, les services de l'Élysée ont actualisé le guide des procédures de la commande publique et la charte de déontologie à l'usage des acheteurs afin de prendre en compte les évolutions de la matière⁵⁴. Sur ce point néanmoins, il est possible de regretter une forme de « retard à l'allumage » quand l'on sait que les Ordonnances transposant les directives européennes de 2014 sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 2016 et n'ont donc été intégrées dans les mises à jour qu'en 2018...

Malgré tout, l'immixtion du droit de la commande publique a permis de nombreuses avancées en structurant les services de la présidence et en modernisant les outils à leur disposition. Pour autant, en dépit de ces évolutions institutionnelles indéniables, l'application effective des règles demeure trop imparfaite.

B. Une application imparfaite : l'utilisation de la commande publique pour les achats élyséens

Il faut rappeler que le droit de la commande publique n'a pas attendu 2008 pour s'inviter au Palais. Toutefois, si des mises en concurrence existaient auparavant, elles n'étaient pas

⁵¹ Rapport de la Cour des comptes pour 2017, *préc.*, p. 22. Ce module devrait néanmoins faire l'objet d'une mise à jour en raison de faiblesses dénoncées dans le rapport pour 2017 et rappelées dans celui pour 2018.

⁵² *Ibidem*. Les indicateurs en question sont notamment des « d'indicateurs par fournisseur et/ou par marché pour l'ensemble des services et par service » (Rapport de la Cour des comptes pour 2018, *préc.*, p. 27).

⁵³ Rapport de la Cour des comptes pour 2017, *préc.*, p. 22

⁵⁴ Rapport de la Cour des comptes pour 2018, *préc.*, p. 27

systematiques⁵⁵. De plus, lorsque de telles procédures étaient mises en œuvre, le droit des marchés publics n'était pas toujours appliqué ou était appliqué de manière superficielle. Or, face à ces carences initiales, les réactions de la présidence de la République n'ont pas été à la hauteur.

L'expansion du droit de la commande publique est initiée lors du mandat de Nicolas Sarkozy mais elle est progressive et assez timide. Par une série de courriers du 28 janvier 2008 le directeur de cabinet du Président de la République annonce la mise en œuvre de nouvelles dispositions avec pour objectif le respect du droit de la commande publique et la rationalisation des achats. Parmi les nouveautés, il est prévu une « *révision de tous les contrats ou dépenses dont le montant annuel est supérieur au seuil des marchés, afin de procéder au cours de l'année [2008] à des mises en concurrence systématiques, quand celle-ci n'est pas déjà pratiquée* ». L'objectif est d'obtenir une réduction des coûts sans que cela n'entraîne « *forcément le changement de fournisseur ou de prestataire de services* »⁵⁶. L'application du droit des marchés publics est alors uniquement envisagée au travers des économies qu'elle peut permettre de réaliser, tandis que ses apports pour les opérateurs économiques sont éludés. Or, c'est oublier que l'objectif premier du droit des contrats publics reste de participer à la réalisation du marché intérieur en permettant une ouverture à la concurrence des différentes procédures de passation. De la même façon, l'objectif de transparence n'est pas davantage évoqué, alors qu'il relève des principes fondamentaux de la commande publique.

En pratique, l'année 2008 n'a pas permis d'atteindre les objectifs fixés. Au contraire, la présidence de la République a continué de contourner ou d'écarter le droit des marchés publics de manière quasi-systématique. Tout d'abord, certains achats ont été réalisés en dehors de toute procédure de marché. Ce fût notamment le cas des achats de produits de bouche. Ces derniers ne faisaient pas l'objet de marchés publics, les achats étant réalisés directement auprès des fournisseurs, et les paiements étant pour la plupart effectués « *au simple vu des factures sans accompagnement de bons de commande ou de fiches d'engagement* »⁵⁷. Cela conduisait à

⁵⁵ Rapport de la Cour des comptes pour 2008, *préc.*

⁵⁶ *Ibidem*

⁵⁷ Rapport de la Cour des comptes pour 2008, *préc.*

des situations de monopole ou de quasi-monopole pour certains fournisseurs, alors même que le montant des achats était particulièrement important. Par exemple, les achats de boucherie ont atteint 196 375 € en 2008. A l'époque, pour les marchés de fournitures, le seuil imposant le recours à une procédure formalisée de passation était fixé à 133000 € HT pour les autorités publiques centrales. Or, aucune procédure de passation n'a été mise en œuvre. Pire: 70% de ces achats ont été effectués directement auprès d'un seul et même fournisseur, c'est-à-dire pour un montant de plus de 137 000 € !⁵⁸ De la même manière, l'organisation des déplacements présidentiels ne donnait jamais lieu à l'organisation d'appels d'offres⁵⁹. Par ailleurs, d'autres achats ont été réalisés auprès de fournisseurs anciennement titulaires de marchés publics alors que ces contrats étaient arrivés à terme et n'avaient pas été reconduits. Cette situation a été relevée tant pour la fourniture de combustibles – pour un montant de 121 000 € en 2008 – que pour les fournitures administratives – pour un montant de 288 000 € cette même année⁶⁰. Enfin, certains contrats ont été passés sans que le droit des marchés publics ne soit correctement appliqué. Ainsi, à propos de l'organisation de la « Garden party » de l'Élysée le 14 juillet 2008, la Cour indique qu'une consultation a été engagée auprès de quatre entreprises concernant l'aménagement des tentes. Seules deux d'entre elles ont répondu, et « *bien qu'il ne soit pas, et de loin, le moins disant, le prestataire en charge de cette manifestation depuis 1995 a été retenu alors que l'offre de son concurrent n'atteignait que 186.904 €, contre 296.437 € pour la sienne* »⁶¹. La commission interne d'analyse des offres a justifié ce choix par le manque d'expérience du second soumissionnaire, ce que n'a pas manqué de dénoncer la Cour des comptes en rappelant que la procédure mise en œuvre était justement une procédure restreinte supposée n'admettre que des entreprises disposant de l'expérience et du savoir-faire

⁵⁸ *Ibidem*. Dans le même sens, 91% des achats de boissons non alcoolisées pour 2008 ont été réalisés auprès d'un seul fournisseur, pour un montant de 115 000 €.

⁵⁹ La Cour relève bien les contraintes particulières liées aux déplacements présidentiels mais il n'est pas possible de considérer que ces contraintes empêchent tout respect du droit de la commande publique. Les services de la Présidence de la République ont d'ailleurs indiqué dès 2009 leur intention de recourir à des appels d'offres « *auprès de voyagistes et de groupes hôteliers d'envergure internationale* ». Rapport 2008, *préc.*, spéc. p. 14

⁶⁰ Dans le premier cas, un marché public avait été conclu en 2002 et avait pris fin en 2005, ce qui n'a pas empêché la poursuite de l'approvisionnement en combustibles auprès de l'entreprise titulaire de l'ancien marché. Dans le second cas, deux marchés existaient : le premier est arrivé à terme en 2004, le second en 2005. Or, les titulaires de ces différents marchés ont continué d'assurer l'approvisionnement de la Présidence de la République sans qu'une remise en concurrence ne soit organisée.

⁶¹ Rapport de la Cour des comptes pour 2008, *préc.*

nécessaires. On se demande alors ce qui est le pire : ne pas passer de contrat et effectuer des achats directs ou passer un contrat en feignant de respecter la légalité pour aboutir au choix d'un prestataire prédéterminé... ? Dans les deux cas, l'existence d'un délit de favoritisme pourrait être avérée⁶². Or, une problématique similaire se retrouve à propos des études réalisées pour le compte de l'Élysée⁶³. En effet, la convention conclue avait été passée sans procédure de mise en concurrence et reposait sur un document d'une seule page. De plus, elle prévoyait que le cabinet de conseil était seul juge « *de l'opportunité, dans le temps et dans les thèmes, des sondages ou études d'opinion dont il [confiait] l'exécution aux instituts spécialisés de son choix* »⁶⁴, ce qui témoigne de manquements essentiels du point de vue de la définition des besoins.

Ce bilan critique en matière de respect du droit des marchés publics a conduit la présidence de la République à indiquer que l'année 2008 correspondait à une période transitoire pour permettre la mise en place des procédures, tout en précisant que tous les contrats qui arriveraient à échéance par la suite seraient « *systématiquement renouvelés dans le respect du code des marchés publics* », la mise en concurrence devenant la règle à partir de juin 2009⁶⁵. Il était alors possible d'espérer un respect scrupuleux du droit des marchés publics à partir de 2009, exception faite des contrats signés et en cours d'exécution pour lesquels une dénonciation pouvait s'avérer compliquée⁶⁶. Le constat est beaucoup plus nuancé : la mise au pli de l'Élysée ne s'est réalisée que par à-coups, et de manière imparfaite.

⁶² Les juridictions pénales retiennent une interprétation large du délit d'octroi d'avantage injustifié, couramment désigné comme délit de favoritisme. Il y a avantage injustifié dès lors que le contrat a été obtenu en violation des dispositions du droit de la commande publique et l'élément intentionnel « est caractérisé par l'accomplissement en connaissance de cause d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats » dans les contrats de la commande publique : Cass. Crim., 14 janvier 2004, Bull. crim. 2004, n° 11, pourvoi n° 03-83.396.

⁶³ Il s'agit de l'affaire dite « des sondages de l'Elysée ». V. intro.

⁶⁴ Rapport de la Cour des comptes pour 2008, *préc.*

⁶⁵ Rapport de la Cour des comptes pour 2008, *préc.*

⁶⁶ Le caractère illégal desdits contrats aurait probablement justifié leur résiliation mais l'incertitude financière liée à de telles résiliations explique que la présidence préfère attendre que les contrats arrivent à échéance.

Pour 2009, la Cour des comptes estime que « *la situation s'améliore très nettement* » à partir du second semestre⁶⁷. Parmi les efforts relevés, il est possible de noter l'organisation d'appels d'offres pour la « *Garden Party* » du 14 juillet, pour l'achat de certains produits alimentaires, ainsi que pour les prestations d'études et de sondages d'opinion. Pour autant, ce constat n'équivaut pas à un respect total du droit des marchés publics. Ainsi, certains « *services continuent de recourir à des bons de commande alors même que le total des montants facturés [...] pour des prestations de même nature dépasse le seuil au-delà duquel une procédure formalisée de mise en concurrence est obligatoire* ». Par exemple, aucun marché n'a été passé pour les achats de fleurs alors que le budget consacré à ce poste était de 297 252 €...⁶⁸ Pareillement, aucune procédure n'a été lancée pour les déplacements présidentiels, contrairement à ce que les services de la présidence de la République avaient annoncé. Par ailleurs, les procédures menées pour certains achats et les contrats conclus continuent de démontrer un non-respect du droit des marchés publics. Ainsi, les prestations de conseil et de communication reposaient sur des contrats « *trop succincts dans leur forme, ce qui ne permet pas [...] de sécuriser le contrôle du service fait* »⁶⁹. Dans le même sens, en matière de restauration, les appels d'offres ont été lancés « *auprès des fournisseurs avec lesquels, de longue date, il était jusqu'ici pour la plupart d'entre eux, traité de gré à gré* »⁷⁰. Il y a donc eu une forme de « présélection » en faveur des fournisseurs déjà en relation avec la Présidence, ce qui est contraire au droit des marchés publics et à son objectif d'ouverture à la concurrence. Or, si 2009 pouvait également apparaître comme une période transitoire, les exercices budgétaires suivants conduisent à un constat identique : le respect du droit de la commande publique progresse à l'Élysée mais son application demeure imparfaite.

Ainsi, en 2010 la Cour des comptes met en avant les procédures menées en matière d'études et de sondages, qui ont donné lieu à la conclusion de quatre contrats après mise en œuvre « d'une

⁶⁷ Rapport de la Cour des comptes pour 2009, *préc.*, p. 2

⁶⁸ Rapport de la Cour des comptes pour 2009, *préc.*, p. 26

⁶⁹ *Ibidem*, p. 4

⁷⁰ *Ibidem*, p. 25

procédure de consultation rigoureuse »⁷¹. Dans le même sens, elle relève l'organisation d'un appel d'offres pour les achats de fleurs⁷². Pour autant, la Cour relève un certain nombre de manquements ou de pratiques qui ne respectent pas le droit de la commande publique. Ainsi, lorsque des procédures d'appel d'offres existent, les anciens fournisseurs sont trop souvent les seuls candidats, à défaut de « *mesures de publicité adaptées* »⁷³. De la même manière, les nouveaux contrats pour les prestations de conseil et de communication ont été conclus sans qu'une procédure de publicité et de mise en concurrence conforme aux règles fixées par le Code des marchés publics ne soit mise en œuvre⁷⁴. Enfin, l'achat de l'Airbus A330-200 destiné aux déplacements gouvernementaux suscite des interrogations, tant à propos du choix de recourir à une « *procédure de marchés négociés avec mise en concurrence mais sans publicité préalable* », que s'agissant de la décision de recourir à un marché unique regroupant « *l'achat de l'appareil et son aménagement* »⁷⁵. Dès lors, et même si la Cour des comptes considère que « *la mise en concurrence des fournisseurs, à peu près inexistante jusqu'en 2008, est devenue la règle* »⁷⁶, les achats illégaux sont restés nombreux en 2010.

Or, il en va de même pour la période du 1^{er} janvier 2011 au 15 mai 2012⁷⁷. La Cour relève ainsi que « *des achats d'appareils de sonorisation et de télévision, pour des montants atteignant*

⁷¹ Rapport de la Cour des comptes, Gestion 2010 des services de la Présidence de la République, p. 4. La Cour précise toutefois qu'une partie des commandes en la matière ont été exécutées par le service d'information du gouvernement, la présidence prenant en charge les frais sur son budget après-coup.

⁷² *Ibidem*, p. 8. Cette indication aurait pu être relevée à décharge en indiquant que, pour l'année 2010, les achats de fleurs ont continué d'être réalisés directement (budget de 251 000 €).

⁷³ *Ibidem*, p. 4

⁷⁴ *Ibidem*, p. 9. La Cour note également un problème persistant dans la description des prestations qui empêche un contrôle efficace de l'adéquation entre les prestations et leur coût.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 10-11. Rien ne semblait justifier l'absence de publicité préalable, l'acheteur pouvant imposer des conditions de participation permettant de s'assurer des compétences des soumissionnaires en matière de sécurité. De plus, l'absence d'allotissement interroge car les exigences de sécurité ne s'imposent pas de la même manière pour l'achat de l'appareil et pour son aménagement. Il convient cependant de préciser que c'est le ministère de la Défense qui a piloté l'opération et qui a payé pour l'achat de cet avion. Le contrôle de la Cour des comptes a ainsi quelque peu « débordé » le budget présidentiel, ce qui avait été assez mal perçu par l'Élysée.

⁷⁶ Rapport de la Cour des comptes, Gestion 2010 des services de la Présidence de la République, p. 4

⁷⁷ Rapport de la Cour des comptes, Les comptes et la gestion des services de la Présidence de la République – comptes de 2011 – gestion du 1^{er} janvier 2011 au 15 mai 2012

respectivement 108 724 € et 98 848 €, ont été effectués sans mise en concurrence formalisée ». De la même manière, l'Élysée a acheté « 300 micro-ordinateurs pour un coût de 398 767 € » après n'avoir consulté que « trois entreprises avec lesquelles il a été traité au vu de simples devis ». Par ailleurs, la « réfection des réseaux informatiques d'un montant de 336 028€ a été confiée à une seule société, au terme d'une consultation informelle et sans recours à la publicité »⁷⁸. Dans ces trois hypothèses⁷⁹, la présidence de la République aurait dû avoir recours à des marchés publics respectant les procédures formalisées de passation. Or, elle a choisi de ne pas respecter les procédures formalisées, ni même les principes fondamentaux de la commande publique. De plus, l'opération de réfection des réseaux informatiques, confiée à une seule entreprise, révèle un non-respect du principe de l'allotissement.

De la même manière, la remise à niveau du système anti-intrusion du Palais de l'Élysée a été confiée « pour un montant de 486 000€ en 2010 et 472 000 € en 2011, à une société, créée en 2009, dont le capital s'élève à 1910 €, qui n'a jamais déposé ses comptes et n'emploie qu'un salarié ». Or, « le choix de cette entreprise avec laquelle il a été traité de gré à gré, dans un secteur pourtant concurrentiel, [...] ne reposait que sur une condition à laquelle nombre d'autres entreprises auraient pu satisfaire »⁸⁰. En effet, la seule exigence posée était de répondre à une obligation de confidentialité qui nécessitait d'avoir obtenu une habilitation « Confidentiel défense ». De là à identifier un délit de favoritisme, il n'y a qu'un pas qu'il est difficile de ne pas franchir...

Enfin, la Cour revient sur les contrats problématiques passés tant en matière de sondages que d'études et de conseils. S'agissant des sondages, elle rappelle qu'à partir de 2011 ils ont été commandés à la suite d'appels d'offres qui peuvent être présumés conformes au droit des marchés publics applicable à l'époque. Ce constat est rassurant au regard des dépenses consacrées à ces sondages (794 383 € pour 2011). Pour autant, les « livrables correspondant aux sondages » n'ont été transmis ni à la Cour des comptes, ni au service financier, ni au service des

⁷⁸ Rapport de la Cour des comptes pour 2011, *préc.*, p. 5

⁷⁹ Il est en effet possible de considérer que les achats d'appareils de sonorisation et de télévision portaient sur des objets similaires qui devaient être pris en compte dans leur totalité pour déterminer les règles de publicité et de mise en concurrence applicables

⁸⁰ Rapport de la Cour des comptes pour 2011, *préc.*, p. 6

archives de la présidence⁸¹. Ainsi, si le droit des marchés publics a été respecté, la question demeure de savoir si ces commandes ne constituent pas un détournement de fonds publics. A l'inverse, le non-respect du droit des marchés publics est clairement mis en avant s'agissant des prestations d'études et de conseils. La Cour relève que les dépenses « *ont été réparties entre le cabinet Giacometti-Peron et la société Publifact, en exécution de contrats plusieurs fois modifiés par avenants, qui n'ont donné lieu ni à publicité ni à mise en concurrence pour des montants de 475 338€ pour le cabinet Giacometti-Peron et 143 520€ pour la société Publifact en 2011* »⁸². Les montants en jeu sont donc particulièrement importants et l'objet des contrats ne permettait pas de justifier une dérogation aux règles de la commande publique. On comprend alors, au-delà du versant administratif du problème, que le droit pénal de la commande publique ait été mobilisé et que, depuis mai 2012, la Présidence de la République n'ait plus directement fait appel à des cabinets de conseils ou à des instituts de sondages... **D'ailleurs, dès le début de son rapport pour la période du 15 mai au 31 décembre 2012, la Cour évoque la « suppression de dépenses telles celles de conseils et de sondages »**⁸³ et cette mention se retrouve dans tous les rapports ultérieurs.

La mise en conformité s'est poursuivie lors du mandat de François Hollande, sans aboutir à une situation entièrement satisfaisante. La part des achats réalisés sur la base de marchés publics continue de progresser, mais de manière inégale en fonction des années. Ainsi, en 2012, 34% des achats de denrées, fournitures et équipements, ont été réalisés par l'intermédiaire de marchés publics contre 22% en 2011⁸⁴. En 2013, la part des achats sur marchés continue d'augmenter pour atteindre « *59 % des commandes opérées par les trois principaux services (intendance,*

⁸¹ Rapport de la Cour des comptes pour 2011, *préc.*, p. 13. La liste des sondages figure dans le rapport de la Commission des finances consacré aux pouvoirs publics en novembre 2009 (<http://www.assemblee-nationale.fr/13/budget/plf2010/b1967-tIII-a33.asp>). C'est cette liste qui a conduit Monsieur Avrillier à réclamer le contenu des sondages. Il finira par les obtenir par décision du tribunal administratif de Paris, après un avis favorable de la CADA. L'analyse des sondages lui a permis de vérifier que certains sondages n'avaient rien à voir avec la présidence, ce qui a conduit l'association Anticor à déposer une plainte pour détournement de fonds publics.

⁸² P. 13 du rapport consacré à la période du 1^{er} janvier 2011 au 15 mai 2012. La Cour précise que pour les premiers mois de l'année 2012, ces contrats ont représenté une dépense de 79 211, 08€ en faveur du cabinet Giacometti-Peron et de 23 920 € en faveur de la société Publifact.

⁸³ Rapport de la Cour des comptes pour 2012, *préc.*, p. 2

⁸⁴ Rapport de la Cour des comptes pour 2012, *préc.*, p. 4

informatique, immobilier/moyens généraux), qui représentent 70 % du total des dépenses »⁸⁵. De plus, grâce à un marché passé avec l'UGAP, la part des achats sur marchés pour l'entretien des locaux est passé de 27% en 2012 à 87% en 2013, tout en réalisant une économie de plus de 300 000€⁸⁶. En 2014 toutefois, ce taux de couverture par des marchés publics pour les trois principaux services baisse à 57%, alors que l'objectif fixé était de 80%⁸⁷. Ce n'est qu'en 2015 qu'un saut quantitatif peut être observé avec 70% des achats de ces services réalisés sur marchés⁸⁸, le seuil des 80% étant atteint en 2016⁸⁹. Pour autant, la Cour des comptes relève dans ses différents rapports que certains achats ont continué d'être réalisés hors marchés⁹⁰. Enfin, certaines procédures de passation n'ont pas été menées conformément à la réglementation. Ainsi, des erreurs ont été commises : la procédure lancée en 2012 pour les achats de journaux « a été déclarée infructueuse en raison de prescriptions techniques inadaptées »⁹¹ ; tandis qu'un marché de fourniture de denrées alimentaires pour la restauration des personnels a été exécuté en 2013 « sans support juridique contractuel, faute de notification »⁹². Surtout, certaines dérogations prévues par la réglementation ont été mobilisées sans que cela ne soit nécessairement justifié. La Cour révèle ainsi qu'en 2012 les services de la présidence ont eu régulièrement recours à la procédure prévue par l'article 3.7 du code des marchés publics pour écarter toute procédure de publicité et de mise en concurrence, sans que cela ne soit toujours

⁸⁵ Rapport de la Cour des comptes pour 2013, *préc.*, p. 4

⁸⁶ Les dépenses passent de 790 000€ en 2012 à 489 000€ en 2013. Rapport de la Cour des comptes pour 2013, *préc.*, p. 10.

⁸⁷ Rapport de la Cour des comptes pour 2014, *préc.*, p. 3

⁸⁸ Rapport de la Cour des comptes pour 2015, *préc.*, p. 4. Le taux de couverture est même de « plus de 90 % pour le service de l'administration et de la conservation des résidences présidentielles ».

⁸⁹ Rapport de la Cour des comptes pour 2016, *préc.*, p. 5

⁹⁰ C'était notamment le cas en matière d'assurances pour 2012 ainsi que pour les achats de billets d'avion en 2013 et jusqu'à la fin de l'année 2014. En 2015, ce sont les achats du service de l'intendance qui sont pointés du doigt car 81% des dépenses ont été réalisées hors marchés en raison du retard dans le lancement d'une nouvelle procédure pour les marchés de restauration. Ces achats directs se sont poursuivis en 2016 dans certains secteurs « comme la blanchisserie, dont le coût atteint 400 000 € », les prestations audiovisuelles concernant les déplacements présidentiels (pour un montant de 280 000€), ou les marchés alimentaires (dont le renouvellement porte sur un montant de 180 000€).

⁹¹ Rapport de la Cour des comptes pour 2012, *préc.*, p. 10

⁹² Rapport de la Cour des comptes pour 2013, *préc.*, p. 4

justifié⁹³. De la même manière, en 2013, un marché de location de véhicules utilitaires a été conclu en application de l'article 28-II du code des marchés publics – c'est-à-dire sans publicité ni mise en concurrence – alors que l'utilisation de cette procédure n'était pas non plus justifiée⁹⁴.

Cette progression mesurée se retrouve dès les deux premières années du mandat d'Emmanuel Macron. Ainsi, « *pour les six services supports de la présidence de la République, la couverture des dépenses par des marchés publics a atteint 82 % des dépenses de la présidence en 2017* »⁹⁵. Ce taux augmente légèrement en 2018 pour passer à 83%⁹⁶. Des progrès peuvent d'ailleurs être relevés, comme le recours à un marché public pour les prestations de taxi, le lancement d'un nouveau marché public pour les moyens d'impression « *après un état des lieux réalisé par un prestataire* », ou la mise en place d'un marché public spécifique pour les achats de journaux en kiosques, « *sept ans après la réalisation de l'audit correspondant* »⁹⁷... De plus, de nouveaux marchés ont été conclus pour « les articles jetables et produits d'entretien, les dépenses vestimentaires, les cabines de traduction » et la blanchisserie⁹⁸. Pour autant, dans de nombreux cas les services de la présidence ne respectent toujours pas le droit de la commande publique. Ainsi, des dépenses continuent d'être réalisées hors marchés : certaines concernent des prestations ou fournitures pour lesquelles la présidence de la République n'a jamais appliqué le droit de la commande publique⁹⁹ ; tandis que d'autres concernent des prestations pour lesquelles des marchés publics ont été passés et sont arrivés à échéance sans être renouvelés¹⁰⁰. Parmi les sources d'étonnement, il est possible de relever l'existence d'une convention portant sur des prestations de coiffure et maquillage, conclue en mai 2017, pour un montant forfaitaire

⁹³ Rapport de la Cour des comptes pour 2012, *préc.*, p. 4. Sur la mise en œuvre de cette exception, désormais reprise et précisée par l'art. L. 2512-3 du Code de la commande publique, voir infra

⁹⁴ Rapport de la Cour des comptes pour 2013, *préc.*, p. 4

⁹⁵ Rapport de la Cour des comptes pour 2017, *préc.*, p. 22

⁹⁶ Rapport de la Cour des comptes pour 2018, *préc.* p. 27. Les nouveaux marchés concernent « *les articles jetables et produits d'entretien, les dépenses vestimentaires, les cabines de traduction* » et le marché pour la blanchisserie. La Cour évoque également le « *renouvellement de certains marchés concernant l'acquisition de mobiliers* ».

⁹⁷ Rapport de la Cour des comptes pour 2017, *préc.*, p. 24

⁹⁸ Rapport de la Cour des comptes pour 2018, *préc.*, p. 27.

⁹⁹ Les prestations de blanchisseries, déjà évoquées dans le rapport précédent, sont également mises en avant dans le rapport de 2017. Il est toutefois précisé qu'un marché public est attendu dans ce secteur en 2018

¹⁰⁰ La Cour évoque l'acquisition de mobiliers.

mensuel de 5200 € et pour une durée d'un an renouvelable par tacite reconduction¹⁰¹. La Cour des comptes ne s'en offusque pas mais, compte tenu du montant cumulé ne serait-ce que pour une année, il convient de rappeler que ces prestations auraient dû donner lieu à la conclusion d'un marché public, après publicité et mise en concurrence, selon une procédure de passation adaptée. De plus, il conviendrait de rappeler aux services de la présidence que les conditions d'une reconduction sont encadrées en matière de marchés publics et que le montant total des prestations envisagées, périodes de reconduction comprises, doit être pris en compte lorsqu'un acheteur évalue la valeur estimée de ses besoins... De plus, si la Cour relève une fois de plus et dans l'ensemble la « bonne maîtrise des procédures » par les services de la présidence, il est également indiqué que ces services ont avancé des raisons de sécurité pour déroger au droit de la commande publique sans que cela ne soit réellement justifié, que cela soit pour le « *marché de conseil relatif à la transformation de l'organisation des services de la présidence* » ou pour « *celui relatif à la réalisation de la piscine démontable du fort de Brégançon* »¹⁰².

Ainsi, et alors que les évolutions institutionnelles sont globalement satisfaisantes, la mise en œuvre concrète du droit de la commande publique reste très aléatoire et nécessite que d'importantes réformes soient envisagées.

¹⁰¹ Rapport de la Cour des comptes pour 2017, préc., p. 23. Lors du quinquennat précédent François Hollande avait recruté un contractuel pour les prestations de coiffure et de maquillage. Il s'agissait de se démarquer de son prédécesseur qui faisait appel à des prestations de service jugées trop élevées par la Cour des comptes. La commission des finances avait néanmoins protesté car la rémunération du contractuel était de 9895 euros brut mensuels. Ceci permet de relativiser le montant de 5200€ mensuels sans justifier l'absence de procédure de publicité et de mise en concurrence.

¹⁰² Rapport de la Cour des comptes pour 2018, p. 28. Sur cette question, v. infra II. B. La Cour relève également, s'agissant du marché passé avec le cabinet de conseil, que l'exécution « *n'a pas donné lieu à la fourniture exacte des prestations prévues au marché en 2018* ».

II. Une mise au pli largement perfectible : la nécessité de changements profonds pour l'Élysée

Il ne fait pas de doute, comme le souligne René Dosière, qu'il reste « *des progrès à faire en matière de passation des marchés publics* » car « *il y a peu de temps qu'on expérimente* »¹⁰³. On ajoutera que ces progrès resteront limités sans une clarification du droit s'appliquant aux marchés de la présidence de la République (A). C'est au regard de ce cadre juridique consolidé que les pratiques élyséennes doivent encore évoluer pour se mettre en stricte conformité avec les règles de la commande publique (B).

A. Clarifier le droit des marchés de la présidence de la République

Les marchés publics passés par la présidence n'avaient guère retenu l'attention des médias jusqu'à ce qu'une affaire judiciaire ne vienne défrayer la chronique. Connue sous le nom de « *l'affaire des sondages de l'Élysée* », celle-ci a mis à jour des pratiques exorbitantes au regard des règles de passation des marchés, posant ainsi la question de l'application du droit de la commande publique aux marchés passés par la présidence de la République. Sans entrer dans les détails de cette affaire, rappelons simplement que la Cour des comptes, qui contrôle le budget de l'Élysée depuis 2008, avait dévoilé dans son rapport de 2009, une convention de prestation de conseil et d'études d'opinion passée en violation des règles des marchés publics. La convention était en effet conclue en dehors de toute mise en concurrence préalable, sans aucun appel d'offres, en dépit de son montant élevé. La méconnaissance de cette règle fondamentale de la commande publique était, en l'occurrence, d'autant plus problématique que le principal

¹⁰³ « René DOSIÈRE, un parlementaire au service de la transparence financière de la vie politique », Propos recueillis par M. CARON et A. LE MOAL, *RFFP* 2016, n° 136, p. 253, spéc. p. 260.

bénéficiaire était un proche du Président de la République. Une association de lutte contre la corruption (ANTICOR) a ensuite saisi la justice pénale pour délit de favoritisme et détournement de fonds publics. Après six années d'enquête, six personnes, toutes proches d'un ancien Président de la République, sont appelées à comparaître devant le tribunal correctionnel pour répondre, entre autres, du délit de favoritisme. Selon les avocats de la défense « *la partie sera difficile pour le tribunal sur une question inédite et très juridique : le code des marchés publics ne s'était jamais appliqué à la présidence depuis le début de la V^e République. Or si la règle n'est pas claire, le doute doit profiter aux mis en cause* »¹⁰⁴.

Depuis les révélations de la Cour des comptes, plusieurs notes et instructions émanant du cabinet du Président de la République ont imposé aux services des pratiques plus conformes aux règles de la commande publique. Il faut désormais aller plus loin et affirmer plus explicitement la soumission des marchés de la présidence au droit de la commande publique afin qu'ils n'apparaissent plus comme des objets juridiques non identifiés. Cette clarification du cadre juridique, en plus d'être « *éminemment souhaitable* », est juridiquement et « *matériellement possible* », pour reprendre les termes des conclusions de Catherine Bergeal à propos d'une autre affaire qui a concerné les marchés publics conclus par l'Assemblée nationale¹⁰⁵.

1. Une clarification nécessaire

Les rapports de la Cour des comptes font preuve d'une certaine tolérance à l'égard de la présidence, sans doute parce que le cadre juridique présente encore trop d'incertitudes. A plusieurs reprises, elle parle d' « *errements* » ou d' « *anomalies* » là où la présidence n'a pas respecté les règles de mise en concurrence pour la passation de marchés d'un montant pourtant supérieur au seuil au-delà duquel la mise en concurrence est imposée par le code de la commande publique. Elle fait part également de ses « *réserves* » en ce qui concerne une convention conclue de gré à gré alors que tout laisse à croire que cette pratique est en contradiction avec le droit de la commande publique. Dans son premier rapport sur les comptes

¹⁰⁴ Philippe BOUCHEZ EL GHOZI, avocat de M. GUÉANT, propos recueillis par l'AFP, *Le Monde*, 29 août 2019

¹⁰⁵ Catherine BERGEAL, conclusions sur CE, ass., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, n° 163328, *RFDA*, 1999, p. 333.

et la gestion des services de la présidence (2009), elle constate que des progrès peuvent être faits dans le domaine des achats « *afin de rendre cette gestion exemplaire* », ce qui renvoie au lexique de l'éthique et non à celui de la légalité. Cette terminologie est révélatrice des doutes qui pèsent encore sur le régime juridique auquel les marchés publics de la présidence sont soumis. La lecture des rapports de la Cour des comptes laisse penser que l'évolution des pratiques (l'alignement de la présidence sur le droit de la commande publique) est dictée par des mesures intérieures (les notes de cabinet essentiellement) et dépend donc de la bonne volonté de l'Élysée, ce qui ne contribue pas à consolider le cadre normatif. A cet égard, elle se félicite dans son rapport de 2011 que « *la mise en concurrence des fournisseurs, à peu près inexistante jusqu'en 2008, (soit) devenue la règle* », ce qu'elle réaffirme dans son rapport de 2014 : « *le recours à des marchés publics pour les achats de la présidence constitue désormais la règle* ». Or, elle se contente de décrire des pratiques (« *la cour a constaté les progrès dans le respect de l'application du CMP depuis qu'elle examine les comptes de la présidence de la République* », souligne-t-elle dans son rapport de 2013). Reste à savoir si ces pratiques ont donné naissance à une règle (à l'image de cette « tradition » élyséenne invoquée par les collaborateurs du Président de la République dans l'affaire des sondages, mais dans un sens inverse, l'Élysée se pliant volontairement cette fois aux règles de la commande publique).

Le cadre normatif reste donc incertain et l'application du droit de la commande publique aux marchés de la présidence interroge encore, de la même façon que la question a pu se poser à propos des marchés passés par l'Assemblée nationale. L'analogie avec la présidence de la République est d'autant plus intéressante que les deux institutions sont classées parmi les pouvoirs publics constitutionnels auxquels le Conseil constitutionnel reconnaît une autonomie financière.

La question s'est en effet posée devant le Conseil d'État à propos de deux marchés passés par l'Assemblée nationale portant respectivement sur l'installation et sur l'exploitation de l'équipement audiovisuel du Palais-Bourbon. La décision du Conseil d'État, rendue en assemblée¹⁰⁶ est surtout connue pour avoir admis la compétence des juridictions administratives dans les recours contre les marchés passés par les services des assemblées parlementaires : « *Considérant que les marchés conclus par les assemblées parlementaires en vue de la réalisation*

¹⁰⁶ CE, ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, n° 163328 ; rec. p. 42 ; *AJDA* 1999, p. 409, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR ; *JCP* 1999, II, 10090, note H. DESCLODURES ; E. THIERS, *RDJ* 1999, p. 1785 ; P. BRUNET, *Recueil Dalloz* 1999, n° 40, p. 627.

de travaux publics ont le caractère de contrats administratifs ; que, dès lors, et sans qu'y fassent obstacle les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 susvisée, il appartient à la juridiction administrative de connaître des contestations relatives aux décisions par lesquelles les services de ces assemblées procèdent au nom de l'État à leur passation ; qu'il en va de même des décisions relatives aux marchés conclus en vue de l'exploitation des installations des assemblées lorsque ces marchés ont le caractère de contrats administratifs »¹⁰⁷.

Mais son intérêt ne s'arrête pas là. Une fois admise la compétence du juge administratif, celui-ci dut en effet se prononcer sur la légalité des deux marchés, à la demande de la société évincée, ce qui le conduisit à s'interroger sur l'application ou non du code des marchés publics aux contrats passés par l'Assemblée nationale. L'assemblée du contentieux a jugé en l'espèce « *qu'en l'absence de réglementation particulière édictée par les autorités compétentes de l'Assemblée nationale, les contrats litigieux sont régis par les prescriptions du code des marchés publics* ». En d'autres termes, c'est parce qu'il n'existait aucune réglementation particulière que les contrats litigieux étaient régis par le code des marchés publics. Comme la doctrine l'a souligné, cet arrêt, bien qu'il reconnaisse la compétence du juge administratif dans le contentieux contractuel des chambres, affirme avec beaucoup de force l'autonomie (« administrative », « normative ») des assemblées en leur appliquant « *par défaut* »¹⁰⁸ les règles de la commande publique et en reconnaissant du même coup qu'elles « *puissent édicter des règles propres dérogeant, sur certains points, aux prescriptions du code des marchés publics* »¹⁰⁹. A l'époque, chacune des deux assemblées a en effet un règlement de comptabilité (pris par arrêté du bureau de chaque assemblée) prévoyant que le code des marchés publics s'applique en dehors de cas déterminés par arrêtés des questeurs¹¹⁰. En conséquence, l'arrêt suggère aussi que les assemblées

¹⁰⁷ Cette compétence sera consacrée plus tard sur le plan législatif puisque l'ordonnance du 17 novembre 1958 sur le fonctionnement des assemblées parlementaires sera complétée en 2003 par la disposition suivante issue de la loi du 1^{er} août 2003 : « La juridiction administrative est également compétente pour se prononcer sur les litiges individuels en matière de marchés publics ».

¹⁰⁸ Selon l'expression de Harold DESCLODURES dans sa note sur cet arrêt, *préc.*

¹⁰⁹ Voir l'analyse de l'arrêt sur le site du Conseil d'État.

¹¹⁰ Article 22 de l'arrêté du Bureau de l'Assemblée nationale du 13 décembre 1967 portant règlement de comptabilité, mentionné dans la thèse de Harold DESCLODURES (*Le droit administratif des assemblées parlementaires*, thèse soutenue en 1999 à l'Université Lille 2) introuvable sur internet car non publié.

parlementaires sont soumises au droit des marchés publics parce qu'elles en ont décidé ainsi dans leurs règlements de comptabilité.

Cette solution a suscité de nombreuses critiques parmi la doctrine ; dans ses conclusions, Catherine Bergeal invitait, pour sa part, à « *juger que le code des marchés publics s'applique aux marchés des Assemblées parlementaires* ». Et il est vrai que la décision du Conseil d'État a de quoi surprendre. Les marchés de l'Assemblée nationale étant passés au nom de l'État – ce que la haute juridiction administrative admet d'ailleurs dans cet arrêt – ne devraient-ils pas être soumis au droit commun de la commande publique ? La thèse est défendue par la doctrine majoritaire. Cette remarque vaut pour ces dernières comme pour la présidence de la République. D'ailleurs, l'idée est sous-jacente dans l'arrêt rendu par la chambre d'instruction de la Cour d'appel de Paris à propos des sondages de l'Élysée lorsqu'elle précise, en juin 2016, qu'« *aucun texte ne justifie que la présidence de la République soit une entité à part, exempte de toute responsabilité pénale* »¹¹¹.

L'arrêt du Conseil d'État au sujet des marchés publics de l'Assemblée nationale ajoute à la confusion qui caractérise le cadre juridique auquel sont soumis les marchés de la présidence. En reconnaissant aux assemblées parlementaires la possibilité d'adopter une réglementation particulière concernant leurs marchés, cet arrêt pourrait aller dans le sens de la thèse avancée par la défense dans l'affaire des sondages de l'Élysée, à savoir que la présidence a pu se dispenser d'appliquer les règles des marchés publics. Dans ce sens, on pourrait faire valoir que, si les assemblées parlementaires sont soumises au code de la commande publique, c'est uniquement parce qu'elles en ont décidé ainsi dans leur règlement de comptabilité. La présidence, pour sa part, avait fait un autre choix jusqu'en 2008. Ainsi, au début du mandat du Président Sarkozy, lorsque l'Élysée passe son premier contrat pour la commande de sondages auprès de la société Publifact de Patrick Buisson, la directrice de cabinet (Emmanuelle Mignon) semble alors être la seule à penser que le code des marchés publics s'applique à la présidence de la République. L'enquête menée par *Le Monde* est édifiante : « lorsqu'elle demande au directeur financier de vérifier le contrat Buisson, elle ignore que ce dernier a pour seul bréviaire une note laissée par le chef du service financier du général de Gaulle. Les fonds de la présidence sont "gérés selon un mode extrêmement souple" et "sont en quelque sorte les héritiers directs de

¹¹¹ *Libération*, Renaud LECADRE, 3 novembre 2017

la cassette royale”, est-il expliqué. Sur les marchés publics, la page 3 est limpide : *“la loi ne s’applique pas”* »¹¹².

Les instructions du cabinet ont, certes, été modifiées depuis mais les incertitudes demeurent. Ces instructions prévoient-elles des aménagements et des dérogations au code de la commande publique ? Dans quelle mesure s’en écartent-elles ? Il est impossible de le savoir, celles-ci n’étant pas publiées. Quelle force juridique ont-elles ? Un candidat évincé d’un marché public pourrait-il s’en prévaloir devant la justice ? Quid de la sécurité juridique si le cabinet peut moduler à sa guise, au gré de notes et d’instructions non publiées, l’application du droit de la commande publique ?¹¹³

On le voit, la question de l’application du droit de la commande publique aux marchés passés par l’Élysée soulève bien des interrogations. Celles-ci trouveront sans doute des réponses devant la juridiction pénale saisie de l’affaire des sondages. Sans préjuger de ce que dira le tribunal correctionnel, nous pensons qu’il est nécessaire de clarifier et de consolider l’édifice juridique auquel sont soumis les marchés publics conclus par la présidence.

Il faut affirmer plus explicitement que le droit de la commande publique est applicable aux marchés de la présidence de la République. Deux formules juridiques peuvent être proposées.

La première consisterait à **compléter le règlement budgétaire et comptable de la présidence par une disposition selon laquelle les marchés publics de la présidence de la République sont soumis au code la commande publique.** C’est ce qu’affirment, on l’a vu, les règlements budgétaires des assemblées parlementaires pour leurs propres marchés. L’inconvénient de cette formule est que le règlement budgétaire et comptable de l’Élysée n’est qu’un règlement intérieur publié sur le site de la présidence, dont l’opposabilité et l’invocabilité posent question. La Cour des comptes avait préconisé qu’il soit adopté par le biais d’un décret du Président de la République pris en conseil des ministres, après avis du Conseil d’État, ce qui n’a pas été retenu par la présidence et que l’on peut regretter.

¹¹² *Le Monde*, Emeline CAZI, 24 septembre 2015

¹¹³ A cet égard, une opinion défendue par certains auteurs nous interroge sur une analogie qui peut être faite avec la décision du Président SARKOZY de soumettre le budget de l’Élysée au contrôle de la Cour des comptes. Ce contrôle a en effet été analysé comme une autolimitation de la part du Président de la République et sur lequel il pourrait revenir (Chloé MATHIEU, *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse soutenue à l’Université Montpellier, 2015, p. 89). Si la remarque est juridiquement exacte, un Président de la République pourrait-il politiquement remettre en cause cette pratique validée par trois Présidents ?

La deuxième formule pourrait consister à **adopter une disposition à part, prenant la forme d'un décret pris par le Président de la République en conseil des ministres après avis en Conseil d'État et publié au Journal officiel comme le suggérait la Cour à propos du règlement budgétaire**. Cette formule, plus sûre sur le plan juridique, présenterait l'inconvénient de traiter à part le cas des marchés publics.

Reste la question de savoir si cette disposition pourrait, à l'image des règlements budgétaires des chambres, laisser place à une réglementation spécifique pour les marchés conclus par l'Élysée. Le règlement budgétaire, comptable et financier de l'Assemblée nationale dispose en effet que « *La passation et l'exécution des marchés de l'Assemblée nationale sont soumises aux mêmes règles que celles applicables aux marchés publics de l'État **sous réserve de modalités propres définies par arrêté du Bureau*** »¹¹⁴. Il est précisé dans le règlement intérieur sur les marchés publics de cette assemblée (pris par arrêté du bureau le 6 avril 2001) que « *Les marchés de l'Assemblée nationale sont régis par les dispositions applicables aux marchés publics de l'État, **sous réserve des dispositions du présent arrêté, complété par arrêté des questeurs*** ». Le règlement budgétaire et comptable du Sénat dispose dans le même sens que « *La passation et l'exécution des marchés du Sénat sont régies par les dispositions applicables aux marchés publics de l'État, **sous réserve des adaptations prévues par arrêté du Bureau et par les arrêtés et mesures d'application pris par les Questeurs*** »¹¹⁵. S'ils sont, pour l'essentiel, soumis au code de la commande publique, les marchés passés par les assemblées parlementaires dérogent donc en partie au droit commun¹¹⁶.

La question de savoir dans quelle mesure les actes internes des institutions politiques peuvent déroger au droit commun s'est posée aussi à propos de la présidence de la République et plus particulièrement de son règlement budgétaire et comptable. La présidence s'est efforcée de s'aligner sur les dispositions du décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, en distinguant notamment la comptabilité générale, la comptabilité budgétaire et la comptabilité analytique et en prévoyant la mise en place d'un dispositif de contrôle interne budgétaire et comptable. La Cour des comptes défend l'idée selon laquelle le

¹¹⁴ Cinquième partie : les marchés publics (Article 74) : Application du code des marchés publics

¹¹⁵ Quatrième partie : marchés publics (Article 39) : Passation et exécution des marchés publics

¹¹⁶ V. sur cette question J.-F. KERLEO, E. LEMAIRE, R. RAMBAUD, *Transparence et déontologie parlementaires : bilan et perspectives*, Institut Universitaire Varennes, 2019.

règlement devrait s'en rapprocher davantage (notamment en ce qui concerne l'indépendance du comptable de l'Élysée) mais les services de la présidence ont fait connaître leur désaccord avec cette analyse en se prévalant du principe d'autonomie financière des pouvoirs publics¹¹⁷ ainsi que des spécificités de la présidence. Ces objections pourraient être faites également s'agissant d'un alignement des marchés de la présidence sur le droit de la commande publique. Elles ne nous semblent pas insurmontables, comme nous allons le montrer maintenant.

2. Une clarification conforme au principe d'autonomie financière et aux spécificités de la présidence de la République

La présidence de la République, comme tout pouvoir public constitutionnel, bénéficie du principe d'autonomie financière que le Conseil constitutionnel a rattaché à la séparation des pouvoirs. Longtemps, cette autonomie a été mal définie. Tout en y voyant « *la faculté pour une institution de fixer librement le montant de ses crédits et d'en assurer l'exécution et le contrôle* », Vincent Dussart, dans sa thèse sur l'autonomie financière des pouvoirs publics, admettait aussi qu'elle se « *mesure plus qu'elle ne se définit* »¹¹⁸. Dans deux décisions rendues en 2001, le Conseil constitutionnel a apporté plusieurs précisions : l'autonomie financière se manifeste au stade de la détermination des crédits et au stade de l'exécution du budget des pouvoirs publics¹¹⁹. Tout d'abord, il résulte de l'autonomie financière des pouvoirs publics « *la règle selon laquelle les pouvoirs publics constitutionnels déterminent eux-mêmes les crédits nécessaires à leur fonctionnement* »¹²⁰. Ensuite, il découle de ce principe la règle selon laquelle les crédits des pouvoirs publics ne sauraient être spécialisés par programmes mais par dotations qui, à la

¹¹⁷ Cour des comptes, rapport sur les comptes et la gestion des services de la présidence de la République, 2010.

¹¹⁸ V. DUSSART, *L'autonomie financière des pouvoirs publics constitutionnels*, CNRS Editions, 2000.

¹¹⁹ Pour une présentation de cette jurisprudence, voir la thèse de Chloé MATHIEU, *La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse soutenue à l'Université de Montpellier en 2015.

¹²⁰ CC, Décision n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*

différence des autres programmes budgétaires, ne donnent pas lieu à l'élaboration de projets annuels de performances (PAP)¹²¹.

Tel qu'il est défini par le Conseil constitutionnel, le principe d'autonomie financière s'oppose-t-il à ce que les marchés de la présidence de la République soient soumis au code de la commande publique, comme n'importe quel marché passé au nom de l'État ?

S'il découle de ce principe constitutionnel une grande liberté pour les pouvoirs publics qui en bénéficient, lesquels, en plus d'être maîtres dans la détermination de leurs crédits, ne sont pas assignés à des objectifs de performance, il ne faudrait pas en élargir le champ d'application et la portée au-delà de ce que le Conseil constitutionnel a jugé.

En outre, ce principe n'est pas absolu, notamment lorsqu'il entre en contradiction avec d'autres exigences constitutionnelles. C'est le cas des principes fondamentaux de la commande publique auxquels le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle¹²² : principe d'égalité de traitement des candidats, principes de liberté d'accès à la commande publique et de transparence des procédures. Le Conseil considère que ces principes garantissent le bon usage des deniers publics qui est un autre principe constitutionnel auquel peut se heurter l'autonomie financière des pouvoirs publics. Tous ces principes ayant une valeur constitutionnelle, comme le principe d'autonomie financière, en cas de confrontation, c'est la technique de la conciliation qui s'imposerait. Il est donc excessif de ce point de vue de penser que les pouvoirs publics « *semblent libérés de toute contrainte à l'occasion de l'exécution de leurs crédits* »¹²³.

La présidence de la République, comme n'importe quel autre pouvoir public constitutionnel, est soumise en outre aux exigences du droit de l'Union européenne et en particulier aux principes fixés par les directives européennes, dont il faut rappeler que la transposition est une exigence constitutionnelle. Dans le champ de la commande publique, ces principes découlent en grande partie de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics¹²⁴. En vertu de l'article 18 (Principes de la

¹²¹ CC, décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*

¹²² CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*

¹²³ C. MATHIEU, La séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, thèse soutenue à l'Université de Montpellier, 2015, p. 87.

¹²⁴ La directive 2014/23 concerne les contrats de concession, tandis que la directive 2014/25 s'applique aux marchés passés dans les secteurs dits « en réseau ».

passation de marché) : « *Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée. Un marché ne peut être conçu dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente directive ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques* ». De plus, il est nécessaire de rappeler que les principes fondamentaux de la commande publique ont été consacrés par le Conseil constitutionnel à la suite de la Cour de justice¹²⁵ et que ces principes européens s'appliquent quel que soit le montant du marché¹²⁶. Or, la réglementation européenne ne prévoit pas d'exclusion pour les marchés passés par les pouvoirs publics. Dans ce sens, un arrêt de la Cour de justice du 17 septembre 1998 juge que les assemblées parlementaires sont des organismes soumis aux règles d'adjudication des marchés publics. Elle considère en effet que « *la notion d'État à laquelle se réfère cette disposition recouvre nécessairement tous les organes qui exercent les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire* »¹²⁷. Cette jurisprudence vaut donc tout autant pour les marchés passés par la présidence de la République.

Comme le souligne le traité des contrats administratifs des professeurs Delvolvé, Moderne et Laubadère, ces principes constitutionnels et européens « *recouvrent en fait une même exigence : celle que la concurrence doit être égalitaire : égalitaire en ce que toutes les entreprises doivent pouvoir accéder à la commande publique ; égalitaire, encore, en ce que durant la procédure de mise en concurrence, aucune discrimination ne saurait être opérée par la personne publique* »¹²⁸. Ces principes s'imposent à tous, y compris aux pouvoirs publics constitutionnels¹²⁹.

Reste à examiner une autre objection qui consiste à faire prévaloir les spécificités des marchés passés par la présidence et qui n'est pas sans lien avec l'autonomie des pouvoirs publics. L'argument est souvent avancé par la présidence pour justifier un certain nombre de dérogations

¹²⁵ CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, rec. p. I-10745 ; AJDA 2001, p. 106, note L. Richer ; p. 329, chron. H. LEGAL, C. LAMBERT et J.-M. BELORGEY

¹²⁶ CJCE, ord., 3 déc. 2001, aff. C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, rec. p. I-9507

¹²⁷ CJCE, 17 septembre 1998, aff. C-323/96, *Commission c./ Royaume de Belgique*, rec. p. I-05063

¹²⁸ A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ 1984, t. 1, n°576

¹²⁹ C'est ce qu'affirme aussi Jean-Pierre CAMBY à propos des assemblées parlementaires (cf. « Actes parlementaires », *Répertoire de contentieux administratif*, Avril 2019, §55).

aux règles de la commande publique : la commande dans l'urgence – à laquelle doit souvent faire face l'Élysée – et surtout la sécurité et la confidentialité – recherchée auprès des fournisseurs – s'accommoderaient difficilement des procédures formalisées de la commande publique. Cette impossibilité pratique de respecter les règles de la commande publique suscite une forme de tolérance à l'égard de la présidence de la République que l'on trouve, on l'a vu, jusque dans les rapports de la Cour des comptes.

Cet argument peut être écarté au vu des règles de la commande publique, lesquelles tiennent compte de ces exigences particulières. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision de 2003¹³⁰, évoquait lui-même des exceptions aux procédures de publicité résultant du libre accès à la commande publique (« *des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache à rattraper un retard ou la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* »).

Tout d'abord, le droit de la commande publique ne nie pas les situations d'urgence ; elles sont envisagées (l'existence « *d'une urgence particulière* » fait en effet partie des hypothèses dans lesquelles les acheteurs ont la possibilité de passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalable en vertu de l'article L. 2122-1 du CCP) et organisées par le code de la commande publique afin de permettre d'adapter l'achat public aux différentes situations. A cet égard, le code distingue l'urgence simple et l'urgence impérieuse. Il y a urgence simple si les délais normaux de réception de candidatures et des offres sont rendus impraticables par l'urgence. L'urgence permet de diminuer les délais minimums de réception des candidatures et des offres ainsi que les délais d'envoi des renseignements complémentaires sur les documents de la consultation¹³¹. L'urgence impérieuse correspond à un « *cas renforcé d'urgence* »¹³². Elle obéit à des conditions plus exigeantes que la première (circonstances extérieures que l'acheteur ne pouvait prévoir) car, dans ce cas, les acheteurs ont la possibilité de passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables (CCP article L. 2122-1).

Il est vrai que, comme l'indique René Dosière, « quand tous les chefs d'État de la planète doivent venir déjeuner à l'Élysée à la dernière minute (ce fut le cas après les attentats de

¹³⁰ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

¹³¹ Cette possibilité de réduction des délais n'est pas ouverte en dialogue compétitif.

¹³² cf. Fiche « L'urgence dans les contrats de la commande publique », Direction des affaires juridiques, mise à jour le 1 avril 2019.

2015), *il est compliqué de lancer des appels d'offre pour le repas* »¹³³. Mais le code n'ignore pas cette réalité. Les marchés publics passés pour les fournitures de nourriture et de boisson ou les services de traiteur font généralement l'objet de marchés à bons de commandes qui permettent d'ajuster les achats en fonction des besoins tout au long de la période d'exécution du marché. Par ailleurs, si les marchés conclus ne permettent pas de parer à l'urgence, il est toujours possible d'arguer de cette dernière pour déroger aux règles « ordinaires » de la commande publique.

Pour ce qui concerne la sécurité, l'article L. 2512-3 du Code de la commande publique porte sur « *les marchés publics qui exigent 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 l'exige, à condition que cette sécurité ou cette protection ne puisse pas être garantie par d'autres moyens* ». Ces marchés publics, à l'image de ceux qui établissent des « *relations internes au secteur public* », échappent à la plupart des règles fixées par le Code de la commande publique. Leur passation n'est pas soumise aux procédures fixées par le Code, tandis que leur exécution ne fait l'objet que d'un encadrement allégé¹³⁴.

Nous pensons donc que ni le principe d'autonomie financière ni les spécificités de la présidence de la République ne s'opposent à une application stricte du droit de la commande publique aux marchés de l'Élysée. Cette clarification juridique doit s'accompagner d'une mise en conformité des pratiques élyséennes avec le droit de la commande publique.

B. Mettre en conformité les pratiques élyséennes avec le droit de la commande publique

On l'a vu, **ces pratiques ont considérablement évolué depuis 2008** ; la Cour des comptes le remarque chaque année dans son rapport annuel sur les comptes et la gestion des services de la

¹³³ « René DOSIÈRE, un parlementaire au service de la transparence financière de la vie publique », préc., p. 261

¹³⁴ Il s'agit essentiellement de respecter les règles relatives aux délais de paiement et à la sous-traitance, v. les articles L. 2521-1 à L. 2521-4 du CCP

présidence. Il reste néanmoins bien des efforts à faire en matière de publicité et de transparence comme en ce qui concerne les dérogations en matière de procédures ordinaires de passation des marchés.

1. Améliorer la transparence et la publicité

En dehors des informations divulguées dans le rapport annuel de la Cour des comptes sur la gestion de la présidence de la République, les pratiques élyséennes en matière de marchés restent opaques. Ce manque de transparence est dû à des difficultés d'accès à l'information. La transparence est pourtant indispensable pour identifier les dysfonctionnements de la présidence, comme en témoigne l'affaire des sondages dont l'origine réside dans le contrôle du budget de l'Élysée effectué par la Cour des comptes en 2008. Comme celle-ci le notait déjà dans son rapport de 2011 (exercice 2010) : « *Pour s'assurer que la concurrence a joué pleinement, sans doute conviendrait-il à l'avenir que l'intendance élargisse les appels d'offres à de plus nombreux candidats, par des mesures de publicité adaptées* ».

Il nous paraît donc nécessaire de faciliter l'accès à l'information en améliorant la publicité. En premier lieu, **l'utilisation de la Plateforme PLACE devrait devenir systématique pour les services de la Présidence.** L'arrêté du 20 mai 2020 précise en effet que cette plateforme constitue un « *profil d'acheteur* » au sens du Code de la commande publique¹³⁵, ce qui signifie qu'il s'agit du « *profil d'acheteur* » de l'État. Dans le même temps, l'article R. 2196-1 du Code de la commande publique impose la publication des données essentielles des marchés publics – dont la liste est fixée par un arrêté annexé au Code¹³⁶ – sur le profil d'acheteur pour tous les marchés d'un montant supérieur à 40 000 € HT. Or, une recherche rapide permet de mesurer les lacunes des services de l'Élysée en la matière : la plateforme PLACE renvoie au service DUME lorsqu'il s'agit de consulter les données des contrats passés et lorsque l'on tente de lancer une recherche sur les deux dernières années la plateforme permet de recenser...un seul marché

¹³⁵ Art. 1^{er} de l'arrêté du 20 mai 2020 portant création d'un traitement dénommé « Plateforme des achats de l'État » (PLACE). Cet arrêté remplace l'arrêté du 11 octobre 2012 portant création d'un traitement dénommé « plateforme des achats de l'État » (PLACE).

¹³⁶ Il s'agit de l'arrêté du 22 mars 2014 relatif aux données essentielles dans la commande publique, lequel constitue l'annexe n°15 du Code de la commande publique.

public conclu pour la période ! Cela signifie donc que les données essentielles des marchés passés par l'Élysée ne sont pas publiées, en contradiction avec les dispositions du Code. Il nous semble donc que le respect de la réglementation et la recherche de la transparence imposent de revoir les pratiques actuelles pour que les services de la présidence assurent une publication effective des données essentielles des contrats de la commande publique qui peuvent être conclus. Il serait également souhaitable de revoir l'architecture de la Plateforme PLACE et de l'outil DUME afin que les recherches soient facilitées, qu'elles concernent les procédures de passation en cours ou les données essentielles des contrats anciennement conclus.

En deuxième lieu, **le rôle de l'Observatoire économique de la commande publique devrait être repensé s'agissant des contrats conclus par l'État**. Le recensement économique de l'achat public est organisé par le Code de la commande publique¹³⁷ mais, actuellement, la déclaration auprès de l'Observatoire n'est obligatoire que pour les marchés publics d'un montant supérieur à 90 000 € HT¹³⁸. Il semble néanmoins possible d'étendre cette déclaration pour qu'elle concerne l'ensemble des contrats conclus ou, a minima, tous ceux d'un montant supérieur à 40 000€ HT. Compte-tenu des logiciels utilisés, une telle déclaration ne présenterait pas de difficultés techniques particulières. Surtout, plutôt que de se livrer à un simple recensement des contrats passés, l'Observatoire économique de la commande publique devrait pouvoir livrer des analyses sur le respect de la réglementation. Un rapport annuel spécifiquement consacré aux contrats conclus par la présidence de la République serait ainsi bienvenu.

En troisième lieu et en complément de la publicité assurée sur la Plateforme PLACE, **le site internet de l'Élysée pourrait publier les annonces des marchés publics en cours de passation**. Cette pratique, assez largement répandue chez les acheteurs, avait été adoptée par l'Assemblée nationale avant qu'elle ne relève de la Plateforme PLACE¹³⁹ et elle est toujours utilisée par le Sénat. Cette pratique renforcerait la transparence des procédures de passation et permettrait d'accroître la mise en concurrence. Or, ainsi que l'on a pu le relever, l'immixtion progressive des

¹³⁷ CCP, art. L. 2196-3, L. 2396-2, R. 2196-2 à D. 2196-7

¹³⁸ Conformément à l'arrêté du 22 mars 2019 relatif au fonctionnement et à la composition de l'observatoire économique de la commande publique, lequel constitue l'annexe n°16 du Code.

¹³⁹ On trouve, sur le site Internet de l'Assemblée nationale, les marchés publics de plus de 20000 euros HT (2013-2018). Site non mis à jour.

exigences concurrentielles dans la passation des marchés publics de l'Élysée a déjà permis de réaliser des économies importantes.

Enfin, **le champ d'action de la direction des achats de l'État mérite d'être repensé.** Celle-ci est chargée de définir « *sous l'autorité du Premier ministre, la politique des achats de l'État, à l'exception des marchés publics de défense ou de sécurité* »¹⁴⁰. A ce titre, elle est notamment chargée d'élaborer « *les stratégies interministérielles concernant les achats relevant d'une même famille et portant sur les besoins communs à plusieurs ministères* »¹⁴¹. Il s'agit ainsi de réaliser des économies grâce à la mutualisation, tout en évitant que les différentes « unités opérationnelles » ou « entités d'achat » de l'État ne fassent émerger une nouvelle forme de « saucissonnage » dans la passation des marchés publics. La Direction des achats de l'État apparaît ainsi comme une structure nécessaire et efficace mais elle n'intègre pas la présidence de la République dans son champ de compétence. Cette situation s'explique probablement par l'autonomie constitutionnelle mais elle est d'autant plus regrettable que les services de l'Élysée ont régulièrement recours à des marchés mutualisés au niveau interministériel. La spécificité du droit de la commande publique applicable intra-muros à l'Élysée se justifie donc difficilement et il serait bénéfique de revoir les compétences de la Direction des achats de l'État en ce sens.

2. Encadrer plus strictement les dérogations aux procédures ordinaires de passation

Les rapports de la Cour des comptes sur la gestion des services de la présidence font apparaître que le recours aux procédures dérogatoires de passation des marchés publics n'est pas toujours justifié. Le code de la commande publique pose en effet un certain nombre de conditions à la mise en œuvre de ces procédures, que la présidence ignore encore trop souvent.

On rappellera tout d'abord que l'urgence, même simple, doit pouvoir être démontrée. Les acheteurs doivent être en mesure de motiver l'impossibilité de respecter les délais

¹⁴⁰ Art. 2, 1° du Décret n° 2016-247 du 3 mars 2016 créant la direction des achats de l'État et relatif à la gouvernance des achats de l'État

¹⁴¹ Art. 2, 2° du décret du 3 mars 2016

réglementaires¹⁴². De même, l'urgence impérieuse s'apprécie strictement¹⁴³. Elle est circonscrite aux phénomènes extérieurs, imprévisibles et irrésistibles pour l'acheteur (une catastrophe naturelle, la survenance d'actes terroristes). Elle ne peut en revanche résulter d'irrégularités ou de négligences commises dans la passation du marché (mauvaise définition du besoin initial de l'acheteur, carence de l'acheteur dans la rédaction du cahier des charges et dans le lancement de l'appel d'offres). Les marchés passés sans mise en concurrence pour ce motif doivent, en outre, être limités aux prestations strictement nécessaires pour faire face au caractère impérieux de cette urgence (article R. 2122-1)¹⁴⁴.

Il n'est donc pas possible d'arguer de l'urgence de la situation pour écarter purement et simplement l'application du droit de la commande publique. Ainsi, lorsque la Cour des comptes relève l'existence de « *commandes tardives et précipitées* » qui entraînent l'utilisation de « *procédures simplifiées dans la passation des marchés publics* », il ne suffit pas, comme le fait la Cour, de relever que ces pratiques « *réduisent [...] les effets de la concurrence* »¹⁴⁵. Ce constat ne doit pas faire oublier qu'en procédant de la sorte la présidence de la République ne respecte pas le droit de la commande publique. En effet, outre les doutes quant à l'existence d'une urgence impérieuse, il convient de rappeler que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas se prévaloir d'une urgence dont ils sont eux-mêmes à l'origine.

Ensuite, le code prévoit, certes, des mesures particulières pour « *les marchés publics qui exigent le secret* » ou « *dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité* » ou « *pour lesquels la protection des intérêts de l'État l'exige* » (article L. 2512-3) mais ces

¹⁴² Ces raisons ne peuvent résulter de leur fait, et, en particulier, de la carence de leurs services dans la gestion de la procédure de passation du marché (Fiche « L'urgence dans les contrats de la commande publique », Direction des affaires juridiques, mise à jour le 1 avril 2019).

¹⁴³ CJCE, 10 avril 2003, *Commission contre Allemagne*, Aff. C-20/01 et C-28/01. La jurisprudence (CE, 8 février 1999, *Préfet de la Seine -et -Marne*, req. n° 150919; CJUE, 18 novembre 2004, *Commission c/Allemagne*, Aff. C- 126/03 ; CJUE, 15 octobre 2009, *Commission contre Allemagne*, Aff. C-275/08) et la Commission européenne identifient trois conditions cumulatives à l'urgence impérieuse : elle nécessite l'existence d'un événement imprévisible, d'une urgence incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures et d'un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence qui en résulte.

¹⁴⁴ A cet égard, « l'urgence impérieuse ne saurait justifier la passation de marchés négociés sans mise en concurrence pour, par exemple, reconstruire les bâtiments publics effondrés, assurer le relogement pérenne de sinistrés, réaliser de nouveaux ouvrages » (Fiche précitée).

¹⁴⁵ Rapport de la Cour des comptes pour la période du 1^{er} janvier 2011 au 15 mai 2012, p. 6

dérogrations sont encadrées également (« à condition que cette sécurité ou cette protection ne puisse être garantie par d'autres moyens »). Il faut donc démontrer que les mesures de sécurité sont nécessaires et que les objectifs poursuivis ne peuvent être atteints autrement. Cette disposition est d'interprétation stricte. Sa mise en œuvre suppose des circonstances exceptionnelles, réelles et certaines¹⁴⁶ et présentant un caractère particulièrement sensible¹⁴⁷.

Ainsi, en ce qui concerne le caractère secret, « dès lors que la mise en œuvre de certaines précautions permet, au stade de la procédure de passation, d'écartier tout risque, le fait que les informations traitées ou les résultats des prestations du marché revêtent un caractère nécessairement secret ne justifie pas que le marché lui-même soit passé de gré à gré »¹⁴⁸. Dès lors, la seule invocation d'un motif de sécurité publique ou de protection des intérêts essentiels d'un État ne peut suffire à lui seul à justifier une dispense de mise en concurrence, celle-ci ne pouvant être admise qu'à la condition de démontrer que les objectifs de sécurité ne pouvaient pas être atteints dans le cadre d'un appel d'offres. Cela a encore été rappelé récemment par la CJUE à propos de marchés de services attribués par un État (l'Autriche), sans appel d'offre, pour la production de documents officiels tels que des passeports à puce, des passeports de secours, des titres de séjours et des cartes d'identités¹⁴⁹. Enfin, en ce qui concerne les marchés « dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité », la jurisprudence exige que ces contrats ne puissent être confiés qu'à très peu de personnes.

Alors que la Cour des comptes, dans ses premiers rapports, ne s'intéressait pas particulièrement à cette dérogation motivée pour des raisons de sécurité, l'appréciation qu'elle porte sur son utilisation semble s'affermir avec le temps. Ainsi, à propos du marché passé pour la réalisation de la piscine démontable du fort de Brégançon et de celui conclu avec un cabinet de conseil pour

¹⁴⁶ CJUE, 8 avril 2008, *Commission contre République italienne*, aff. C – 337/05, points 42 et suivants ; CJUE, 2 octobre 2008, *Commission c. République italienne*, affaire C – 157/06, points 23 et suivants.

¹⁴⁷ CJUE, 16 octobre 2003, *Commission contre Royaume de Belgique*, aff. C- 252/01, points 29 à 36.

¹⁴⁸ Direction des affaires juridiques, espace marchés publics, www.economie.gouv.fr/exclusions-article-14-2016. Pour une illustration : CJUE, 8 avril 2008, *Commission contre Italie*, aff. C- 337/05, points 42 et suivants (à propos d'un marché de fournitures d'hélicoptères à vocation civile et militaire) : la Cour a conclu à une obligation de mise en concurrence dès lors que les matériels concernés ne sont pas destinés à des fins spécifiquement militaires et que le pouvoir adjudicateur n'indique pas les raisons pour lesquelles le caractère confidentiel des données communiquées pour la production des hélicoptères serait moins bien garanti en cas de soumission du marché à une procédure de mise en concurrence.

¹⁴⁹ CJUE 20 mars 2018, aff. C- 187/16, Comm. C. Autriche, *Contrats et marchés publics*, n° 6, juin 2018, commentaires M. Ubaud- Bergeron.

réformer les services de l'Élysée, la Cour relève que « *la présidence a eu recours dans deux cas à l'article 14 11° de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 sans que ce mode de passation des marchés s'impose en l'espèce* »¹⁵⁰. Si les termes du rapport restent mesurés et se contentent d'inviter les services de la présidence à privilégier la procédure d'appel d'offres restreint – qui permet de garantir le respect de la confidentialité ou de la sécurité – il apparaît clairement que la dérogation désormais prévue à l'article L. 2512-3 ne peut être utilisée que de manière limitée, uniquement lorsqu'il n'est pas possible d'atteindre les objectifs poursuivis d'une autre manière. D'ailleurs, le *Guide des procédures* élaboré par le pôle achats de l'Élysée contient, semble-t-il, des indications permettant à la présidence de s'exonérer des règles de la commande publique pour des questions de confidentialité. Toutefois, à défaut de pouvoir consulter le document, il est difficile de vérifier si son contenu est conforme aux exigences fixées par le Code de la commande publique.

Enfin, le montant des achats réalisés est régulièrement mis en avant dans les rapports de la Cour des comptes pour expliquer et justifier le non-respect du droit de la commande publique. Comme pour l'urgence, il s'agit d'une interprétation erronée des règles de la commande publique. Il existe en effet, de longue date, un seuil en-dessous duquel les acheteurs ont la possibilité de passer leurs marchés publics sans être tenus de respecter les règles normalement applicables en matière de publicité et de mise en concurrence. Actuellement, le Code précise que les acheteurs ont la possibilité de passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'ils doivent répondre à des besoins dont la valeur estimée est inférieure 40 000 euros hors taxes. Pour autant, y compris dans une telle hypothèse, la liberté des acheteurs n'est pas absolue. Ces derniers doivent veiller « *à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin* »¹⁵¹. Ainsi, les contrats inférieurs à ce seuil font l'objet d'un encadrement et ne sauraient être assimilés à des contrats pouvant être simplement conclus de gré à gré.

Surtout, que cela soit en raison de l'urgence ou du montant, la possibilité de conclure un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables ne doit pas être comprise comme la possibilité

¹⁵⁰ Rapport de la Cour des comptes pour 2018, *préc.*, p. 28

¹⁵¹ CCP, art. R. 2122-8. Le seuil de 40 000 euros a remplacé, au 1^{er} janvier 2020, l'ancien seuil de 25 000 euros.

de ne pas conclure un marché public. Le droit de la commande publique impose en effet aux acheteurs, et en toutes hypothèses, d'utiliser un contrat de la commande publique lorsqu'ils souhaitent répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Il est donc particulièrement surprenant que les rapports de la Cour des comptes évoquent des achats réalisés « *hors marchés* » en se fondant sur les dérogations admises (par le Code de la commande publique aujourd'hui et, antérieurement, par l'Ordonnance de 2015 ou par l'ancien Code des marchés publics). De plus, quelle que soit l'hypothèse envisagée, l'existence de dérogations aux procédures de passation ne permet pas de déroger aux principes fondamentaux de la commande publique.

C'est ce qui explique la nécessité – a minima – de faire établir plusieurs devis avant de choisir le titulaire du marché. Les rapports de la Cour des comptes indiquent que le *Guide des procédures* élaboré par les services de la présidence prévoit cette « *règle des trois devis* » mais il ne semble pas que cette règle soit appliquée de manière systématique. De plus, n'ayant pas accès à ce *Guide*, il est impossible de se prononcer sur sa conformité aux règles du Code de la commande publique.

Dès lors, lorsque dans son rapport pour 2015, la Cour des comptes note qu'un marché de transports d'œuvres d'arts a été lancé pour les transports entre différents sites relevant de la présidence, tout en indiquant que « *Pour les autres postes de transport demeurant hors marchés, y compris les transferts saisonniers de végétaux, le seuil de passation des marchés publics ne serait plus atteint* »¹⁵², il est difficile de comprendre le raisonnement retenu. En effet, il n'existe pas de « *seuil de passation des marchés publics* » mais simplement un seuil en-dessous duquel il est possible de ne pas mettre en œuvre les règles de publicité et de mise en concurrence préalables imposées par les textes, tout en respectant les principes fondamentaux de la commande publique. Cette forme de « *tolérance* » de la Cour des comptes à l'égard des marchés inférieurs au seuil permettant de conclure des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables se retrouve dans le rapport concernant 2016, même si elle est moins marquée. Ainsi, la Cour évoque les « *dépenses inférieures au seuil de 25 000 € HT pour lesquelles la réglementation permet de se dispenser de procédure de passation conforme aux normes de la commande publique* »¹⁵³. Cette présentation correspond davantage à la réalité du droit de la commande publique mais elle demeure imparfaite. Plus loin dans le rapport, la Cour rappelle en

¹⁵² Rapport de la Cour des comptes pour 2015, préc., p. 16

¹⁵³ Rapport de la Cour des comptes pour 2016, préc., p. 5

effet « *la nécessité de recourir systématiquement à la procédure adéquate, prévue par le guide de la commande publique, tant lorsque les achats sont inférieurs au seuil prescrit de 25 000 € (demande de trois devis) que lorsqu'ils le dépassent (passation de marchés)* »¹⁵⁴. Elle semble ainsi intégrer la nécessité de respecter un socle minimal de règles quel que soit le montant du contrat mais elle ne fait pas référence aux principes fondamentaux de la commande publique et semble considérer que les contrats inférieurs au seuil (25 000€ à l'époque, 40 000€ désormais) ne constitueraient pas des marchés publics, par opposition à ceux dont le montant est supérieur à ce même seuil.

Une évolution semble perceptible dans le rapport concernant 2017, bien que la tolérance de la Cour des comptes s'exprime à nouveau. Elle suggère en effet « *de privilégier la passation de marchés, le cas échéant sans publicité ni mise en concurrence si les conditions nécessaires sont réunies, à la conclusion de conventions de gré à gré* »¹⁵⁵. Nous ne pouvons qu'adhérer à cette suggestion formulée par la Cour mais il nous semble nécessaire de rappeler que, lorsqu'un contrat entre dans le champ d'application du Code de la commande publique, la conclusion de conventions de gré à gré est tout simplement prohibée. Un « rappel à la loi » plus strict semble ici nécessaire.

Conclusion

Les débats autour de « l'affaire des sondages de l'Élysée » montrent combien il est nécessaire de clarifier et consolider le cadre normatif qui s'impose aux marchés publics de la présidence de la République. Si les pratiques ont changé depuis 2008, toutes les incertitudes n'ont pas été levées. Nous avons tenté de montrer que le principe d'autonomie financière ne s'oppose pas à ce que les marchés de la présidence de la République soient soumis au droit de la commande publique. En outre, le code de la commande publique offre suffisamment de souplesse pour tenir compte des contraintes des services de la Présidence de la République. A cet égard, rien ne justifie que l'Élysée ne se conforme pas aux règles fixées par le code. A minima, dans les cas où le code ne tiendrait pas compte des spécificités de la présidence, on pourrait lui appliquer des dispositions particulières mais dans le strict respect des exigences constitutionnelles et européennes qui régissent la matière.

¹⁵⁴ Rapport de la Cour des comptes pour 2016, préc., p. 9

¹⁵⁵ Rapport de la Cour des comptes pour 2017, préc., p. 22

12 PROPOSITIONS DE REFORMES

1

Assurer le respect du droit de la commande publique par la présidence de la République

Il est indispensable d'appliquer le droit de la commande publique aux marchés passés par la présidence de la République.

Deux options sont envisageables :

- Compléter le règlement budgétaire et comptable de la présidence de la République pour affirmer la soumission au droit de la commande publique
- Adopter un décret en conseil des ministres après avis du Conseil d'État pour affirmer la soumission au droit de la commande publique.

Dans les deux cas, il pourrait être prévu des dispositions spécifiques à la présidence de la République, à condition de respecter les exigences constitutionnelles et européennes qui structurent la matière.

2

Interdire la pratique des achats « hors marchés » et des contrats « de gré à gré »

Cette pratique est en contradiction avec la réglementation nationale et européenne. Elle résulte d'une interprétation erronée et du maintien de pratiques dépassées. Il convient de rappeler qu'une mise en concurrence minimale s'applique dès le premier euro dépensé.

3

Assurer la publicité des contrats passés par la présidence de la République

Actuellement la Plateforme PLACE et le service DUME ne recensent pas l'ensemble des procédures de passation, qu'elles soient en cours ou passées. De plus, leur accessibilité est loin d'être satisfaisante. Il est nécessaire que les contrats passés par la présidence de la République soient systématiquement publiés sur la Plateforme PLACE et que les données essentielles des contrats conclus soient systématiquement recensées sur le service DUME : la réglementation impose cette publication. De plus, l'accessibilité de ces dispositifs devrait être renforcée.

Une publicité supplémentaire sur le site internet de la présidence de la République permettrait de renforcer la transparence.

4

Publier les documents internes en matière de commande publique

La présidence de la République a eu le mérite de mettre progressivement en place de tels documents. Le Guide des procédures, la cartographie des achats de la présidence de la République et la Charte de déontologie à destination des acheteurs devraient cependant être publiés afin de mieux comprendre le cadre fixé et de renforcer la transparence.

5

Interdire toute forme de présélection des candidats à l'attribution des contrats passés par la présidence de la République

Les principes fondamentaux de la commande publique s'opposent à une telle pratique. Il convient de s'appuyer sur les procédures prévues par le Code de la commande publique lorsque les services de la présidence souhaitent réduire le nombre de candidats admis à

soumissionner.

6

Encadrer la reconduction des contrats conclus

La reconduction d'un contrat n'est possible que si elle a été prévue lors de la procédure de passation initiale, en intégrant le montant de cette reconduction dans l'estimation du besoin. Les reconductions tacites de contrats passés sans publicité ni mise en concurrence doivent être abandonnées.

7

Organiser un contrôle interne de la légalité des procédures de passation des contrats

La présidence de la République a organisé un contrôle de l'exécution budgétaire mais il n'existe pas de contrôle de la légalité des procédures de passation des contrats de la commande publique. La mise en place d'un contrôle interne permettrait de renforcer la sécurité juridique et de se prémunir contre d'éventuels recours.

8

Publier une présentation annuelle des contrats conclus par la présidence

Les dépenses de la présidence de la République sont réparties en plusieurs catégories et il existe actuellement une cartographie des achats réalisée en interne. Il serait facile de proposer une présentation annuelle des contrats conclus en fonction des catégories de dépenses. Cela permettrait de renforcer l'efficacité de la dépense publique au sein de l'Élysée et de s'assurer qu'il n'existe plus d'achats « hors marchés ».

9

Etendre le champ d'action de la Direction des achats de l'État

La Direction des achats de l'État (DAE) joue un rôle essentiel pour améliorer l'efficacité de la commande publique, en particulier en développant les achats interministériels. Il

serait bienvenu d'étendre son champ d'action pour qu'elle puisse également intervenir en faveur de la présidence de la République.

10

Systematiser les procédures d'urgence utilisables

Les services de la présidence avancent fréquemment l'urgence pour déroger au droit de la commande publique. Il s'agit d'une pratique illégale. L'urgence est envisagée par la réglementation et permet la mise en œuvre de procédures spécifiques. Les services de la présidence devraient préciser quelles sont les procédures particulières qui permettent de faire face à l'urgence et les conditions qui permettent d'y avoir recours.

11

Définir précisément les notions d' « entité d'achat » et d' « unité opérationnelle »

Le découpage actuel de l'État en différentes entités d'achats/unités opérationnelles ne découle d'aucune règle. Des critères seraient utiles pour déterminer quand une « entité » ou une « unité » est constituée. Cela permettrait de sécuriser les marchés passés par l'État, notamment au regard des seuils des procédures.

12

Attribuer de nouvelles compétences à l'Observatoire économique de la commande publique

Actuellement, l'Observatoire ne fait que recenser les contrats conclus lorsque leur montant est supérieur à 90 000€ HT.

Il serait utile que l'Observatoire propose un rapport annuel sur les contrats passés par la présidence de la République. Pour que ce rapport renforce la transparence, il faudrait que la présidence transmette les données de tous les contrats conclus à l'Observatoire ou, a minima, les données concernant tous les contrats dont le montant dépasse 40 000€ HT.