

Carol Cravero

LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

LES CONTRADICTIONS D'UNE NOTION À STATUT JURIDIQUE INCERTAIN ET À PORTÉE « GLOCALE »

Thèse présentée et soutenue publiquement le 11/03/2021 en vue de l'obtention
du doctorat de Droit public de l'Université Paris Nanterre et du doctorat de Diritto, Persona e Mercato
Università degli Studi di Torino sous la direction de Mme Laurence FOLLIOU-LALLIOT (Université Paris
Nanterre) et de M. Roberto CARANTA (Università degli Studi di Torino)

Jury :

Membre du jury :	Monsieur Jean-Bernard AUBY	Professeur émérite, Sciences Po Paris
Membre du jury :	Madame Catherine PREBISSY-SCHNALL	Maître de conférences HDR, Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Monsieur Farid YAKER	Programme Officer, United Nations Environment Programme (UNEP)
Rapporteur :	Monsieur Laurent FONBAUSTIER	Professeur, Université Paris-Saclay
Rapporteuse :	Madame Elisabetta MORLINO	Professeure, Università Suor Orsola Benincasa Napoli
Directrice de thèse :	Madame Laurence FOLLIOU-LALLIOT	Professeure, Université Paris Nanterre
Directeur de thèse :	Monsieur Roberto CARANTA	Professeur, Università degli Studi di Torino

L'Université Paris Nanterre n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À ceux qui ont eu la patience et le courage de regarder loin. À ceux qui ont vu avec le cœur avant même qu'avec les yeux. À ceux qui ont cru aux rêves avant même qu'ils n'existent. À ceux qui ont eu l'audace d'une pensée toujours libre et sans préjugés.

Tout simplement, à ceux qui étaient là, à mes côtés.

A chi ha avuto la pazienza e il coraggio di guardare lontano. A chi ha visto con il cuore prima ancora che con gli occhi. A chi ha creduto ai sogni quando ancora non esistevano. A chi ha avuto l'audacia di un pensiero sempre libero e spregiudicato.

Semplicemente, a chi mi è stato accanto.

REMERCIEMENTS

Ce travail est l'aboutissement d'un effort auquel ont contribué de nombreuses personnes auxquelles j'exprime toute ma gratitude.

Je tiens à remercier mes deux co-directeurs, Monsieur le Professeur Roberto CARANTA et Madame le Professeur Laurence FOLLIOT-LALLIOT, pour leur support sans faille, pour les remarques toujours pertinentes et pour m'avoir guidée dès le début dans la bonne direction. J'espère que cette œuvre est à la hauteur de tant d'efforts.

J'adresse mes plus sincères remerciements aux distingués membres du jury pour m'avoir fait l'honneur de participer à ce jury de thèse.

Je désire témoigner également ma reconnaissance à Monsieur le Professeur Frédéric MARTY pour avoir consacré de son temps à des discussions précieuses et des échanges académiques enrichissants, qui ont contribué à ma motivation au cours des années.

Je remercie aussi tout particulièrement Madame le Professeur Catherine PREBISSY-SCHNALL pour sa disponibilité dans la phase de finalisation de certains articles, et pour ses critiques bienveillantes qui ont alimenté ma réflexion.

Une pensée particulière et reconnaissante va à Monsieur le Juge Fabrizio CACCIOPPOLI qui a toujours cru en moi, qui m'a appris l'esprit critique et de décision, qui a partagé avec générosité ses connaissances avec moi, qui a été un mentor et un guide très important dans ma vie. Il était trop tôt pour ne plus pouvoir apprendre de toi... Mais j'espère que tu es fier de ce parcours, où que tu sois.

Je tiens à remercier du fond du cœur mon époux Duilio PEANO pour avoir tout connu et tout vécu au plus près, pour son soutien quotidien indéfectible dont il a fait preuve tout au long de ces années. Ses encouragements ont été indispensables à l'achèvement de ce projet. Sans toi, tout cela n'aurait pas été possible !

Que soient enfin remerciés tous ceux qui, à différents niveaux, ont concouru à la réalisation de ce travail.

Titre de la thèse

Le développement durable dans le droit des marchés publics : Les contradictions d'une notion à statut juridique incertain et à portée « glocal »

Résumé

La littérature juridique, la jurisprudence et la pratique ont montré que le développement durable constitue aujourd'hui une composante importante des marchés publics. Toutefois, en l'absence d'un cadre théorique précis, le développement durable reste une notion souvent vague, floue, difficilement saisissable par le droit des marchés publics et englobant de nombreuses questions socio-environnementales hétérogènes à portée tant universelle que locale. Dans ce cadre, cette étude explore la possibilité de reconnaître à la notion de développement durable une valeur juridique déterminée et une dimension spatiale ni locale ni globale mais plutôt « glocal ». Si ramener la notion de développement durable aux catégories du droit contribue à lui conférer la stabilité juridique nécessaire au sein des marchés publics, l'appréhension de sa portée « glocal » permet d'encourager la coopération entre les acheteurs publics face à des enjeux socio-environnementaux sans frontières géographiques.

Mots-clés

Développement durable, Marchés publics, Achats publics durables, Normativité, Glocal, Passation conjointe de marchés publics à caractère transnational

Title

The concept of sustainable development in public procurement law: An uncertain legal recognition and a « glocal » scope

Abstract

Legal literature, case law and practice show that sustainable development may play an important role in public procurement law. However, this concept remains vague, fuzzy, difficult to integrate into public procurement law, and includes many different socio-

environmental issues which might be both universal and local in scope. Given this complex framework, this work explores the possibility of recognising to sustainable development a specific legal value and a spatial dimension which is « glocal » rather than simply local or global. As a consequence, sustainable development may acquire full citizenship in public procurement law; while the understanding of its « glocal » dimension might help encourage the use of collaborative mechanisms between public procurers, especially when it comes to cross-border social and environmental issues.

Keywords

Sustainable Development, Public Procurement, Sustainable Public Procurement, Normativity, Glocal, Cross-border Cooperative Procurement

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PREMIÈRE PARTIE :

LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS : UNE NOTION JURIDIQUE ?

TITRE I : LA DÉFINITION DE LA NOTION DE DÉVELOPPEMENT DURABLE ENTRE LA POLITIQUE ET LE DROIT

CHAPITRE 1. Les multiples facettes de la notion de développement durable entre difficultés de définition et hétérogénéité

CHAPITRE 2 : Les incertitudes liées au statut juridique de la notion de développement durable

TITRE II : L'INTÉGRATION DE LA NOTION DE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

CHAPITRE 1 : La question de la complexité des achats publics durables : l'interdisciplinarité et l'équilibre précaire

CHAPITRE 2 : Les obstacles sur la voie de la reconnaissance de l'« autorité juridique » du développement durable dans le droit des marchés publics

DEUXIÈME PARTIE :
**LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS : UNE
DIMENSION LOCALE, GLOBALE OU « GLOCALE » ?**

**TITRE I : LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS
SELON UNE PERSPECTIVE LOCALE**

CHAPITRE 1 : La dialectique entre l'achat public durable, l'achat public local, l'efficacité économique et l'ouverture à la concurrence

CHAPITRE 2 : La valorisation conjointe du local et du durable : l'exemple des marchés publics HIMO

**TITRE II : LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS À LA
FRONTIÈRE ENTRE LE GLOBAL ET LE « GLOCAL »**

CHAPITRE 1 : Le droit des marchés publics dans une perspective globale entre la concurrence et la solidarité

CHAPITRE 2 : La connotation « glocal » du développement durable et la coopération entre acheteurs publics. Des villes intelligentes à la survenue de la pandémie de Covid-19

CONCLUSION GÉNÉRALE

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

ADB : Asian Development Bank / Banque asiatique de développement

AFD : Agence française de développement

aff. : affaire

AMP-OMC : Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce

APD : Achats publics durables

art. : article

BAD : Banque africaine de développement

BERD : Banque européenne pour la reconstruction et le développement

BID : Banque interaméricaine de développement

BIT : Bureau international du travail

BM : Banque mondiale

BMDs : Banques multilatérales de développement

CCAP : Cahiers des clauses techniques particulières

CIJ : Cour internationale de justice

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CMED : Commission mondiale sur l'environnement et le développement

CNUCED : Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement

CNUDCI : Commission des Nations unies pour le droit commercial international

coll. : collection

COVID-19 : Coronavirus disease 2019

DAJ : Direction des affaires juridiques, Ministère de l'économie et des finances français

DAO : Dossier d'appel d'offres

DD : Développement durable

dir. : sous la direction de

EIIP : Employment-intensive investment programme

et s. : et suivant(e)s

Felicity : Financement d'investissements dans des sources d'énergie à faible intensité de carbone - Mécanisme de conseil pour les villes

FPI : Financement de projet d'investissement (pour l'appellation anglaise, voy. IPF)

GCoM : Convention mondiale des maires pour le climat et l'énergie

GPP : Green public procurement

GRASP : Green procurement and smart city support in the energy sector

HAPPI : Healthy ageing – public procurement of innovations

HCE : Haut Conseil français à l'égalité entre les femmes et les hommes

HIEQ : Haute intensité d'équipement

HIMO : Haute intensité de main-d'œuvre (pour l'appellation anglaise, voy. EIIP)

ibid. : ibidem

ILO : International Labour Organization

IPF : Investment project financing

ITC/ILO : ILO's International training center

JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

KFW : Banque allemande de développement

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

LRBT : Local resource based technology

MAPS-OCDE : Méthodologie d'évaluation des systèmes de passation des marchés de l'Organisation de coopération et développement économiques

MPE : Micro et petites entreprises (pour l'appellation anglaise, voy. GPP)

MPE : Marchés publics écologiques

no. : numéro

OCDE : Organisation de coopération et développement économiques

OIT : Organisation internationale du travail (pour l'appellation anglaise, voy. ILO)

OMC : Organisation mondiale du commerce (pour l'appellation anglaise, voy. WTO)

OMS : Organisation mondiale de la santé (pour l'appellation anglaise, voy. WHO)

ONU : Organisation des Nations unies

op. cit. : opere citato / ouvrage cité précédemment

p. ; **pp.** : page ; pages

PME : Petites et moyennes entreprises

PREST : Pistes rurales et désenclavement à l'Est

PSAB: Procurement strategy for aboriginal business: guidelines for buyers/government officials

PUF : Presses universitaires de France

RSI : Règlement sanitaire international

SFDI : Société française pour le droit international

SPP : Sustainable Public Procurement

SRAS (en anglais, SARS) : syndrome respiratoire aigu sévère

SRPP : Socially responsible public procurement

TPI : Tribunal de première instance de l'Union européenne

TSD : Traitement spécial et différencié

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

t. : tome

UE : Union européenne

UNCDF : United Nations Capital Development Fund

UNEP : United Nations Environment Programme

UNIGE : Université de Genève

UNOPS : United Nations Office for Project Services

UNSSC : United Nations System Staff College

VfM : value for money

Voy. : voyez, se référer à

vol. : volume

WHO : World Health Organization

WTO : World Trade Organization

« Nous n'héritons pas la terre de nos ancêtres.

Nous l'empruntons à nos enfants »

- Antoine de Saint-Exupéry -

« Treat the earth well:

it was not given to you by your parents,

It is loaned to you by your children »

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le droit, autant que le monde dans toutes ses manifestations humaines et naturelles, est fait d'incohérences, de contradictions et de tensions. Dans la tentative de jongler entre celles-ci, « le juriste positiviste [se présente] soucieux de 'mettre chaque chose à sa place' » selon une sorte d'« obsession classificatoire qui [le] caractérise »¹.

Mais faire appel aux catégories juridiques traditionnelles ne permet pas toujours de comprendre le réel dans sa complexité, spécialement là où « tout apparaît [...] comme morcelé, fragmenté, instable, globalisé mais aussi délocalisé, sans un centre (ce dernier souvent substitué par des réseaux et des autorités non responsables d'un point de vue politique) ou sans un centre de gravité ; sans un territoire et une souveraineté ; sans distinction entre droit privé et droit public, ou entre sujets souverains et les autres acteurs »².

C'est d'autant plus vrai si on considère le droit de nos jours comme le résultat des phénomènes d'interpénétration, d'interaction, de communication, d'échange, d'incidence, de circulation³, de *legal transplants*⁴ entre les divers « espaces »⁵ et systèmes

¹ Maryvonne Hecquard-Théron, « Présentation du colloque », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Solidarité(s) : perspectives juridiques*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole - L.G.D.J. Lextenso Editions, 2009, pp. 7-8.

² Traduit de : Fabrizio Fracchia, « Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni », in www.federalismi.it, no. 17/2018, p. 8.

³ Pour cette reconstruction, voy. Gilles Lhuillier, *Le droit transnational*, Paris, Dalloz, 2016, p. 355. Voy. également Jean-Bernard Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, 2e édition, Paris, L.G.D.J., 2010 ; Jean-Louis Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009 ; Mireille Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2006 ; Jean-Sylvestre Bergé, *L'application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 169 et s. pour ce qui concerne la notion de *circulation*. Pour l'auteur, « le terme *circulation* n'est pas d'un usage courant chez les juristes. Il ne figure pas nécessairement dans les dictionnaires spécialisés. Il reçoit ici un sens relativement précis. La circulation désigne, en effet, l'ensemble des phénomènes qui permettent au juriste d'appréhender une situation dans un espace juridique autre que celui où elle a pris naissance. L'effet produit par ces mouvements d'un espace normatif à un autre peut être parfaitement identique ».

⁴ Pour la notion de *legal transplants* désignant les migrations de terme juridique (en français traduite comme « réception »), élaborée par Alan Watson en 1974 et devenue centrale dans le droit comparé, on renvoie à : Alan Watson, « From legal transplants to legal formants », in *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, no. 3, 1995, p. 469 ; Otto Kahn-Freund, « On uses and misuses of comparative law », in *The Modern Law Review*, vol. 37, no. 1, 1974, p. 1, lequel soutient qu'il y a « des degrés de transférabilité » des règles de droit dans un système à un autre. Voy. aussi Pierre Legrand, « The impossibility of legal transplants » in *Maastricht Journal of European and comparative Law*, vol. 111, 1997, p. 113, qui affirme que les transplants juridiques ne sont pas possibles en raison de l'incapacité des règles juridiques à « voyager parmi les juridictions [...] sans s'encombrer de bagages historiques, épistémologiques, ou culturels ». Voy. également Gunther Teubner, « Legal irritants : good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences », in *The Modern Law Review*, vol. 61, no. 1, 2003, p. 11 ; Esin Orucu, « Law as transposition », in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, no. 2, 2002, p. 205 ; Rodolfo Sacco, « Legal Formants: a dynamic approach to comparative law », in *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, no. 2, 1991, pp. 343-401.

⁵ On utilise le terme *espace* à la place d'*ordre*, lorsqu'on « n'ose pas parler d'*ordre* normatif pour désigner un ensemble de règles qui présente un début de cohérence et relève déjà d'institutions spécifiques, mais n'est pas suffisamment stabilisé et structuré pour constituer un ordre normatif » C'est le cas par exemple de l'« espace OMC » pour le commerce, « espace Kyoto » pour les normes sur le changement climatique, « espace OIT », etc. Sur ce point voy. Gilles Lhuillier, *Op. cit.*, p. 389. Voy. Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 135 ; François Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Éditions A. Pedone, 1977.

juridiques qui, sous l'impulsion de la globalisation juridique⁶, se croisent et se superposent, convergent et partiellement s'harmonisent, se heurtent et se contredisent.

Pour une partie de la doctrine on est « aux antipodes de la linéarité et de la simplicité du droit »⁷. « [I]nteractif et instable »⁸, « bavard en termes normatifs »⁹, poreux¹⁰ à la frontière avec le non-droit¹¹, envahi par des manifestations juridiques multiples provenant de centres générateurs du droit non étatiques¹², le champ juridique est « non pas chaotique, mais *complexe* »¹³. La nécessité d'un « nouvel esprit juridique »¹⁴ et d'une « pensée juridique complexe »¹⁵ s'impose comme « prolongement naturel de la complexité du réel »¹⁶ et de la « société elle-même »¹⁷.

Se situant dans ce cadre conceptuel, le droit des marchés publics est « un exemple de complexité et de technicité »¹⁸. « [D]e plus en plus enseigné[...] dans le cadre des études de second cycle dans les facultés de droit, il existe de nombreux ouvrages

⁶ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, p. 135.

⁷ André-Jean Arnaud, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », in Catherine Thibierge (dir.), *La force Normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009, pp. 13 et s.

⁸ Mireille Delmas-Marty, « Post-scriptum sur les forces imaginantes du droit », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 849-851.

⁹ Benoît Frydman, « Comment penser le droit global ? », in Jean-Yves Chérot (dir.) et Benoît Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 26.

¹⁰ Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, 2e édition, Londres, Butterworths, 2002, p. 347. Contrairement, Alexis Zarca, « Force normative, force normatrice ? À propos des interprétations impératives contenues dans les recommandations de la HALDE », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 460. La tension entre les deux approches ne signifie pas que la frontière entre soft law et hard law soit devenue excessivement poreuse, puisque l'impératif continue de tracer une ligne (assez) claire de partage.

¹¹ Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, 2e édition, Londres, Butterworths, 2002, p. 347. « [N]ous vivons à une époque de légalité poreuse ou de porosité juridique, plusieurs réseaux d'ordres juridiques nous imposant des transitions constantes et des intrusions. Notre vie juridique est constituée d'une intersection de différents ordres juridiques, c'est-à-dire d'interlégalité ». Voy. ainsi Jacques Chevallier, « La normativité – Études réunies et présentées par Jacques Chevallier », in Conseil Constitutionnel Français, *Cahiers no. 21*, janvier 2007, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/>. « [L]a distinction entre dispositions normatives et non normatives est délicate à effectuer en pratique : tout texte est en réalité caractérisé par un entrelacement de dispositions de portée variable, qu'il est difficile de dissocier ; tracer une ligne de démarcation entre elles risque dès lors de comporter une large part d'appréciation subjective ».

¹² Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française (dir.), *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 3. L'ordre étatique « coexiste avec d'autres ordres juridiques supra et infra étatique ».

¹³ Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), 3e édition, 2016.

¹⁴ Mireille Delmas-Marty, « Propos conclusifs sur les catastrophes écologiques et le droit : contradiction ou innovation », in Jean-Marc Lavieille (dir.), Julien Bétaille (dir.) et Michel Prieur (dir.), *Les catastrophes écologiques et le droit: échecs du droit, appels au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 575.

¹⁵ André-Jean Arnaud, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 13 et s.

¹⁶ Commission de terminologie et de néologie en matière juridique, Ministère de la Justice français, Rapport quadriennal 2003-2007, p. 13, disponible au site web suivant : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_rapp_terminologie.pdf.

¹⁷ Cédric Groulier, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 209.

¹⁸ Grégory Kalfleche, *Des marchés publics à la commande publique*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2004, pp. 9-11.

spécifiques à la matière »¹⁹ mettant l'accent sur différents aspects qui vont de la définition du régime juridique des marchés publics, à la passation, l'exécution, le contentieux, les droits des parties et les formes contractuelles, avec des perspectives soit de droit interne soit de droit comparé²⁰.

Si, dans la plupart de ces ouvrages, les marchés publics sont traités comme un domaine qui « a la réputation d'être très fonctionnel, technique, apparaissant somme toute comme un droit de procédures bâti pour les professionnels »²¹, il est cependant possible de ne pas réduire ce droit uniquement aux « techniques de passation » auxquelles il renvoie²².

Il existe, en fait, des difficultés théoriques qui se posent dans son caractère « mouvant », sa nature composite et la tendance de « sédimentation ou accumulation de textes » qui le rendent une matière loin d'être « aride » et sur laquelle il ne semble pas « difficile de passionner »²³.

¹⁹ Marie-Charlotte Bontron, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2015, p. 27.

²⁰ Nicola Dimitri (dir.), Gustavo Piga (dir.) et Giancarlo Spagnolo, *Handbook of Procurement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 ; Sue Arrowsmith, John Linarelli et Don Wallace, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, La Haye, Kluwer Law International, 2000 ; Dennis Campbell (dir.), Christian T. Campbell (dir.), *International Public Procurement*, Oceana Pubns, 1998 ; Aris Georgopoulos (dir.), Bernard Hoekman (dir.) et Petros Mavroidis (dir.), *The Internationalization of Government Procurement Regulation*, Oxford, Oxford University Press 2017 ; Roberto Hernandez Garcia (dir.), *International Public Procurement: A Guide to Best Practice*, Globe Law and Business, 2009 ; Naushad Khan (dir.), *Public Procurement Fundamentals: Lessons from and for the Field*, Emerald Publishing Limited, 2018 ; Rozen Noguellou (dir.) et Ulrich Stelkens (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics. Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; Bernard Castaing, Rozen Noguellou et Catherine Prebissy-Schnall, *Les marchés publics. Notion, Modalités de gestion, Exécution*, Paris, Litec, 2003 ; Gustavo Piga (dir.) et Tunde Tàtrai (dir.), *Public procurement policy*, Londres et New York, Routledge 2016 ; Khi V. Thai (dir.), *Global Public Procurement Theories and Practices*, Springer, 2017 ; Thai V. Khi (dir.), Paul J. Salia (dir.) et Frederick A. Mwakibinga (dir.), *Advancing Public Procurement: Theories and Practice*, Highland Beach, U.S., PrAcademics Press, 2018 ; Elisabetta Morlino, *Procurement by international organizations : a global administrative law perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018 ; Peter Trepte, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2004 ; Roberto Caranta (dir.), Martin Trybus (dir.) et Gunilla Edelstam (dir.), *EU Public contract law: public procurement and beyond*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; Roberto Caranta (dir.) et Dacian Dragos (dir.), *Outside the EU Procurement Directives Inside the Treaty?*, Copenhagen, Djøf, 2012 ; Laurence Folliot-Lalliot (dir.) et Simone Torricelli (dir.), *Contrôles et contentieux des contrats publics / Oversight and Challenges of Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2018 ; Catherine Prebissy-Schnall, *La pénalisation du droit des marchés publics*, Paris, L.G.D.J., 2002 ; Kishor Vaidya, *Procurement for the Curious: Why Study Procurement?*, The Curious Academic Publishing, 2016 ; Christopher Bovis, *The law of EU public procurement*, Oxford, Oxford University press, 2015 ; Christopher Bovis (dir.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, 2016 ; Christopher Bovis, *EC public procurement: case law and regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

²¹ Xavier Pinaud, *L'intégration de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, Limoges, Pulim, coll. Les Cahiers du CRIDEAU, no. 7, 2003, p. 20. Contrairement, Philippe Rees, « Le droit de la commande publique en état d'urgence », in *Contrats et Marchés publics*, no. 5, mai 2020, repère 5, selon lequel « on peut observer que les règles de la commande publique n'ont pas la rigidité qu'on semble leur prêter », surtout dans une situation de crise sanitaire. Pour ce qui concerne la crise sanitaire et le droit des marchés publics, voy. deuxième chapitre, deuxième titre de la deuxième partie de la présente thèse. Voy. ainsi Abby Semple, *A practical guide to public procurement*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

²² Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, pp. 9-11.

²³ *Ibid.*, pp. 9-11.

« Droit ancien » mais avec une définition généralement « récente »²⁴, le domaine des marchés publics constitue une « matière globalisante »²⁵ qui n'est pas aujourd'hui indifférente aux problèmes liés au développement durable. Là où les marchés publics croisent le développement durable se situent les marchés publics dits *durables*, *soutenables*²⁶, *responsables*²⁷, *stratégique*²⁸ ou, selon l'appellation plutôt onusienne, *achats publics durables*, d'où l'acronyme APD²⁹.

La confluence entre les marchés publics et le développement durable présente des éléments d'intérêt non seulement pratique, comme l'intégration de critères durables dans la passation des contrats d'achat, mais aussi théorique, comme lors de l'adoption de ce que la doctrine appelle l'« approche [...] par la notion »³⁰.

Utilisée récemment pour cerner la notion de marchés publics par rapport à celle plus large de commande publique³¹, cette approche peut être employée pour appréhender les APD à partir de la notion même de développement durable. En raison de sa complexité,

²⁴ « La mise en place d'une définition [des marchés publics] est très récente puisqu'il n'en existait pas avant 1964. Pourtant, c'est bien un droit ancien que celui des marchés, puisque Cicéron contestait déjà le respect des procédures par le fameux Verrès dont il faisait le réquisitoire ». Voy. Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, pp. 9-11.

²⁵ Marie-Charlotte Bontron, *Op. cit.*, p. 42.

²⁶ Rita Roos, *Sustainable Public Procurement. Mainstreaming sustainability criteria in public procurement in developing countries*, Luneburg, Centre for Sustainability Management – Leuphana Universität Luneburg, 2012, p. 1, disponible en ligne : https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/sustainability_criteria_in_public_procurement_in_developing_countries.pdf, selon laquelle « sustainable public procurement is where the concept of sustainable development and public procurement meet » ; Marta Andrecka, « Forward », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 217 ; Beatriz Martinez Romera et Roberto Caranta, « EU Public Procurement Law: Purchasing Beyond Price in the Age of Climate Change », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 282.

²⁷ Patricia Lexcellent, « Étude présentée au nom de la délégation à la prospective et à l'évaluation des politiques publiques. Commande publique responsable : un levier insuffisamment exploité », in *Journal Officiel de la République Française. Les études du Conseil économique, social et environnemental*, Conseil économique, social et environnemental (CESE), mars 2018, p. 7.

²⁸ Terminologie actuellement européenne. Directive no. 24/2014/UE, considérant 47. « La recherche et l'innovation, y compris l'éco-innovation et l'innovation sociale, comptent parmi les principaux moteurs de la croissance future et ont été placées au cœur de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive. Les pouvoirs publics devraient faire le meilleur usage stratégique des marchés publics pour stimuler l'innovation. L'acquisition de produits, travaux et services innovants joue un rôle essentiel dans l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux grands enjeux de société. Elle aide à parvenir à une utilisation optimale des deniers publics ainsi qu'à dégager de plus larges avantages économiques, environnementaux et sociétaux à travers les nouvelles idées générées, leur concrétisation sous la forme de produits et services innovants et, partant, la promotion d'une croissance économique durable ». Voy. aussi Albert Sanchez-Graells (dir.), *Smart Public Procurement and Labour Standards. Pushing the Discussion after RegioPost*, Oxford, Hart Publishing, 2018.

²⁹ Parmi d'autres, voy. ONU Environnement, *Panorama Mondial des Achats Publics Durables*, 2017, disponible en ligne : https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/gr_2017-french.pdf.

³⁰ Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, p. 11.

³¹ *Ibid.*, p. 11. En France, on considère que les « contrats de la commande publique » se divisent en deux catégories : i) les marchés publics, définis à l'article L.1110-1, et ii) les contrats de concessions, définis à l'article L.1120-1 du code de la commande publique. Il en résulte que les contrats de marchés publics font partie de la commande publique, puisque cette dernière constitue une notion plus large qui inclut aussi les concessions. Voy. Ordonnance No. 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique ; Décret no. 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique ; Décret no. 2019-259 du 29 mars 2019 portant modification de diverses dispositions codifiées dans la partie réglementaire du code de la commande publique ; <https://www.economie.gouv.fr/daj/contrats-cp-et-autres-contrats-2019>.

de la multiplicité de considérations socio-environnementales dont elle se compose, de son manque de théorisation spécifique, la notion de développement durable reste souvent insaisissable par le droit des marchés publics.

C'est donc en remontant directement au concept de développement durable qu'il est possible de comprendre certains des reproches faits aux APD. Polysémiques, prétendument inefficients d'un point de vue économique et restrictifs de la concurrence, à *manipuler* avec attention d'un point de vue juridique, les APD font l'objet de nombreux flottements et semblent encore être regardés avec une certaine défaveur. Bien qu'il existe des divergences de mise en œuvre d'un contexte juridique à l'autre³², il apparaît possible de ramener ces difficultés à l'absence d'un cadre théorique nettement défini. En particulier, à la notion de développement durable n'a pas été généralement attribuée une force juridique et normative précise, ni en général ni au sein des marchés publics. En outre, sa portée spatiale à la fois locale et globale a contribué à nourrir des doutes sur sa compatibilité avec les principes et les objectifs traditionnels des marchés publics.

Pour ce qui concerne le premier point, la question de l'appartenance de la notion de développement durable au monde juridique ne semble pas être un débat réservé au théoricien du droit, mais plutôt un facteur important pour la compréhension et l'intégration du développement durable dans les achats publics. En fait, quand le développement durable est relégué au plan exclusivement politique (et donc externe au droit), les effets qu'il peut déployer dans le monde juridique sont assez limités. Par contre,

³² Concernant la jurisprudence européenne, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) – nommée Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) avec le Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1er décembre 2009 – a consacré, depuis 1988, la possibilité d'introduire le développement durable dans les marchés publics, à travers les conditions d'exécution sociales d'un marché, puis en recourant aux critères d'attribution environnementaux. En matière sociale, voy. CJUE, arrêt du 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV / Pays-Bas*, aff. C-31/87 ; CJUE, arrêt du 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, aff. C-448/01. La Cour de justice des Communautés européennes a jugé valable un critère d'attribution additionnel lié à la lutte contre le chômage, pourvu que soient respectés tous les principes fondamentaux du droit communautaire. Pour l'évolution de la jurisprudence européenne, voy. CJUE, arrêt du 26 septembre 2000, *République française*, aff. C-225/98, admettant la prise en considération de données sociales dans l'attribution des marchés publics dans le cadre de plusieurs marchés de travaux ayant pour objet la construction et la maintenance de bâtiments scolaires menées par la région Nord-Pas-de-Calais et le département du Nord. En matière environnementale, voy. CJUE, arrêt du 27 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, reconnaissant la possibilité que tous les critères ne soient pas tous de nature économique ; CJUE, *Commission / Pays-Bas (Max Havelaar)*, arrêt du 10 mai 2012, aff. C-368/10, pp. 36 et s. Le droit de l'Union ne s'oppose pas, en principe, « à un marché public pour lequel le pouvoir adjudicateur exige ou souhaite que certains produits à fournir soient issus de l'agriculture biologique ou du commerce équitable. Toutefois, le pouvoir adjudicateur doit notamment utiliser des spécifications détaillées, plutôt que de se référer à des écolabels ou à des labels déterminés ». Dans le cas d'espèce, le label en question est le label Max Havelaar qui vise « à favoriser la commercialisation des produits issus du commerce équitable, ce label certifie que les produits auxquels il est octroyé sont achetés à des organisations constituées de petits producteurs de pays en développement à un prix et à des conditions justes. À cet égard, l'octroi dudit label est fondé sur le respect de quatre critères, selon lesquels le prix payé doit couvrir tous les frais, ce prix doit comprendre une prime par rapport aux cours du marché, la production doit faire l'objet d'un préfinancement et l'importateur doit entretenir des relations commerciales de longue durée avec les producteurs. Tant l'audit que la certification sont assurés par la FLO ».

la reconnaissance de son statut juridique lui permet d'être confronté directement aux éléments de l'« épine dorsale »³³ du droit dans lequel il se trouve appliqué, tel que le droit des marchés publics.

Le deuxième point concerne l'extension spatiale du développement durable. Si certains des acheteurs publics tendent à se focaliser sur les besoins du territoire dans lequel ils exercent leur activité, force est de constater qu'ils sont ainsi appelés, de manière croissante, à « penser global »³⁴. Cela donne lieu à une dynamique fréquemment contradictoire entre des intérêts principalement locaux et des intérêts transversaux ou même globaux.

La notion de développement durable telle qu'intégrée dans les marchés publics soulève donc deux questions principales portant respectivement sur sa dimension juridique et sur sa dimension spatiale à la fois globale *et* locale que nous proposons d'appeler « globale ». Dans le premier cas, l'absence d'un encadrement juridique précis fait que le développement durable apparaît à la frontière entre le droit et la politique. Dans le deuxième cas, on est plutôt à la frontière entre le droit domestique et les espaces juridiques *infra-*, *supra-* et *trans-* nationaux, où les préoccupations de développement durable peuvent être perçues parfois comme exclusivement locales, parfois comme globales et, de ce fait, « a-territoriales »³⁵.

Sur la base de cette prémisse, il apparaît nécessaire de se pencher d'abord sur (i) l'intérêt de l'étude, pour ensuite (ii) cerner les domaines mobilisés, (III) circonscrire le champ de la recherche et (IV) exposer la thèse proposée et le plan de l'étude (III).

I. L'intérêt de l'étude

Les contrats de marchés publics mobilisent une part importante des deniers publics afin d'acquérir des biens, des services et des travaux remplissant certaines

³³ Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, p. 592, cité par Marie-Charlotte Bontron, *Op. cit.*, p. 37.

³⁴ Traduit de : Albert Sanchez-Graells, « Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia ? », in *Procurement Law Journal*, no. 1, 2016.

³⁵ Amadou Niang, Sébastien Bourdin et André Torre, « L'économie circulaire, quels enjeux de développement pour les territoires ? », in *Développement durable et territoires*, vol. 11, no. 1, avril 2020, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/16902>.

caractéristiques et répondant aux besoins de l'autorité contractante³⁶. Par exemple, dans les pays de l'OCDE « 12% du PIB est consacré » aux achats publics³⁷, alors qu'en Europe seule le « volume d'échanges de ces contrats [...] atteint 2 448 milliards d'euros »³⁸, correspondant « à plus de 16% du PIB de l'Union »³⁹. Par rapport au PIB global, les marchés publics s'élèvent à 11 trillions de dollars conformément aux données de la Banque Mondiale se référant à l'année 2018⁴⁰.

« Si ces données économiques ne justifient pas par elles-mêmes une étude juridique, elles expliquent qu'un domaine aussi important soit l'objet d'attentions particulières »⁴¹ de la part de plusieurs acteurs allant des pouvoirs publics aux contribuables en passant par les opérateurs économiques et les sujets internationaux. On s'attend, en fait, à ce que l'argent public soit géré « avec efficacité et dans le respect des exigences les plus strictes, afin de garantir une qualité de service irréprochable et de préserver l'intérêt général »⁴².

C'est dans ce cadre que certains concepts, objectifs et principes ont été placés au centre du droit des marchés publics, comme l'efficacité économique, l'ouverture à la concurrence, la non-discrimination, l'égalité de traitement, la transparence, l'intégrité, *etc.*⁴³.

³⁶ Comme il a été observé en doctrine, le secteur public a besoin de mobiliser des biens, services et constructions pour remplir ses tâches. Pour ce faire, “the government has, fundamentally, two options: either to manufacture those goods or provide those services itself, using its own personnel and equipment, or to acquire those goods and services from outside its own resources, on the open market. Where goods and services are provided in-house, there is generally, though not invariably, no contract ». Voy. entre autres, Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 21 ; Christine Leon de Mariz, Claude Menard, and Bernard Abeille, *Public Procurement Reforms in Africa. Challenges in Institutions and Governance*, Oxford University Press, 2014, p. 12 ss ; Ron Watermeyer, « Project Synthesis Report: Unpacking Transparency in Government Procurement – Rethinking WTO Government Procurement Agreements », in *CUTS Centre for International Trade, Economics and Environment, Unpacking Transparency in Government Procurement*, CUTS International, Jaipur, India, 2014, pp. 1-50, disponible au site web suivant : <http://ioptions.co.za/sites/default/files/rbwpapers/P5%20%2Bp6%20papers/P5-2.pdf>, qui définit les marchés publics comme un processus qui : « creates, manages and fulfils contracts to the provision of supplies, services or engineering and construction works, the hiring of anything, disposals and the acquisition or granting of any rights and concessions. If procurement is indeed a process, it can be documented as a succession of logically related actions occurring or performed in a definite manner which culminates in the completion of a major deliverable or the attainment of a milestone ».

³⁷ <http://www.oecd.org/fr/gov/commande-publique/>.

³⁸ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/34/marches-publics>.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/how-large-public-procurement>.

⁴¹ Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, p. 12.

⁴² <http://www.oecd.org/fr/gov/commande-publique/>.

⁴³ Au sein de la jurisprudence européenne, voy. par exemple CJUE, arrêt du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia*, aff. C-275/98 ; CJUE, arrêt du 7 décembre 2000, *Teleaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, aff. C-324/98, prévoyant que le principe de non-discrimination « implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté ». Voy. aussi CJUE, arrêt du 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen*, aff. C-458/03 ; Voy. CJUE, arrêt du 15 octobre 2009, *Acosec SpA c/ Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres (ACOSET)*, aff. C-196/08, p. 48 : « outre le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires trouve également à s'appliquer aux concessions de services publics, et ce même en l'absence d'une

Différemment de ces derniers, la notion de développement durable n'a pas été toujours accueillie avec enthousiasme au sein des marchés publics, restant pour longtemps au second plan en raison des restrictions qu'elle pourrait déterminer en termes concurrentiels et d'efficacité économique.

La finalité de cette étude n'est cependant pas de confirmer ni d'infirmer le postulat selon lequel les achats publics durables sont en mesure de contredire les objectifs de l'efficacité économique et de la concurrence. Il serait, en fait, impossible d'identifier un seul équilibre entre les différentes exigences de rentabilité, d'ouverture et de durabilité : en raison de la variété des cadres juridiques et des situations concrètes, une seule solution valable pour tous, sur le modèle *one size fits all*, ne semble pas exister.

Toutefois, face à certaines critiques doctrinales et à certaines difficultés d'application concernant l'achat public durable, il semble possible de trouver un dénominateur commun, un point de départ unique. Il s'agit donc de commencer par la notion de développement durable elle-même, en faisant ressortir les contradictions découlant de sa dimension entre le juridique et le politique, ainsi que de sa dimension *glocale*. Ce qui pourrait contribuer à considérer le développement durable comme un ensemble de « préoccupations légitimes »⁴⁴ au sein des achats publics. Mais ce n'est pas tout. Cette approche pourrait aussi permettre de ne plus devoir justifier l'utilisation des

discrimination en raison de la nationalité ». Voy. encore CJUE, arrêt du 23 décembre 2009, *Serrantoni Srl et Consorzio stabile edili Scrl c/ Comune di Milano*, aff. C376/08, « la réglementation en cause au principal prévoit l'exclusion automatique de la participation à un marché public en cas d'offres simultanées et concurrentes déposées par un établissement stable et par une ou plusieurs des entreprises qui en font partie », ce qui peut poser des problèmes quant au respect des « principes d'égalité de traitement et de proportionnalité ». Voy. aussi CJUE, arrêt du 12 mai 2015, *eVigilo*, aff. C-538/13 ; CJUE, arrêt du 2 juin 2016, *Pippo Pizzo c/ CRGT Srl*, aff. C-27/15. « Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à l'exclusion d'un opérateur économique de la procédure de passation d'un marché public à la suite du non-respect, par celui-ci, d'une obligation qui résulte non pas expressément des documents afférents à cette procédure ou de la loi nationale en vigueur, mais d'une interprétation de cette loi et de ces documents ainsi que du comblement des lacunes, de la part des autorités ou des juridictions administratives nationales, présentées par lesdits documents. Dans ces circonstances, les principes d'égalité de traitement et de proportionnalité doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas au fait de permettre à l'opérateur économique de régulariser sa situation et de satisfaire à ladite obligation dans un délai fixé par le pouvoir adjudicateur ». Voy. aussi CJUE, arrêt du 7 octobre 2004, *Sintesi SPA*, aff. C-247/02. La « directive doit être interprétée en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui, en vue de l'attribution de marchés publics de travaux à l'issue de procédures d'appels d'offres ouverts ou restreints, impose, de manière abstraite et générale, aux pouvoirs adjudicateurs de recourir au seul critère du prix le plus bas ». Voy. encore CJUE, arrêt du 10 octobre 2013, *Manova*, aff. C-336/12, prévoyant que « [l]e principe d'égalité de traitement doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur demande à un candidat, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, la communication de documents descriptifs de la situation de ce candidat, tels que le bilan publié, dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature est objectivement vérifiable pour autant que les documents dudit marché n'aient pas imposé explicitement leur communication sous peine d'exclusion de la candidature. Une telle demande ne doit pas indûment favoriser ou défavoriser le ou les candidats auxquels ladite demande a été adressée ».

⁴⁴ Pascale Idoux, « Les considérations sociales et environnementales », in *Revue française de Droit Administratif (RFDA)*, 2016, p. 260 ; Deirdre Halloran, « The Social Value in Social Clauses : Methods of Measuring and Evaluation in Social Procurement », in Khi V. Thai (dir.), *Op. cit.*, 2017.

marchés publics en tant qu'« instrument stratégique »⁴⁵, « outil au service d'un autre but que le meilleur achat [purement économique] »⁴⁶, « boîte à outils » à la disposition des objectifs socio-environnementaux.

II. Les domaines mobilisés

L'analyse de l'achat public durable nécessite d'être menée en mobilisant plusieurs domaines relevant du droit public. Il s'agit notamment des champs du droit constitutionnel, de la théorie du droit et de la science administrative. Si l'utilité de la science administrative paraît s'imposer, la référence aux autres domaines semble également nécessaire.

En fait, dans le cadre de cette recherche, l'analyse est axée, dans la première partie, sur le statut juridique de la notion de développement durable et ses rapports avec les marchés publics et, dans la deuxième partie, sur la dimension spatiale – que nous avons proposée d'appeler *glocale* – du développement durable mise en œuvre dans le domaine de l'achat public.

À cet égard, l'examen de la juridicité du développement durable ne peut pas faire abstraction de la dichotomie entre le droit et la politique, en s'appuyant sur les fondements du droit constitutionnel et de la théorie du droit.

À son tour, l'analyse de la dimension *glocale* du développement durable doit pouvoir s'appuyer sur l'appréhension d'un droit dont « la frontière délimite le territoire » mais, en même temps, rend « compte des réseaux [...], parcourus et structurés par les flux résultant du jeu des acteurs (de plus en plus nombreux) dont les stratégies se déploient à

⁴⁵ Entre autres, voy. François Llorens, Pierre Soler-Couteaux, « La commande publique, instrument stratégique au service des politiques publiques », in *Revue Contrats et Marchés publics*, no. 11, novembre 2017, Repère 10. Dans ce même sens, voy. Claire Jourdain, « L'intégration d'aspects sociaux et de considérations environnementales dans les marchés des administrations et entreprises publiques », in *Revue juridique de l'entreprise publique. Cahiers juridiques de l'Électricité et du Gaz*, avril 2003, no. 597, p. 215. « La passation des marchés constitue également un instrument pour mettre en œuvre des politiques qui dépassent cet objectif premier » visant à « se procurer des travaux, des fournitures ou des services en réponse à un besoin identifié ». Voy. aussi Beate Sjøfjell et Anja Wiesbrock, « Public procurement's potential for sustainability », in Beate Sjøfjell (dir.) et Anja Wiesbrock (dir.), *Sustainable Public Procurement under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge University Press, 2015, pp. 230-243.

⁴⁶ Nicolas Boulouis, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », in *Revue française de Droit Administratif (RFDA)*, no. 4, 2014, p. 617. La possibilité que « le droit des contrats publics puisse être en soi un droit au service d'objectifs qui sont aujourd'hui rassemblés sous le vocable de 'développement durable' » est attentivement analysée par l'auteur. Voy. ainsi Anthony Pilon, *Les marchés publics : un outil au service des considérations sociales*, Mémoire de Master, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2014.

l'échelle mondiale »⁴⁷. En particulier, allant au-delà d'un « espace normatif homogène, centré autour des institutions de l'État, [et d']un ordre unifié et hiérarchisé [...] et [d']un temps stabilisé » dans le seul présent⁴⁸, une telle dimension *glocale* entraîne une pluralité d'acteurs, d'échelles territoriales et spatiales, de considérations socio-environnementales, de règles, principes et objectifs, selon des interdépendances et des dynamiques à la fois contradictoires et synergiques entre le local et le global. C'est dans cette perspective démultipliée qu'il semble nécessaire de s'appuyer sur les approches du droit constitutionnel et de la théorie du droit, aussi bien que sur celles de la science administrative, afin d'appréhender les facettes de l'intégration du développement durable dans les marchés publics.

En outre, si la dimension *glocale* du développement durable permet de repenser, dans une certaine mesure, le postulat selon lequel « le droit a horreur du pluriel »⁴⁹, l'analyse de cette dimension dans les marchés publics nécessite la prise en compte aussi du droit de l'Union européenne et du droit international, sans cependant oublier les droits nationaux au sein desquels s'inscrivent les exemples proposés.

III. Circonscrire le champ de la recherche

L'ampleur du sujet nous a imposé de circonscrire le champ de la recherche. S'appuyant principalement sur la littérature doctrinale, cette analyse présente au départ un caractère spéculatif qui mobilise ainsi les textes juridiques des différents niveaux nationaux, supranationaux et internationaux. Toutefois, l'illustration du sujet nécessite également la présentation de certains exemples, afin de tester, de confirmer ou d'infirmer les affirmations et les argumentations doctrinales.

En ce sens, cette thèse n'a pas une approche purement théorique. Si, d'une part, elle identifie certains défauts et caractères d'une notion juridique multidimensionnelle, celle du développement durable (axée sur les trois piliers de l'économie, du social et de l'environnemental), d'autre part elle vise à cerner les implications qui se produisent au sein des marchés publics à l'aide d'un certain nombre d'exemples à l'échelle

⁴⁷ Mireille Delmas-Marty, « Les processus de mondialisation du droit », in Charles-Albert Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 66.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 64-65.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 64.

internationale, supranationale et nationale. Cela permet de ne pas se limiter à une lecture simplement théorique de la problématique retenue et, en même temps, de renforcer l'analyse avec un « zeste de droit comparé »⁵⁰.

Une telle approche présente cependant deux limites majeures. Premièrement, les exemples proposés n'ont pas un caractère exhaustif : en raison de l'étendue du sujet, ils sont forcément limités. Deuxièmement, le simple renvoi à une pluralité de cadres juridiques ne permet pas de définir cette étude comme étant un travail de droit comparé au sens propre⁵¹. Toutefois, la référence à plusieurs espaces juridiques vise à confronter les différentes sources du droit des marchés publics (nationales, supranationales et internationales) ainsi que certaines pratiques, « afin d'en déceler les incohérences et les points communs »⁵².

IV. La thèse proposée et l'annonce du plan

Malgré un intérêt de plus en plus manifeste de la société civile et des acteurs publics, le potentiel de l'achat public durable apparaît à l'heure actuelle encore inexploité. De plus, de nombreux systèmes de marchés publics semblent encore à la « recherche d'un encadrement sécurisant et équilibré de l'utilisation des critères environnementaux et sociaux »⁵³.

Pour parvenir à un tel état sécurisant et équilibré, il apparaît nécessaire de partir des fondements de la notion de développement durable elle-même. Toutefois, en remontant à cette dernière, on observe qu'il existe à la fois un manque de clarté quant à sa valeur juridique et normative, et à la fois une appréciation erronée de sa portée territoriale et spatiale. Ces deux points semblent susceptibles de limiter *ab initio* le recours à l'achat public durable.

Pour ce qui est de la juridicité du développement durable, il est tout d'abord nécessaire de constater que ce dernier se présente comme étant une notion à composantes

⁵⁰ Otto Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, no. 2, avril-juin 2001, pp. 275-288.

⁵¹ Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, p. 12. Selon l'auteur, pour qu'on puisse parler d'analyse comparative, les réflexions menées doivent être « replacées dans un contexte leur permettant d'être probantes ».

⁵² *Ibid.*, p. 12 ; Laura Carpineti, Gustavo Piga et Matteo Zanza, « The variety of procurement practice : evidence from public procurement » in Nicola Dimitri (dir.), Gustavo Piga (dir.), Giancarlo Spagnolo (dir.), *Op. cit.*, 2006.

⁵³ Pascale Idoux, *Op. cit.*, p. 260.

hétérogènes et à « contours flous »⁵⁴, dont l'encadrement n'est pas précis en termes juridiques. Transposé dans les marchés publics, le développement durable ajoute de la complexité au domaine de l'achat public : d'une part, les marchés publics durables deviennent un espace commun de savoirs différents⁵⁵, ce qui renvoie à la notion de l'interdisciplinarité, avec beaucoup de conséquences sur l'activité au quotidien des acheteurs publics ; d'autre part, le développement durable fournit un éventail de considérations socio-environnementales difficiles parfois à saisir et à poursuivre de manière cohérente et équilibrée dans le cadre de l'achat public (Partie 1).

Pour ce qui concerne l'appréciation de la portée spatiale du développement durable, on observe que ce dernier est parfois lié à des enjeux locaux – ce qui entraîne la critique récurrente de la mise en danger potentielle des objectifs traditionnels des marchés publics, notamment l'efficacité économique et l'ouverture à la concurrence. Dans d'autres cas, le développement durable renvoie à un niveau global, souvent perçu comme un peu éthéré et sans un ancrage territorial précis⁵⁶. Toutefois, ne pas prendre compte des interdépendances entre les deux niveaux local et global conduit à limiter le potentiel que l'achat public peut avoir dans la poursuite du développement durable et face à des situations extraordinaires de crises socio-environnementales. Si les acheteurs publics coopéraient de manière plus étendue en vertu de ces interdépendances, il serait possible d'échanger des informations, de formuler des critères durables équilibrés en adoptant des procédures dans des cadres sécurisants, tout en ayant un pouvoir majeur et en produisant des impacts potentiellement bien plus conséquents que si on agissait de manière individuelle (Partie 2).

⁵⁴ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, pp. 22-23.

⁵⁵ Cela renvoie à la notion de l'interdisciplinarité. Voy. Georges Gusdorf, « Réflexions sur l'interdisciplinarité », in *Bulletin de Psychologie*, vol. 43, 1990, p. 872. « Les spécialistes de diverses disciplines doivent être animés ici d'une volonté commune, d'une bonne volonté. Chacun accepte de faire un effort hors de son domaine propre et de son propre langage technique pour s'aventurer dans un domaine dont il n'est pas le propriétaire exclusif. On pourrait parler de copropriété, concernant un territoire épistémologique déterminé. Tout participant à l'entreprise admet le principe d'un enseignement mutuel ; il souhaite être instruit et instruire, dans le cadre d'un régime de cogestion ». Voy. aussi Maurice Payette, « Interdisciplinarité : clarification des concepts », in *Interactions*, vol. 5, no. 1, 2001, p. 23, disponible en ligne : <https://www.usherbrooke.ca>.

⁵⁶ Cynthia Ghorra-Gobin (dir.), Magali Reghezza-Zitt (dir.), *Entre local et global, les territoires dans la mondialisation*, Paris, Éditions Le Manuscrit, 2016.

PREMIÈRE PARTIE.

LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS : UNE NOTION JURIDIQUE ?

La *coloration* durable des achats publics, qui apparaît aujourd'hui comme une exigence de plus en plus importante, présente cependant des limitations et des critiques dans de nombreux contextes. Complexité, faisabilité technique, concurrence, rentabilité économique ne sont que certaines des logiques qui entrent en jeu lorsqu'on intègre la notion de développement durable dans les marchés publics.

Toutefois, pour une meilleure compréhension des achats publics durables (APD) il apparaît nécessaire de remonter à la source du concept de développement durable. Ce dernier présente, en fait, des faiblesses au niveau de sa définition et de son statut juridique qui semblent susceptibles de se répercuter, ensuite, sur les différents domaines où il s'applique (Titre I).

La « traduction [du développement durable] dans le droit » des marchés publics⁵⁷ est donc étudiée à partir de ce postulat. En analysant la « rencontre »⁵⁸ entre la notion de développement durable et le domaine des marchés publics, on examine la complexité, l'interdisciplinarité et l'hétérogénéité du champ des achats publics durables et, dans un deuxième temps, le degré d'« autorité juridique »⁵⁹ que les textes portant sur les marchés publics reconnaissent au développement durable (Titre II).

Titre I. La définition de la notion de développement durable entre la politique et le droit.

Titre II. L'intégration de la notion de développement durable dans le droit des marchés publics.

⁵⁷ Nil Symchowicz, « Le concept de développement durable appliqué à la commande publique », in *Contrats Publics. Actualité de la commande publique*, no. 96, février 2010, p. 43.

⁵⁸ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 22.

⁵⁹ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 72.

TITRE I.

LA DÉFINITION DE LA NOTION DE DÉVELOPPEMENT DURABLE ENTRE LA POLITIQUE ET LE DROIT

Depuis son apparition dans les années '80, le développement durable a été de plus en plus évoqué dans différents secteurs et à plusieurs niveaux. Largement employé et souvent critiqué, le développement durable nécessite tout d'abord un effort de définition pour pouvoir en déterminer les caractéristiques et les composantes principales (chapitre 1). Dans un deuxième temps, l'analyse vise à la compréhension de la notion de développement durable en termes juridiques, en s'interrogeant sur son appartenance au monde du droit ou, dans le cas contraire, sur sa pertinence simplement politique (chapitre 2).

Chapitre 1. Les multiples facettes de la notion de développement durable entre difficultés de définition et hétérogénéité.

Chapitre 2. Les incertitudes liées au statut juridique de la notion de développement durable.

CHAPITRE 1.

LES MULTIPLES FACETTES DE LA NOTION DE DÉVELOPPEMENT DURABLE ENTRE DIFFICULTÉS DE DÉFINITION ET HÉTÉROGÉNÉITÉ

Appréhender le développement durable nécessite tout d’abord un effort de définition. Si les approches et pratiques varient d’un pays à l’autre et d’un domaine à l’autre, force est de constater que multiples sont aussi ses définitions (Section 1). Recouvrant l’ensemble des piliers économique, social et environnemental, le développement durable peut présenter des nuances voire même des significations différentes sur la base du volet spécifiquement pris en compte. Dans ce cadre assez fragmenté, il apparaît possible d’identifier dans l’hétérogénéité matérielle le trait caractéristique du développement durable (Section 2).

Section 1 : Les définitions et les critiques de la notion de développement durable

Les défis socio-environnementaux qui doivent être relevés de nos jours couvrent de nombreuses et diverses préoccupations, telles que le dérèglement climatique, les risques associés aux pollutions globales, l’accélération des émissions de gaz à effet de serre, l’appauvrissement de la diversité biologique, la disparition d’espèces végétales et animales, la surexploitation et l’épuisement des ressources naturelles, l’émission exponentielle de substances nocives, la production de façon croissante de déchets même dangereux, l’accroissement des inégalités sociales, la précarisation croissante des conditions de vie et de travail, le sous-emploi, l’exclusion sociale, la pauvreté parfois extrême, le nonaccès aux services de base (par exemple, l’éducation, la santé, l’eau, l’assainissement et l’énergie), la violation des droits fondamentaux, sans oublier les effets tragiques des pandémies comme celle connue sous le nom de Covid-19 à laquelle l’humanité se trouve confrontée depuis la fin 2019-début 2020.

Née comme tentative de réponse aux crises écologiques et sociales – et leurs *pollutions*⁶⁰ ou externalités négatives –, la notion de développement durable ou

⁶⁰ Le terme “pollution sociale” a été employé par Claude Lacour, « Pour une planification écologique stratégique : l’écoaménagement des territoires », in *Revue d’Economie Régionale et Urbaine*, 1992, no. 3, p. 477. Pour ce qui concerne la pollution environnementale, on se réfère à l’un des exemples d’externalités négatives découlant de l’action

« soutenable » (en anglais, *sustainable development*) a été conçue en « rupture »⁶¹ et comme limite à une croissance économique illimitée⁶², à une « consommation effrénée »⁶³, à un modèle de développement « à tout prix »⁶⁴, exclusivement « guidé [...] par le marché »⁶⁵ et « destructeur »⁶⁶ de l'écosystème et de l'humanité. Si cela semble être la finalité principale à la base de la formulation du concept de développement durable, force est de constater qu'il peut être défini de manière multiple (paragraphe 1), tout en prêtant le flanc à certaines critiques (paragraphe 2).

d'une personne ou d'un groupe de personnes. Une telle externalité est susceptible d'engendrer a « market failure ». Sur ce point, voy. Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 175. L'auteur précise que « the cost of such pollution is not reflected in the market price for those products. The market is in disequilibrium and there is market failure. Where free markets do not or cannot take account of externalities, governments will often step in to re-establish equilibrium. In the case of environmental pollution, the two principal methods have been the imposition of environmental taxes on polluters on an attempt to force them to take account of the environmental costs inflicted on others and the imposition of pollution standards that regulate the maximum amount of allowed pollution ».

⁶¹ Emanuelle Tourme Jouannet, « Droit du développement et droit de la reconnaissance, les piliers juridiques d'une société mondiale plus juste ? », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 41. Voy. aussi Jean-Marie Harribey, *Développement soutenable et réduction du temps de travail. Analyse critique appliquée au cas de la France*, Thèse de doctorat en Sciences économiques, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, 1996, p. 1. Le développement durable représente une « rupture entre un processus d'accumulation et l'ensemble des procédures de régulation des relations sociales et des rapports entre l'homme et la nature instrumentalisée ». Mais il faut noter que tout le monde ne partage pas cet avis. Pour certains, « la croissance est la solution, non le problème », puisqu'elle crée des emplois permettant de régler le problème social et de favoriser une répartition plus équitable. Tel a été le contenu de la déclaration de M. George W. Bush rendue le 14 février 2002 à Silver Spring (Maryland), dont l'article sur le Monde de Hervé Kempf, « George Bush compte sur la croissance pour résoudre à terme la question du changement climatique », in *Le Monde*, 19 août 2002, disponible en ligne : https://www.lemonde.fr/planete/article/2002/08/19/george-bush-compte-sur-la-croissance-pour-resoudre-a-terme-la-question-du-changement-climatique_287731_3244.html.

⁶² Jean-Marie Harribey, *Op. cit.*, 1996, p. 391. « En postulant que les besoins humains sont illimités, l'idéologie économique justifie par avance la nécessité de la croissance économique illimitée » mais « la croissance durable qui est toujours exponentielle -et a fortiori, la croissance illimitée dans le temps- est une chose impossible ». Voy. aussi Commission mondiale sur l'environnement et le développement (C.M.E.D.), *Notre avenir à tous. Rapport Brundtland, Vers un développement durable*, Chapitre 2, 1987, disponible en ligne : <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>. « Le développement durable, c'est autre chose qu'une simple croissance. Il faut en effet modifier le contenu même de cette croissance, [...] dans le cadre d'un ensemble de mesures visant à préserver notre capital écologique, améliorer la répartition des revenus, et réduire notre vulnérabilité aux crises économiques ».

⁶³ Emanuelle Tourme Jouannet, « Droit du développement et droit de la reconnaissance, les piliers juridiques d'une société mondiale plus juste ? », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 41.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 41. La déclaration du sommet de la Terre à Rio (1992), puis la convention-cadre et le protocole de Kyoto sur les changements climatiques amènent à introduire l'idée de « responsabilités communes mais différenciées ». Sur ce point, voy. aussi Mireille Delmas-Marty, *Op. cit.*, p. 239. L'auteur souligne que « les politiques climatiques posent des difficultés redoutables non seulement aux scientifiques, mais aussi aux économistes, en raison du triptyque 'irréversibilité, temps long et incertitude extrême' ». Il en résulte que « [p]our donner un contenu commun au concept de 'développement durable', il fallait tenir compte des disparités et des responsabilités passées des pays les plus développés, sans pour autant renoncer à garantir le bien-être des générations futures ni renoncer à protéger l'écosystème ».

⁶⁵ Voy. la déclaration de Cocoyoc, adoptée à l'issue des travaux d'un symposium organisé en octobre du 1974 par le PNUE et la CNUCED. Voy. aussi Kiara Neri, « Rapport général », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 307.

⁶⁶ Géraldine Guérillot, *La réception des discours de développement durable et d'actions de responsabilité sociale des entreprises dans les pays du Sud. Le cas d'un don d'ordinateurs au Sénégal dans le cadre d'un projet tripartite de solidarité numérique*, Thèse de doctorat en Sciences de l'Homme et Société - Sociologie, 2012, p. 21, disponible en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00873627>.

Paragraphe 1 : Quelques éléments de définition du développement durable

La notion de développement purement économique a fait largement l'objet de discussions au cours des cinquante dernières années, avec une « cosmopolitan consciousness »⁶⁷, une « montée de préoccupations citoyennes résultant du constat aveuglant des excès de l'activité humaine » en termes écologiques et sociaux⁶⁸. Une prise de conscience croissante s'est donc diffusée par rapport à la nécessité de ne plus négliger les questions environnementales planétaires et les besoins sociaux divergents⁶⁹ lorsqu'il s'agit du développement. Ce dernier doit être soumis « à certaines conditions fortes : [au moins] ne pas aggraver les inégalités, [et] ne pas contraindre de manière irréversible l'environnement [...] »⁷⁰, tout en trouvant un équilibre entre les préoccupations – parfois opposées – des pays développés et celles des pays en voie de développement⁷¹. Loin de correspondre au concept de « zero growth » (croissance zéro)⁷², le développement durable se façonne donc « à l'intersection de l'économie, du social et de l'écologique »⁷³ tout en démontrant un caractère à la fois « transpatial »⁷⁴ et « à consonance générationnelle »⁷⁵ (A). Toutefois, en vertu des conceptions doctrinales divergentes, le développement durable peut être compris de manière différente dans ses composantes (B).

⁶⁷ Tiré de : Ulrich Beck, *What is globalization?*, trad. Patrick Camiller, Cambridge, Polity Press, 2000, p. 39 ; Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 80.

⁶⁸ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 75.

⁶⁹ Le développement durable tire ses origines de la rencontre entre, premièrement, l'environnement et le droit du développement. Ensuite, le développement durable a investi aussi la sphère sociale et les droits de l'homme. Voy. par exemple, Virginie Barral, « Retour sur la fonction du développement durable en droit international : de l'outil herméneutique à l'obligation de s'efforcer d'atteindre le développement durable », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 411. Voy. aussi Xavier Pinaud, *Op. cit.*, pp. 19-27. L'auteur remarque que « depuis la prise de conscience environnementale qui fit brutalement suite à l'âge d'or industriel des Trente glorieuses, s'est développé un courant de pensée alternatif, assez radicalement contestataire à l'origine, [...], fondé sur la volonté de mieux concilier le développement économique et la préservation de l'environnement. Cette volonté s'est cristallisée politiquement, et a fini par prendre corps, entraînant dans son sillage des exigences sociales, grâce au concept de 'développement durable' ».

⁷⁰ Jean-Marie Harribey, *Op. cit.*, 1996, p. 399.

⁷¹ Nico J. Schrijver, « The evolution of sustainable development in international law: inception, meaning and status », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 329, 2007, pp. 366-371 ; Robert R. Hunja, « Obstacles to public procurement reform in developing countries », in Sue Arrowsmith (dir.) et Martin Trybus (dir.), *Public Procurement : the Continuing Revolution*, Londres, Kluwer Law International, 2002.

⁷² Voy. Jean-Marie Harribey, *Op. cit.*, 1996, p. 396.

⁷³ Olivier Frot, *Développement durable et marchés publics*, Paris, AFNOR Édition, 2008, p. 1.

⁷⁴ René-Jean Dupuy, « La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds marins », in *Droit et libertés à la fin du XXe siècle : influence des données économiques et technologiques, Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Paris, Editions A. Pedone, 1984, p. 199 et pp. 201-202.

⁷⁵ Laurence Boisson de Chazournes, « Les panels d'inspections », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 111 ; Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Global sustainable development in the 21. century*, Edinburgh, Edinburgh University press, 2000, p. 5. « The other route is through the link with future generations. Here, the idea is that a robust defence of biodiversity is by far the best way to preserve the options and opportunities for future generations to meet their needs ».

A : Une notion « transpatiale » et « à consonance générationnelle »

Le développement durable peut se comprendre sur la base de la logique de croissance économique, cette dernière conçue comme écologiquement soutenable, socialement responsable, « steady and healthy » (constante et saine)⁷⁶, avec une connotation « transpatiale »⁷⁷ et « à consonance générationnelle »⁷⁸ qui vise à réduire les « disparités de développement »⁷⁹ entre le Nord et le Sud, entre l'Ouest et l'Est⁸⁰, entre les générations présentes et les générations futures⁸¹.

Dans ce cadre, il est important de souligner que les contraintes socio-environnementales qui s'imposent à un développement purement économique se basent

⁷⁶ Nico J. Schrijver, *Op. cit.*, vol. 329, 2007, pp. 366-371.

⁷⁷ René-Jean Dupuy, *Op. cit.*, 1984, p. 199 et pp. 201-202.

⁷⁸ Laurence Boisson de Chazournes, « Les panels d'inspections », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 111 ; Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 5.

⁷⁹ René-Jean Dupuy, « Communauté internationale et disparités de développement : cours général de droit international public », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 165, 1981, p. 232.

⁸⁰ Nico J. Schrijver, *Op. cit.*, vol. 329, 2007, pp. 366-371. « Sustainable development as interpreted by the Rio Declaration of Principles represents a balance between the concerns of the industrialized and the poor countries ». Voy. aussi Mathias Audit, « Les obligations relatives à la part locale dans les contrats d'Etat », in S.F.D.I., *Op. cit.*, p. 197. Pour ce qui concerne la redistribution des richesses, « certains Etats économiquement pauvres, mais riches en ressources naturelles et notamment pétrolières, bénéficieraient d'une croissance économique moindre que certains de leurs congénères pourtant moins bien dotés par la nature ». C'est ce qu'on appelle la « malédiction des ressources naturelles » (« resource curse » en anglais). Il est à noter que le même rapport *Brundtland* semble également se rendre compte de ladite problématique, surtout en ce qui concerne la répartition des richesses. En ce sens, les limites écologiques et sociales qu'il prévoit visent à ce que « la croissance engloutisse moins de matières premières et d'énergie et que ses fruits soient répartis plus équitablement ». Sur ce point, voy. Commission mondiale sur l'environnement et le développement (C.M.E.D.), *Op. cit.*, chapitre 2. L'idée de la redistribution a été soulevée aussi à l'occasion de la session de Copenhague sur le développement social : il s'agit, pour le Secrétaire Général de l'ONU, d'une question de justice sociale qui ne se réduit pas à un simple transfert aux plus défavorisés. En fait, selon lui, la redistribution nécessite aussi des actions « de portée générale dont le but est d'augmenter les richesses disponibles, et qui donc bénéficieront indirectement aux plus défavorisés ». Voy. Jean-Marie Harribey, *Op. cit.*, 1996, p. 396. Voy. aussi OIT, *Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, 2008, p. 5, disponible au lien suivant : http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371205.pdf. Selon cette Déclaration, « d'une part, le processus de coopération et d'intégration économiques a aidé un certain nombre de pays à bénéficier de taux élevés de croissance économique et de création d'emplois, à intégrer bon nombre des ruraux pauvres dans l'économie urbaine moderne, à faire progresser leurs objectifs de développement et à stimuler l'innovation en matière de développement de produits ainsi que la circulation des idées; d'autre part, l'intégration économique à l'échelle mondiale a eu pour conséquence de confronter de nombreux pays et secteurs à des défis majeurs touchant à l'inégalité de revenus, à la persistance de niveaux de chômage et de pauvreté élevés, à la vulnérabilité des économies aux chocs extérieurs, à l'augmentation du travail précaire et de l'économie informelle, qui ont une incidence sur la relation de travail et les protections qu'elle peut apporter ». Voy. ainsi Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 2. Dans l'introduction de l'ouvrage collectif, il est souligné que « different issues, contrast and conflicts are thrown into relief when the concept of sustainable development is overlaid on different backgrounds, or inserted into different contexts. They look beneath the simplifying dichotomies of 'North' and 'South', 'developed and developing', and find elements that at least give grounds for hope ».

⁸¹ Virginie Barral, « Sustainable Development in International Law : Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm », in *European Journal of International Law*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 380. « Intergenerational equity refers to the first dimension of the proposition and relates to the adjective 'sustainable'. This principle is at the core of the Brundtland Report's definition and is also included in principle 3 of the Rio Declaration. [...] Intragenerational equity refers for its part to the second dimension of the expression, the 'development' part, and requires equity in the distribution of the outcomes of development within one generation as much internally (within one national society) as internationally (between developed and developing states) ».

sur un « espace-temps fini »⁸² et des ressources naturelles qui sont limitées d'un point de vue à la fois territorial et « transtemporel »⁸³.

Selon la perspective transpatiale⁸⁴, le développement durable est susceptible de provoquer des « réponses nombreuses et variées »⁸⁵ de la part d'un « large number and variety of actors [...] at different spatial scales »⁸⁶ (grand nombre et variété d'acteurs [...] à des échelles spatiales différentes), avec des interférences multiples et réciproques entre les niveaux locaux et le « focus » plutôt global⁸⁷. Par exemple, les décisions économiques globales peuvent avoir des impacts écologiques particuliers au niveau local et, à leur tour, les activités économiques locales peuvent avoir des impacts écologiques au niveau global⁸⁸ en produisant un large éventail d'externalités⁸⁹.

Selon la perspective transtemporelle – qui renvoie davantage à la notion d'équité intergénérationnelle (entre générations) que celle intragénérationnelle (à l'intérieur d'une

⁸² Bernard Charbonneau, *Le système et le chaos, critique du développement exponentiel*, Paris, Anthropos, 1973, cité par Jean-Marie Harribey, *Op. cit.*, 1996, p. 392. Voy. également Xavier Thunis, « Le développement durable : une seconde nature », in *Aménagement-Environnement*, n. spécial, 2000, p. 9. L'auteur remarque que « [l]'être humain a le désir de durer. Ce désir s'exprime naturellement sur le plan individuel mais il l'excède. S'il accepte sa propre finitude ou s'il s'y résigne, l'homme supporte mal l'idée que la culture qui le forme, la terre qui le nourrit, le monde qu'il habite puissent un jour vieillir, dépérir et finalement s'éteindre ». Voy. aussi Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 19. « Exposées à des risques qui, par leur gravité et leur ampleur, deviennent une question de survie, nos sociétés modernes ressentent avec de plus en plus d'acuité le désir de durer ».

⁸³ Laurence Boisson de Chazournes, « Les panels d'inspections », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 111 ; Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 5. « The other route is through the link with future generations. Here, the idea is that a robust defence of biodiversity is by far the best way to preserve the options and opportunities for future generations to meet their needs ».

⁸⁴ René-Jean Dupuy, *Op. cit.*, 1984, p. 199 et pp. 201-202.

⁸⁵ Traduit de : Bill Hopwood, Mary Mellor, Geoff O'Brien, « Sustainable development: mapping different approaches », in *Sustainable Development* vol. 13, no. 1, 2005, pp. 38 ss. Les auteurs précisent que « [t]o provide a generalized view of the trends within the sustainable development debate [...] original mapping can be expanded by considering environmental and socio-economic views on two separate axes. The socio-economic axis covers the level of importance given to human well-being and equality and the environment axis covers the priority of the environment from low environmental concern through technocentred to ecocentred ». Comme les auteurs le soulignent, une telle représentation graphique a été proposée par Timothy O'Riordan, « The challenge for environmentalism », in Richard Peet (dir.), Nigel (dir.) et Thrift (dir.), *New Models in Geography*, London, Unwin Hyman, 1989, pp. 77-102.

⁸⁶ Susan Hanson et Robert Lake, *Towards a comprehensive geographical perspective on urban sustainability. Final Report of the 1998 National Science Foundation Workshop on Urban Sustainability*, 2000, p. 1, disponible en ligne : <http://cupr.rutgers.edu/wp-content/uploads/2014/08/sustain.pdf>. Pour les auteurs, « there is not one but many different knowledges about processes related to economic and ecological sustainability, held by different groups and organizations ». En outre, « [a]mong the myriad examples of institutional actors operating at various spatial scales are: international political organizations (the United Nations, WTO, NATO); global financial institutions (World Bank, IMF); global, national, and local corporations and markets; global NGOs; national, state or provincial, and local governments; inter-city networks (associations of governments, national chambers of commerce, etc.); local, community, and grassroots organizations; and households ».

⁸⁷ Traduit et partiellement reformulé de Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 9.

⁸⁸ Traduit et partiellement reformulé de : Susan Hanson et Robert Lake, *Op. cit.*, p. 1. « Global economic decisions may have locally specific ecological consequences, while local economic activities may have global ecological impacts ».

⁸⁹ *Ibid.*, p. 1.

génération)⁹⁰ –, le développement durable appelle à une « extension inédite de la matrice temporelle du droit vers l'avenir »⁹¹ en visant les « temps des systèmes écologiques »⁹² et des besoins des diverses générations qui se succèdent sur la planète. Comme le dirait le philosophe Henri Bergson, le développement durable semble être intrinsèquement capable d'« arrêter en quelque sorte la marche du temps, et de tenir l'avenir dans le présent »⁹³.

C'est le même rapport *Brundtland* de 1987, officiellement intitulé « Notre avenir à tous » (*Our Common Future*) de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (C.M.E.D.) de l'Organisation des Nations Unies, qui met en exergue le caractère *inter-* et *intra-* générationnel du développement durable⁹⁴, aussi dit « time perspective »⁹⁵. En particulier, le développement durable est défini comme le « développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs »⁹⁶. Si pour une partie de la doctrine, cela constitue une perspective plutôt anthropocentrique⁹⁷, pour une autre partie de la doctrine c'est justement l'« équité [au sens] *intergénérationnel* et *intragénérationnel*, économique,

⁹⁰ La perspective intragénérationnelle se focalise, en revanche, sur « one generation ». En particulier, « [i]ntragenerational equity refers for its part to the second dimension of the expression, the 'development' part, and requires equity in the distribution of the outcomes of development within one generation as much internally (within one national society) as internationally (between developed and developing states) ». Voy. Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 380.

⁹¹ Emilie Gaillard, « Développement durable et droits de l'homme. Vers la reconnaissance de droits de l'homme des générations futures ? », in S.F.D.I., *Op. cit.*, p. 400.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Henri L. Bergson, *Essai sur les données immédiates de la Conscience*, Edition numérique Pierre Hidalgo, La Gaya Scienza, 2011, p. 15.

⁹⁴ Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 380. « Intergenerational equity refers to the first dimension of the proposition and relates to the adjective 'sustainable'. This principle is at the core of the Brundtland Report's definition and is also included in principle 3 of the Rio Declaration. [...] Intragenerational equity refers for its part to the second dimension of the expression, the 'development' part, and requires equity in the distribution of the outcomes of development within one generation as much internally (within one national society) as internationally (between developed and developing states) ».

⁹⁵ « Sustainable development involves the simultaneous pursuit of economic prosperity, environmental quality and social equity ». Voy. Rodrigo Lozano, « Envisioning sustainability three-dimensionally », in *Journal of Cleaner Production*, vol. 16, 2008, pp. 1838-1846 ; John Barry (dir.), Brian Baxter (dir.) et Richard Dunphy (dir.), *Europe, globalization and sustainable development*, Londres et New York, Routledge, 2004, p. xvi. Dans l'introduction, on précise que « place can be seen in true perspective, only when considered not just alone in its three spatial dimensions, but also, as being simultaneously situated within the fourth dimension – that of time, of dynamic history ».

⁹⁶ Commission mondiale sur l'environnement et le développement (C.M.E.D.), *Op. cit.*, p. 5.

⁹⁷ *Ibid.* Sur la base de cette définition, une partie de la doctrine a qualifié le développement durable comme un « unashamedly anthropocentric concept », car il définit les besoins « from a human standpoint ». Sur ce point voy. Bill Hopwood, Mary Mellor, Geoff O'Brien, *Op. cit.*, no. 1, 2005, p. 39, qui met en exergue que « Brundtland's definition and the ideas expressed in the report Our Common Future recognize the dependency of humans on the environment to meet needs and well-being in a much wider sense than merely exploiting resources: ecology and economy are becoming ever more interwoven – locally, regionally, nationally and globally ». Voy. aussi Keekok Lee, « Global sustainable development: its intellectual and historical roots », in Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Global Sustainable Development in the 21st Century*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2000, pp. 31-47.

environnemental et social »⁹⁸ qui constitue le noyau dur du développement durable. En ce sens, le « développement sera durable seulement lorsque l'équité intergénérationnelle et intragénérationnelle sont assurées », la première se liant principalement à la protection environnementale tout au long des générations (*inter-*), la deuxième renvoyant plutôt à l'économie équitable et au développement social à l'intérieur de la même génération (*intra-*)⁹⁹.

Ancrée dans une dimension intra- et inter- générationnelle avec des interdépendances entre les échelles temporelles et une certaine vision du futur, la protection socio-environnementale renvoie non seulement au concept d'équité mais aussi à celui de solidarité. Si tous les deux sont mis en cause par « l'importance d'une réponse supranationale [voire globale] à des problèmes qui ne connaissent pas les frontières »¹⁰⁰ ni les limites temporels¹⁰¹, l'équité se focalise principalement sur les potentiels *gaps* existants entre les générations et dans l'espace, alors que la solidarité renvoie à l'idée de l'appartenance à une communauté de valeurs avec un partage potentiel de responsabilités et le déploiement d'actions communes ou de formes de coopération.

Du point de vue de sa définition, le développement durable peut donc être décrit comme une notion multidimensionnelle¹⁰², « multiforme »¹⁰³, « transpatiale »¹⁰⁴, « transtemporelle » et « à consonance générationnelle »¹⁰⁵ qui, pour sa pleine réalisation, appelle à la solidarité et à la coopération entre les différents acteurs. Sans cependant oublier que, d'un point de vue juridique, les éventuelles « responsabilités [partagées] et [l]es devoirs à l'égard d'autrui, de la communauté humaine et des générations futures »,

⁹⁸ Emanuelle Tourme Jouannet, « Droit du développement et droit de la reconnaissance, les piliers juridiques d'une société mondiale plus juste ? », in S.F.D.I., *Op. cit.*, p. 35 ; Michael Redclift, « Sustainable Development (1987–2005): An Oxymoron Comes of Age », in *Sustainable Development*, vol. 13, 2005, p. 215, qui précise que « social inequalities are also intergenerational, as well as intragenerational: we despoil the present at great cost to the future. Discounting the future, valuing the present above the future, is much easier to do in materially poor societies where survival itself may be at stake for many people ». Voy. ainsi Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, pp. 377-400.

⁹⁹ Traduit de: *Ibid.*, p. 380.

¹⁰⁰ Jean-Marc Lavieille (dir.), Julien Bétaille (dir.) et Michel Prieur (dir.), *Op. cit.*, p. 10 (Préface).

¹⁰¹ Commission européenne, « Strategic public procurement : facilitating green, inclusive and innovative growth », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 219.

¹⁰² Dans le domaine des marchés publics, voy. entre autres Andrea Appoloni, Maria Antonietta Coppola, et Gustavo Piga, « Implementation of Green Considerations in Public Procurement: A Means to Promote Sustainable Development », in Rajesh Kumar Shakya (dir.), *Green Public Procurement Strategies for Environmental Sustainability*, IGI Global, 2019 ; Tim Stoffel, Carol Cravero, Annamaria La Chimia, Geo Quinot, « Multidimensionality of Sustainable Public Procurement (SPP) – Exploring Concepts and Effects in Sub-Saharan Africa and Europe », in *Sustainability*, 2019.

¹⁰³ Jean-Marie Harribey, *Op. cit.*, 1996, p. 380 (chapitre 6).

¹⁰⁴ René-Jean Dupuy, *Op. cit.*, 1984, p. 199 et pp. 201-202.

¹⁰⁵ Laurence Boisson de Chazournes, « Les panels d'inspections », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 111.

qui découlent du développement durable¹⁰⁶, doivent être déterminés de manière claire et précise.

B : Comprendre le développement durable à partir de ses composantes

Les diverses approches doctrinales décrivent le développement durable en s'appuyant sur ses composantes¹⁰⁷, (parfois) différentes d'une conception à l'autre. Il peut s'agir, par exemple, de la traditionnelle subdivision en trois *piliers*, notamment ceux de l'économie, de l'écologie et du social¹⁰⁸, aussi dits *dimensions*, *volets*, *considérations*, *aspects*, *préoccupations*, *conditions*, *impératifs*, *contraintes* ou *objectifs*¹⁰⁹.

Outre cette structure à trois piliers, il existe aussi des conceptions qui forgent le développement durable à partir d'autres types de composantes. Par exemple, au sein des Nations Unies¹¹⁰ et, en particulier, du Programme de développement durable à l'horizon 2030 des Nations Unies, le développement durable est conçu sur la base de cinq priorités (les « 5P ») identifiées comme suit : (i) l'humanité (en anglais, *people*), (ii) la prospérité, (iii) la planète, (iv) les partenariats et v) la paix. En fonction de ces catégories, dix-sept sous-objectifs, appelés les « objectifs de développement durable » (ODD)¹¹¹ sont

¹⁰⁶ Maryse Deguerge, « Solidarité et environnement », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 337 et s.

¹⁰⁷ Le développement durable est, en ce sens, « multifaceted ». Voy, entre autres, Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 378.

¹⁰⁸ Günther Handl, « Sustainable Development: General Rules versus Specific Obligations », in Winfried Lang (dir.), *Sustainable Development and International Law*, Springer, 1995, p. 35. Voy. aussi Marta Andhov (dir.) et Roberto Caranta (dir.), *Sustainability through Public Procurement: the way forward - Reform Proposals*. SMART Project Report, 2019, p. 5, disponible en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3559393. « The three dimensions, economic, environmental, and social, were first mentioned in the Brundtland Report of 1987. These dimensions are also at the basis of Agenda 2030 and its 17 Sustainable Development Goals (SDGs). SPP has been established as one of the targets of SDG 12 on sustainable consumption and production (target 12.7) ».

¹⁰⁹ Les piliers socio-environnementaux sont appelés aussi « considérations à caractère social et environnemental », « contraintes, [...] préoccupations environnementales, [...] conditions sociales ou environnementales, [...] impératifs sociaux ou environnementaux ». La doctrine observe que certaines de ces expressions n'auraient pas la même exacte signification. Voy. par exemple Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 21-22. L'auteur se pose la question de l'emploi du terme « considérations ». « D'une part, pourquoi 'considérations' ? Autant le singulier est flatteur, autant on hésite à employer le pluriel, surtout dans un travail universitaire. Pourtant, si d'autres expressions fleurissent, notamment en doctrine, pour définir un substantif acceptable [...], les sources les plus autorisées ont semble-t-il adopté l'expression 'considérations sociales et environnementales' lorsqu'il s'agit de se situer dans le cadre du droit des marchés publics ». L'auteur mentionne également la définition suivante du terme 'considération' établie par Le petit Larousse illustré, 2002, p. 251. « Pl. Péjor. Remarques, réflexions plus ou moins oiseuses. Se perdre en considérations ». Pour le terme « contraintes », voy. aussi l'ouvrage de Beat Burgenmeier, *Principes écologiques et sociaux du marché*, Economica, 2000, p. 13. Voy. ainsi Rodrigo Lozano, *Op. cit.*, vol. 16, 2008, pp. 1838-1846. L'auteur remarque que « most of the literature does not state what the circles represents. Usually they are referred to as aspects, dimensions or pillars ».

¹¹⁰ Sandrine Maljean Dubois (dir.) et Rostane Mehdi (dir.), *Les Nations Unies et la protection de l'environnement : la promotion d'un développement durable. Actes des 7es Rencontres internationales d'Aix-en-Provence, 15 et 16 janvier 1999*, Paris, Pedone, 1999.

¹¹¹ Comme il est expliqué dans le site officiel (<https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable/>), « les objectifs de développement durable nous donnent la marche à suivre pour parvenir à un

recensés. Entrés en vigueur en janvier 2016, les ODD sont conçus « en continuité des Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD) échues en 2015 »¹¹². Par rapport à ces derniers, les ODD « se veulent plus larges et plus inclusifs de la communauté internationale »¹¹³, avec une attitude universelle qui vise à encourager la participation de tous les pays du monde¹¹⁴. En d'autres termes, tous les États devraient s'engager, quel que soit leur niveau de revenu et leur statut en matière de développement¹¹⁵, afin de pouvoir atteindre pleinement la protection de l'environnement, la réalisation du *motto* « aucun laissé-pour-compte »¹¹⁶ et la concrétisation d'un développement économique pour tous. Dans ce cadre, les ODD sont souvent définis comme « ambitieux », car d'une part ils visent tout le monde et d'autre part ils « recherchent une intégration parfaite des volets social, économique et environnemental »¹¹⁷.

avenir meilleur et plus durable pour tous. Ils répondent aux défis mondiaux auxquels nous sommes confrontés, notamment ceux liés à la pauvreté, aux inégalités, au climat, à la dégradation de l'environnement, à la prospérité, à la paix et à la justice. Les objectifs sont interconnectés et, pour ne laisser personne de côté, il est important d'atteindre chacun d'entre eux, et chacune de leurs cibles, d'ici à 2030 ».

¹¹² Les ODD « consacrent un engagement mondial à assurer que chaque être humain réalise son potentiel dans la dignité et l'équité dans le cadre d'un environnement sain. Ils visent l'éradication de la pauvreté, la réduction des inégalités, l'élimination des discriminations et des exclusions dans un contexte de persistance de nombreux défis sociaux et économiques. [...] Toutefois les préoccupations nouvelles telles que les changements climatiques, la paix et la justice sont traitées ». Sur ce point, voy. par exemple Organisation Internationale du Travail (OIT), *Contribution des programmes et des approches HIMO à l'atteinte des objectifs de développement durable. Le cas de l'assistance technique du BIT au ministère des travaux publics dans le cadre des travaux d'aménagement de la route Kumba-Mamfe*, Yaoundé, 2019, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_737311.pdf.

¹¹³ United Nations System Staff College (UNSSC), *Le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, disponible en ligne : https://www.unssc.org/sites/unssc.org/files/2030_agenda_for_sustainable_development_kcsd_primer_fr.pdf.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ « Important standards for the achievement of sustainable development inspired by intragenerational equity include the principle of common but differentiated responsibilities, according to which, in view of their particular contribution to the degradation of the environment, developed countries have a shared but heavier responsibility in working towards sustainable development. [...] This concretely translates into differential treatments and differentiated legal commitments, with developed countries endorsing heavier sustainable development commitments than developing countries. Developed countries are also to carry out technology and financial transfers in favour of developing countries to support their sustainable development efforts ». Voy. Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 381.

¹¹⁶ United Nations System Staff College (UNSSC), *Op. cit.*, disponible en ligne. « Le Programme 2030 vise à bénéficier à tous les êtres humains et s'engage à ne laisser personne pour compte, en s'adressant à toutes les personnes vivant dans le besoin et en situation de privation, où qu'elles se trouvent, de manière à répondre à leurs difficultés et leurs vulnérabilités spécifiques. Cette démarche génère une demande sans précédent de données ventilées à l'échelon local en vue d'analyser les résultats et d'assurer le suivi des progrès ».

¹¹⁷ Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019 ; UN Volontaires, *Les objectifs de développement durable : informations et conseils pour les organisations de volontaires*, disponible en ligne : https://www.unv.org/sites/default/files/UNV%20QA%20on%20SDGs_web_F.pdf. « L'une des principales différences est que le programme est universel, c'est-à-dire que tous les pays doivent harmoniser leurs stratégies, et identifier, dans chaque domaine, les lacunes et les moyens d'y remédier. Les ODD sont plus ambitieux et complexes, et ils renforceront les acquis des OMD lorsque ces derniers arriveront à échéance à la fin de l'année 2015. Le programme intègre également des domaines nouveaux par rapport aux OMD, comme par exemple le changement climatique, les modes de consommation durable, l'innovation et l'importance de la paix et de la justice pour tous. Les ODD comptent un plus grand nombre d'objectifs, mais ces derniers se concentrent sur des domaines spécifiques, déterminés sur la base de principes et d'engagements communs. S'appuyant sur les OMD, et sur une approche axée sur l'égalité et fondée sur les droits à tous les niveaux, le programme 2030 fait rimer développement durable et inclusion et y associe un engagement à ne laisser personne pour compte ». Voy. également Commission sur la croissance et le développement, *The Growth Report, Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development*, la Banque Mondiale,

Une autre classification du développement durable est proposée par une partie de la doctrine sur le fondement du concept d'« équité » décliné autour de cinq catégories, notamment (i) l'équité intergénérationnelle (*futurity*) ; (ii) l'équité intragénérationnelle (*social justice*) ; (iii) l'équité géographique (*transfrontier responsibility*) ; (iv) l'équité procédurale (*people treated openly and fairly*) ; (v) l'équité entre les espèces (*l'importance de la biodiversité*)¹¹⁸.

Washington D.C., 2008, disponible en ligne : <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/6507/449860PUB0B0x3101OFFICIALOUSE0ONLY1.pdf> ; Commission économique pour l'Afrique des Nations Unies, Union africaine, Banque africaine de développement et PNUD, *Rapport OMD 2014 : Évaluation des progrès accomplis en Afrique dans la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement*, Addis-Abeba, Éthiopie, 2014, disponible en ligne : http://www.undp.org/content/dam/rba/docs/Reports/MDG_Africa_Report_2014_FR.pdf?download ; Elizabeth Stuart Kate Bird, Tanvi Bhatkal, Romilly Greenhill, Steven Lally, Gideon Rabinowitz, Emma Samman et Moizza Binat Sarwar, *Leaving no one behind: A critical path for the first 1000 days of the SDGs*, Londres, Overseas Development Institute, 2016, disponible en ligne : <https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/resource-documents/10692.pdf> ; Groupe de réflexion des Nations Unies sur le retard pris dans la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement, *Millennium Development Goal 8 Taking Stock of the Global Partnership for Development*, New York, 2015, disponible en ligne : <http://www.un.org/millenniumgoals/> ; Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), *Investir dans le développement : plan pratique de réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement*, UN Millennium Project, 2005, disponible en ligne : http://www.unmillenniumproject.org/reports/fullreport_french.htm ; Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), *The blue book: a hands-on approach to advocating for the millennium development goals*, New York, 2004, disponible en ligne : <https://www.undp.org/content/undp/fr/home.html> ; Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), *Case Studies of Sustainable Development in Practice Triple Wins for Sustainable Development*, 2012, disponible en ligne : <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Cross-Practice%20generic%20theme/Triple-Wins-for-Sustainable-Development-web.pdf> ; Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), *Des OMD au développement durable pour tous. Ce que nous avons retenu de 15 années de pratique*, New York, 2016, p. 2-4, disponible en ligne : https://www.undp.org/content/dam/undp/library/SDGs/French/FR_f_UNDP_MDGs-to-SDGs_web.pdf. « Les ODD ont cela de différent qu'ils mettent l'accent non seulement sur des solutions techniques et financières, mais aussi sur une autre façon de faire les choses. Le nouveau programme prend acte du fait que les solutions se dégagent lorsque les résultats sont remis en question, que les politiques appropriées sont adoptées et que les institutions transformées. Les ODD reconnaissent que tous les pays ont des problèmes à résoudre et des contributions à apporter, en fonction de leurs capacités. [...] Le monde ne peut pas se permettre de partir sur des bases entièrement nouvelles avec les ODD ; il doit tirer parti des progrès accomplis dans le cadre des OMD. Les ODD ne pourront être réalisés qu'à condition que les dirigeants résistent à la tentation de repartir de zéro. Nombreux sont les pays qui l'admettent et adaptent les stratégies déjà en place et les institutions qui ont fait avancer la réalisation des OMD. Ils doivent déterminer, hiérarchiser et maintenir les initiatives fructueuses, ajuster celles qui sont au point mort et, en même temps, renforcer les capacités fondamentales, mobiliser toutes les ressources possibles et mettre en œuvre les politiques visionnaires dont les ODD ont besoin. [...] Les ODD engagent tous les pays à « ne laisser personne pour compte », à agir pour que tous puissent participer à la mondialisation et au développement et en bénéficier. [...] Conformément au Programme 2030, tous les pays devraient établir eux-mêmes des cibles d'ODD en fonction du contexte et des priorités propres à chacun, tout en cherchant à tenir leurs engagements, convenus à l'échelle mondiale. Les ODD nationaux devraient traduire le consensus mondial sur les niveaux minimum de dignité, de droits et de développement humains ; veiller à ce que les avancées soient comparables ; démontrer les contributions aux solutions mondiales. Pour susciter l'adhésion, les cibles d'ODD nationales devraient être convenues par le biais d'un processus national participatif jugé légitime dans toutes les communautés. Des campagnes publiques générales devraient précéder les exercices d'adaptation afin de stimuler la participation, de développer les enjeux politiques de la réalisation des objectifs et d'établir le lien entre les ODD et les difficultés locales. Un processus d'interprétation locale devrait être engagé avec tous ceux qui sont censés agir dans le sens des cibles fixées, y compris la société civile et les entreprises, afin qu'ils comprennent leurs responsabilités ».

¹¹⁸ Traduit de : Graham Haughton, « Environmental justice and the sustainable city », in *Journal of Planning Education and Research*, vol. 18, 1999, pp. 233-243. Pour l'auteur on peut distinguer entre « i) futurity – inter-generational equity; ii) social justice – intra-generational equity; iii) transfrontier responsibility – geographical equity; iv) procedural equity – people treated openly and fairly; v) interspecies equity – importance of biodiversity ». Voy. ainsi Bill Hopwood, Mary Mellor, Geoff O'Brien, *Op. cit.*, no. 1, 2005, p. 40. Une telle conception basée sur le concept d'équité a le mérite de « help give clarity to the ideas of sustainable development, link human equity to the environment, challenge the more bland and meaningless interpretations and provide a useful basis for evaluation of the different trends of sustainable development ».

Et encore, selon d'autres auteurs, le développement durable pourrait se décomposer en sept éléments principaux¹¹⁹, à savoir i) l'utilisation durable des ressources naturelles, ii) le développement macro-économique sain (*sound*), iii) la protection environnementale, iv) la dimension temporelle (*temporality, longevity and promptness*), v) la participation publique et droits de l'homme, vi) la bonne gouvernance, et vii) l'intégration et l'interdépendance.

Les interconnexions entre toutes ces composantes – et, en particulier, entre celles économique, sociale, environnementale, transpatiale et transgénérationnelle – peuvent être mieux clarifiées sous la forme « d'une multitude de représentations diagrammatiques »¹²⁰ différemment proposées par la doctrine¹²¹.

Parmi celles-ci, la représentation la plus connue est le diagramme de Venn¹²², qui présente les trois préoccupations environnementale, sociale et économique¹²³ selon un « modèle des trois cercles »¹²⁴, où chaque cercle identifie une préoccupation – ou pilier – spécifique.

¹¹⁹ Nico J. Schrijver, *Op. cit.*, vol. 329, 2007, p. 366.

¹²⁰ Université de Genève (UNIGE), Institut des Sciences de l'environnement, *Schémas du développement durable*, disponible en ligne : <http://ise.unige.ch/isdd/?article191>. Voy. aussi Rodrigo Lozano, *Op. cit.*, vol. 16, 2008, pp. 1838-1846. L'auteur précise que « [t]o help communicate it [sustainable development] and make it more tangible visual representations have been used. [...] Different authors have appealed to the use of images, graphical representations, and models to help explain, raise awareness, and increase understanding and diffusion rates of complex concepts, as in the case of sustainability. The use of images can improve learning and understanding of new or complex concepts, such as sustainability, especially when images are carefully selected and constructed to complement written text and not substitute it. [...] Visual representations can help to communicate, generalise and make more tangible concepts that are difficult to express clearly and succinctly with words, such as sustainability ».

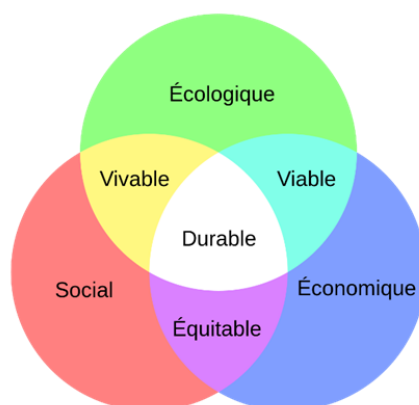
¹²¹ Rodrigo Lozano, *Op. cit.*, vol. 16, 2008, pp. 1838-1846. « [T]he most used, and critiqued, sustainability representations are: i) a Venn diagram, i.e. three circles that inter-connect, where the resulting overlap that represents sustainability can be misleading; 2) three concentric circles, the inner circle representing economic aspects, the middle social aspects, and the outer environmental aspects; and 3) the Panning Hexagon, showing the relationships among economy, environment, the individual, group norms, technical skills, and legal planning systems ». Voy. encore la représentation basée sur la triple perspective local-national-global proposée par Barry Dalal-Clayton et Stephen Bass, *Sustainable development strategies*, London, Earthscan Publications Ltd, 2002, p. 358.

¹²² Voy. par exemple celui proposé par Jean De Dieu Mangambu Mokoso et al., « Etudes ethnobotanique et ethnolinguistique des ressources forestières ligneuses utilisées par la population du couloir écologique du parc national de Kahuzi-Biega (R D. Congo) », in *European Journal of Scientific Research*, vol. 11, 2015, pp. 135-162 (figure 9). Un diagramme similaire a été proposé aussi par le Ministère de l'écologie et du développement durable et commissariat général du Plan (France), comme mentionné en ligne : <http://ise.unige.ch/isdd/?article191>.

¹²³ Voy. Marta Andhov (dir.) et Roberto Caranta (dir.), *Op. cit.*, SMART Project Report, 2019, p. 1. « The three dimensions, economic, environmental, and social, were first mentioned in the Brundtland Report of 1987. These dimensions are also at the basis of Agenda 2030 and its 17 Sustainable Development Goals (SDGs). SPP has been established as one of the targets of SDG 12 on sustainable consumption and production (target 12.7) ».

¹²⁴ Thomas von Stokar et Myriam Steinemann, *Le développement durable en Suisse : Base méthodologiques*, Office fédéral du développement territorial (ARE), 2004, disponible en ligne : www.are.ch.

Figure 1. Le développement durable et le diagramme de Venn¹²⁵



Comme le montre la figure ci-dessus, chacun des trois piliers n'est pas isolé mais interagit et s'interconnecte avec les autres¹²⁶. En outre, le développement durable se manifeste quand « the three aspects are united »¹²⁷ (« les trois aspects sont combinés », voy. « durable » au centre de la figure), l'union de deux seuls cercles n'étant pas suffisante pour décrire le développement durable dans son ensemble. Il en résulte donc que le développement durable se construit sur les composantes de l'économie, de l'environnemental et du social¹²⁸, celles-ci considérées comme indissociables¹²⁹, comme des contrepoids interconnectés, interdépendants, qui se renforcent mutuellement, qui ont « un destin lié »¹³⁰ et qui relèvent « du même esprit »¹³¹. Il ne saurait y avoir du développement durable sans la coprésence desdites composantes, car toutes contribuent à lui donner tout son sens.

Toutefois, ce type de diagramme – qui apparaît comme l'une des représentations les plus utilisées – ne semble pas pouvoir mettre en lumière le facteur temporel de la notion de développement durable. Ce dernier n'est pas seulement ce qui est à la fois viable, équitable et vivable sous la triple perspective de l'économie, de la société, et de l'environnement, mais aussi ce qui est soutenable sous une double perspective *intra-* et

¹²⁵ Voy. par exemple celui proposé par Jean De Dieu Mangambu Mokoso et. al., *Op. cit.*, pp. 135-162 (figure 9). Un diagramme similaire a été proposé aussi par le Ministère de l'écologie et du développement durable et commissariat général du Plan (France), comme mentionné en ligne : <http://ise.unige.ch/isdd/?article191>.

¹²⁶ Rodrigo Lozano, *Op. cit.*, vol. 16, 2008, pp. 1838-1846.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 1838-1846.

¹²⁸ Il est, toutefois, à noter que cette construction à trois piliers n'est pas partagée par tout le monde. Dans les dernières années, il a été proposé, par exemple, d'introduire un quatrième pilier concernant la protection culturelle.

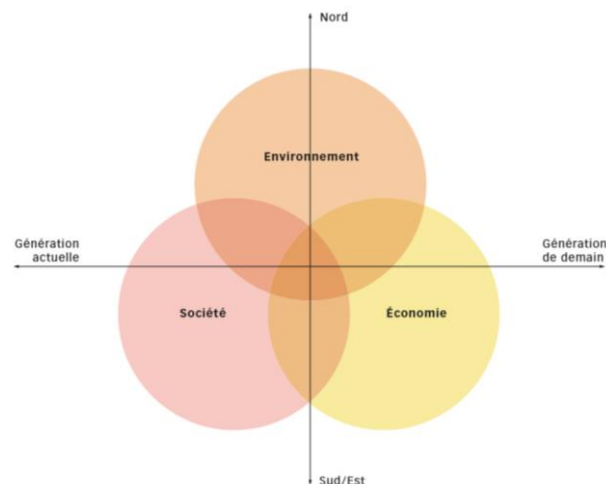
¹²⁹ Despina Sinou, « La dimension sociale du développement durable: aspects de droits fondamentaux », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 331. La dimension sociale, environnementale et économique constitue un « triptyque conceptuel, réunissant sur un socle commun les principes du développement économique, du développement social et ceux relatifs à la protection de l'environnement », tout en étant perçu « comme indissociable ».

¹³⁰ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 73.

¹³¹ *Ibid.*, p. 73.

inter- générationnelle¹³², comme évoqué aussi par le rapport Brundtland (1987). Certains auteurs ont donc préféré représenter ces diverses dimensions sous la forme d'un graphique dans lequel le temps se trouve sur l'axe horizontal, alors que l'axe vertical permet de considérer les inégalités entre les différentes régions de la planète¹³³.

Figure 2. Le développement durable et les échelles spatio-temporelles¹³⁴



Multiforme dans sa représentation graphique, le développement durable présente aussi des multiples facettes quant à sa définition. En fait, après le rapport Brundtland (1987), le développement durable a été consacré au sein de la Conférence de Rio sur l'environnement et le développement de 1992¹³⁵ et puis repris par « un nombre toujours

¹³² Ces effets intergénérationnels sont reconnus au niveau de l'action publique en matière de développement durable, voy. par exemple, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Policy Coherence for Sustainable Development. Towards Sustainable and Resilient Societies*, Paris, OECD Publishing, 2018. Voy. aussi Rodrigo Lozano, *Op. cit.*, vol. 16, 2008, pp. 1838-1846.

¹³³ Thomas von Stokar et Myriam Steinemann, *Le développement durable en Suisse : Base méthodologiques*, Office fédéral du développement territorial (ARE), 2004, disponible en ligne : www.are.ch.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ On peut constater qu'avant le rapport *Brundtland*, précisément en 1972, à l'occasion de la première Conférence des Nations Unies sur l'environnement à Stockholm, le développement économique avait déjà été présenté comme étroitement lié aux politiques nationales d'environnement et au développement social, mais la formulation de ce dernier n'en était encore qu'à ses débuts. Le développement durable « était déjà implicite dans les principes » de ladite déclaration. Sur ce point, voy. Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 24. L'auteur mentionne aussi la Charte mondiale de nature de 1982, laquelle évoque la conciliation entre le développement socio-économique et la protection de la nature. Il est à noter, toutefois, que ce sera la Conférence de Rio à élargir de façon claire le développement jusqu'aux questions sociales, alors qu'en doctrine l'idée de développement durable avait été déjà développée par l'écologiste Garrett Hardin, « The tragedy of commons », in *Revue Science*, no. 162, décembre 1968. Voy. aussi Nico J. Schrijver, *Op. cit.*, vol. 329, 2007, p. 366-372. « The Rio documents broadened the scope of sustainable development to include poverty reduction and economic development for the developing countries, and economic growth for all ». Voy. aussi Nations Unies, « Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement », in *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement. Stockholm, 5-16 juin 1972*, New York, 1973. Dans cette Déclaration, connue aussi comme Déclaration de Stockholm, les principes 8 et 9 énoncent respectivement que « [l]e développement économique et social est indispensable si l'on veut assurer un environnement propice à l'existence et au travail de l'homme et créer sur la Terre des conditions nécessaires à l'amélioration de la qualité de la vie » ; et que « [l]es déficiences de l'environnement imputables à des conditions de sous-développement et à des catastrophes naturelles posent des problèmes graves, et le meilleur moyen d'y remédier est d'accélérer le développement par le transfert d'une aide financière et technique substantielle pour compléter l'effort national des pays en voie de développement et l'assistance

croissant de textes, toujours plus hauts dans la hiérarchie des normes »¹³⁶. Mais, en même temps, les interprétations se sont multipliées¹³⁷, au point que, à titre illustratif, en 1989 trente-sept différentes acceptions de *sustainable development* étaient déjà recensées¹³⁸.

Si le développement durable constitue donc « une ‘idée’ [...] relativement ancienne »¹³⁹ qui remonte aux années ’80, il en existe cependant de « multiples définitions et interprétations [...], références et approches »¹⁴⁰, de théories et de pratiques¹⁴¹. Comme le même rapport Brundtland (1987) l’admet, « [l]es interprétations [du développement durable] pourront varier d’un pays à l’autre »¹⁴², d’un domaine à l’autre, ou aussi en fonction des perspectives spécifiquement adoptées¹⁴³. On peut, en fait,

fournie en tant que de besoin ». De même, la Charte des droits et devoirs économiques des Etats adoptée en 1974 par l’Assemblée générale des Nations Unies (Résolution 3281 - XXIXe session), ambitionne d’instaurer un Nouvel ordre économique international reposant sur, entre autres, la protection, la conservation et la valorisation de l’environnement pour les générations présentes et futures sous la responsabilité de tous les Etats (article 30). Pour une reconstruction du processus de reconnaissance politique et juridique du développement durable, voy. Franck-Dominique Vivien, *Le développement soutenable*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2007, pp. 7-30, précisément le chapitre intitulé « Le développement soutenable : au moins trente ans de débats ». Ici, l’auteur récapitule les étapes principales qui se sont succédées : à partir de la Conférence de Stockholm en 1972 et de la formulation par Strong du terme *écodéveloppement* (Maurice Strong, *Ainsi va le monde*, trad. fr., Québec, Berger, 2001) ensuite repris et approfondi au symposium PNUE/CNUCED à Cocoyoc en 1974, jusqu’aux rapport *Brundtland*, Sommet de la Terre de Rio en 1992, et Sommet de Johannesburg en 2002.

¹³⁶ Nil Symchowicz, « Le concept de développement durable appliqué à la commande publique », in *Contrats Publics. Actualité de la commande publique*, no. 96, février 2010, p. 38.

¹³⁷ « Since the path-breaking deliberations of the Brundtland Commission, the expression ‘sustainable development’ has been used in a variety of ways, depending on whether it is employed in an academic context or that of planning, business or environmental policy ». Voy. entre autres Michael Redclift, « Sustainable Development (1987–2005): An Oxymoron Comes of Age », in *Sustainable Development*, vol. 13, 2005, p. 213.

¹³⁸ John Pezzey, *Economic analysis of sustainable growth and sustainable development*, World Bank, Environment Department, Working Paper no. 15, 1989, pp. 63-71. Voy. aussi Jean-Marie Harribey, *Op. cit.*, 1996, p. 381. Dans le chapitre 6, l’auteur souligne que « [d]ans une étude pour la Banque Mondiale, John Pezzey a recensé dans la littérature de la décennie 1980, de manière non exhaustive précise-t-il, 60 définitions se rapportant à la soutenabilité provenant de 36 sources différentes. Au sein de ces définitions rapportées par l’auteur nous en dénombrons 21 concernant strictement la notion de soutenabilité, 27 faisant référence explicitement au développement durable, 9 à la croissance durable, et 3 rappelant la différence entre croissance et développement ». Selon l’auteur, cette complexité peut être réduite en adoptant à la fois « une classification par les finalités concrètes du développement durable, [et] une reformulation autour de la conceptualisation de l’environnement ». Voy. également Serge Latouche, « L’imposture du développement durable ou les habits neufs du développement », in *Mondes en développement*, 2003/1, no. 121, pp. 24-25. Selon l’auteur, le Rapport Brundtland contiendrait à lui tout seul six différentes acceptions. Voy. aussi Christian Comelieu, « Développement du développement durable ou blocages conceptuels? », in *Tiers-Monde*, no. 137, janvier-mars 1994, pp. 62-63.

¹³⁹ Nil Symchowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 38.

¹⁴⁰ Franck-Dominique Vivien, *Op. cit.*, pp. 3-6. Pour l’auteur, « plutôt qu’une solution, le développement soutenable apparaît avant tout comme un problème. Cette notion n’est pas stabilisée et fait l’objet de multiples définitions et interprétations ; elle mobilise une pluralité de références et d’approches ; les indicateurs censés en rendre compte sont en débat ; les objectifs à atteindre sont problématiques ; les moyens à disposition plus encore. Discuter du développement soutenable oblige à rendre compte de cette complexité et de cette perplexité ». Voy. aussi Daniela Ebner et Rupert J. Baumgartner, *The relationship between Sustainable Development and Corporate Social Responsibility*, paper présenté lors de la Conférence sur Corporate Responsibility Research Conference, Dublin, 2006, <https://www.crrconference.org/>, qui précise que « [i]n recent years, the discussion about sustainability has risen above average. In an international context, the number of articles focusing on these subjects has increased year by year ».

¹⁴¹ Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 4. Dans l’introduction de l’ouvrage collectif, il est souligné que « the debate about sustainable development occurs at the interface between theory and practice ».

¹⁴² Commission mondiale sur l’environnement et le développement (C.M.E.D.), *Op. cit.*, (Chapitre 2).

¹⁴³ Pour consulter les diverses perspectives évoquées par une partie de la doctrine, voy. Rodrigo Lozano, *Op. cit.*, vol. 16, 2008, pp. 1838-1846 ; Dominique Dron, « Origine du développement durable », in Agathe Euzen (dir.), Laurence Eymard (dir.), Françoise Gaill (dir.), *Le développement durable à découvert*, Paris, CNRS Éditions, 2017.

passer d'une perspective économique axée sur le choix d'un niveau de consommation faisable et viable¹⁴⁴, à une approche se focalisant principalement sur la « non-environmental degradation » (préservation de l'environnement)¹⁴⁵, ou encore à une perspective d'intégration holistique et multidimensionnelle des trois piliers économique et socio-environnementaux¹⁴⁶. Cette dernière conception vise, selon certains auteurs, à établir un double équilibre – le « Two-Tiered Sustainability Equilibria (TTSE) » – entre à la fois les dimensions économique-environnementale-sociale, et à la fois les aspects temporels de court et de long termes¹⁴⁷. Et encore, pour une autre partie de la doctrine le développement durable n'est qu'une « simple figure de style destinée à masquer les insuffisances de la 'science' économique »¹⁴⁸, alors que d'autres auteurs le décrivent dans les termes d'une « formule, [...un] référent social, [qui] signifie quelque chose pour tous »¹⁴⁹.

En vertu de tout ce qui précède, force est de constater qu'il n'existe pas qu'une seule signification du développement durable qui soit commune à tout le monde. Il y a, en revanche, un « nombre [presque] infini » de conceptions possibles du développement durable, chacune desquelles implique une certaine pondération des équilibres et un « sustainable cooperation scheme » (système de coopération durable)¹⁵⁰ spécifique entre les différents acteurs impliqués.

¹⁴⁴ Robert N. Stavins, Alexander F. Wagner, Gernot Wagner, « Interpreting sustainability in economic terms: dynamic efficiency plus intergenerational equity », in *Economic Letters*, vol. 79, 2003, pp. 339-343.

¹⁴⁵ Rodrigo Lozano, *Op. cit.*, vol. 16, 2008, pp. 1838-1846.

¹⁴⁶ *Ibid.* « Sustainable development involves the simultaneous pursuit of economic prosperity, environmental quality and social equity ».

¹⁴⁷ Le « Two-Tiered Sustainability Equilibria (TTSE) » est proposé par Rodrigo Lozano dans son article intitulé « Envisioning sustainability three-dimensionally », in *Journal of Cleaner Production*, vol. 16, 2008, pp. 1838-1846. Selon cette approche, le TTSE est « where the issues in each aspect (economic, environmental and social), interact with each other, with issues in other aspects, and through time ». Une telle approche holistique pourrait permettre, selon l'auteur, de parvenir aux « conceptual coherence, interconnectedness among the aspects, completeness, transdisciplinarity, and dynamic time dimensions » qui manquent dans les autres approches. Dans les marchés publics, voy. notamment Frédéric Marty, *Les clauses environnementales dans les marchés publics : perspectives économiques*, GREDEG Working Papers 2012-01, Groupe de Recherche en Droit, Economie, Gestion (GREDEG CNRS), Université Côte d'Azur, France, 2012, p. 7, qui souligne que « des effets positifs peuvent être dégagés tant du point de vue environnemental qu'en termes d'efficacité inter-temporelle de la dépense publique ».

¹⁴⁸ Séverine Blaise, « Du concept de Développement Durable : panacée ou oxymore ? », in *Les Cahiers de l'Association Tiers-Monde*, no. 26, 2011, p. 21. « Les stratégies d'internationalisation des entreprises ont engendré des délocalisations industrielles massives au Sud dans des conditions sociales et environnementales peu regardantes (par le biais notamment de la sous-traitance) et provoquent trop souvent de véritables désastres écologiques ».

¹⁴⁹ Alice Krieg-Planque, « La Formule 'Développement Durable' : un opérateur de neutralisation de la conflictualité », in *Langage et société*, no. 134, 2010, p. 5-6. « Dans le cas de "développement durable", nombreux sont les indices de circulation du terme qui manifestent son succès. Le syntagme "développement durable" est en usage dans les secteurs les plus divers: transports, distribution, énergie, construction, architecture et urbanisme, tourisme, éducation, agriculture, pêche, textile... Dans ses mises en discours, il croise aisément des thématiques trans-sectorielles politiquement encouragées, telles que la ville, la mobilité, les territoires, les technologies numériques, ou encore la participation ».

¹⁵⁰ Yoram Levy et Marcel Wissenburg, « Sustainable Development as a Policy Telos: A New Approach to Political Problem-Solving », in *Political Studies*, vol. 52, 2004, p. 790.

Paragraphe 2 : Les principales critiques de la notion de développement durable

« [L]aden with so many definitions » (Renvoyant à une telle variété de définitions)¹⁵¹ et classifications, le développement durable a fait l'objet aussi de nombreuses critiques. Les deux principales critiques ont concerné, entre autres, la juxtaposition du terme « durable » ou « soutenable » au développement (A), et le caractère flou de cette notion (B).

A : Le développement est-il « durable » ou « soutenable » ?

En interprétant le terme « durable » dans sa signification littérale comme quelque chose qui « par son appellation même, [...renvoie à] la durée, le temps »¹⁵², une partie de la doctrine – surtout celle française – tend à distinguer entre la durabilité et la soutenabilité¹⁵³. Si le contexte anglophone fait recours à l'expression de « *sustainable development* », bien que « le terme durable existe »¹⁵⁴, le contexte français utilise majoritairement l'expression de « développement *durable* », même s'il existe la variante *soutenable*. Cette dernière tirerait son origine, selon certains auteurs, d'un « vieux terme français que l'on rencontre notamment dans les textes des ordonnances qui régissaient jadis la gestion des forêts [...] où l'on parle de la nécessité de 'soutenir' celle-ci en bon état »¹⁵⁵.

Sans vouloir rentrer dans les détails de la querelle, on constate que – selon une certaine doctrine – le terme *durable* semble se focaliser sur la durée, comme si « le problème se résumait à vouloir faire durer le développement » dans le temps¹⁵⁶, tout en

¹⁵¹ Bill Hopwood, Mary Mellor, Geoff O'Brien, « Sustainable development: mapping different approaches », in *Sustainable Development*, vol. 13, no. 1, 2005, pp. 40-41. « [A]s the Workshop on Urban Sustainability of the US National Science Foundation (2000, p. 1) pointed out, sustainability is 'laden with so many definitions that it risks plunging into meaninglessness, at best, and becoming a catchphrase for demagoguery, at worst. [It] is used to justify and legitimate a myriad of policies and practices ranging from communal agrarian utopianism to large-scale capital-intensive market development'. [...] The many different interpretations of sustainable development are confusing ». Sur ce point, voy. National Science Foundation, *Final Report of the 1998 National Science Foundation. Workshop on Urban Sustainability*, Rutgers University, 2000, disponible en ligne : <http://cupr.rutgers.edu/wp-content/uploads/2014/08/sustain.pdf>.

¹⁵² Christian Comelieu, *Op. cit.*, pp. 70.

¹⁵³ Pour la doctrine française voy. Franck-Dominique Vivien, *Op. cit.*, pp. 3-6. Pour la doctrine anglophone dans les marchés publics, voy. par exemple Marta Andrecka et Kateřina Peterková Mitkidis, « Sustainability requirements in EU public and private procurement – a right or an obligation? », in *National Journal of Comparative Law*, vol. 1, 2017, p. 61. « The concept of sustainability is a sister to the concept of sustainable development ».

¹⁵⁴ Franck-Dominique Vivien, *Op. cit.*, pp. 3-6.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 3-6.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pp. 3-6 ; Fabrice Flipo, *Le développement durable*, Paris, Bréal, coll. Thèmes et Débats, 2014. Ce dernier s'interroge sur ce qui doit durer. S'agirait-il du développement tel que conçu depuis un siècle ?

créant une illusion, en nous séduisant par une fausse promesse : « le développement pour l'éternité »¹⁵⁷. Sur une telle base, certains auteurs ont mis en exergue que l'adjectif de *durable* au *développement* constitue un oxymore¹⁵⁸, car le développement ne peut pas être infini, « nous vivons dans un monde fini »¹⁵⁹ où les ressources dont on dispose sont limitées. Mais, selon d'autres auteurs, l'adjectif de l'adjectif *durable* au *développement* serait même inutile, superflu, redondant¹⁶⁰, car « tout développement a pour vocation d'être durable »¹⁶¹, tout développement veut durer dans le temps. En ce sens, on pourrait dire que l'expression de *développement durable* constitue plutôt un pléonasme¹⁶². Mais le terme *soutenable* semble, lui-aussi, faire référence au facteur *temps*, à ce que notre environnement et notre système social peuvent supporter au fil du temps voire sur le long terme. En fait, la notion de « soutenabilité permet de mettre l'accent sur [...] la répartition des richesses entre les générations et à l'intérieur de chacune des générations »¹⁶³, tout en prenant en compte les seuils d'irréversibilité, peut-être déjà dépassés, et « la marge de manœuvre dont nous disposons, [...] avant que le point de non-retour ne soit atteint, si ce n'est pas déjà fait, au moins dans certains domaines »¹⁶⁴. Il semble donc que la même *soutenabilité* n'échappe pas à la notion du temps¹⁶⁵ (« the time element »¹⁶⁶) qui, comme

¹⁵⁷ Serge Latouche, *Op. cit.*, no. 121, p. 29.

¹⁵⁸ Séverine Blaise, *Op. cit.*, no. 26, 2011, p. 21 ; Bertrand Méheust, *La Politique de l'oxymore. Comment ceux qui nous gouvernent nous masquent la réalité du monde*, Paris, La Découverte, 2009, pp. 12-13 ; Géraldine Guérillot, *Op. cit.*, p. 21.

¹⁵⁹ Bertrand Méheust, *La Politique de l'oxymore. Comment ceux qui nous gouvernent nous masquent la réalité du monde*, Paris, La Découverte, 2009, pp. 12-20.

¹⁶⁰ Serge Latouche, *Op. cit.*, no. 121, p. 29.

¹⁶¹ Géraldine Guérillot, *Op. cit.*, p. 21.

¹⁶² *Ibid.* ; Séverine Blaise, *Op. cit.*, no. 26, 2011, pp. 10-21.

¹⁶³ Franck-Dominique Vivien, *Op. cit.*, pp. 3-6.

¹⁶⁴ Bertrand Méheust, *Op. cit.*, pp. 12-13, pp. 48-51, p. 161. Pour l'auteur, « [s]eule une contrainte extérieure à nous-mêmes (la saturation du monde par nos déchets, nos consommations, nos destructions, etc.) pourrait nous forcer [...] à réduire notre pression de confort [...] Ces réflexions partent du principe que la catastrophe est déjà là, qu'elle est désormais une contrainte qui s'imposera à nous comme une urgence permanente, avec laquelle nous ne pourrions pas négocier et qui nous imposera des choix difficiles : par exemple entre le maintien du pouvoir d'achat et des normes de confort des pays du nord d'une part, et la lutte internationale contre les inégalités d'autre part... Des choix difficiles, et donc des sacrifices : un postulat radical que les analyses plus institutionnelles peinent à envisager sérieusement, ne serait-ce que comme une hypothèse parmi d'autres ».

¹⁶⁵ Pour saisir la différence entre temps, durée, espace, étendue sous une approche philosophique, voy. Henri L. Bergson, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Edition numérique Pierre Hidalgo, La Gaya Scienza, 2011, pp. 92 et s. Pour l'auteur, il y a une certaine « confusion de la durée avec l'étendue ». Plus particulièrement, il se produit souvent que « nous projetons le temps dans l'espace, nous exprimons la durée en étendue, et la succession prend pour nous la forme d'une ligne continue ou d'une chaîne, dont les parties se touchent sans se pénétrer ». Toutefois, comme l'auteur le remarque, « [q]uand je suis des yeux, sur le cadran d'une horloge, le mouvement de l'aiguille qui correspond aux oscillations du pendule, je ne mesure pas de la durée, comme on paraît le croire ; je me borne à compter des simultanités, ce qui est bien différent. En dehors de moi, dans l'espace, il n'y a jamais qu'une position unique de l'aiguille et du pendule, car des positions passées il ne reste rien ». Voy. aussi Pierre-Marie Dupuy, qui dans la préface à l'ouvrage de Virginie Barral (*Le développement durable en droit international. Essai sur les incidences juridiques d'une norme évolutive*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 13) observe ce qui suit. « Quant à la durabilité, voilà bien une notion relative ; ne renvoie-t-elle pas à la durée, concept dont il a fallu attendre tout le génie d'Henri Bergson pour que ce grand philosophe nous guide vers la perception de sa fluidité toute subjective ? Selon cette idée reçue, le *développement durable* serait donc, par essence, un objet sinon toujours non identifié en tout cas parfaitement insaisissable ».

¹⁶⁶ Nico J. Schrijver, *Op. cit.*, vol. 329, 2007, pp. 370 ss.

une partie de la doctrine le remarque, peut s'interpréter selon trois significations différentes mais complémentaires, à savoir : i) le temps comme unité de mesure pour permettre aux ressources naturelles de se régénérer, ii) le temps (très court) pour prendre des mesures nécessaires là où « time is of the essence » (le temps est un facteur essentiel), iii) le temps comme s'étendant au-delà du présent, aux générations futures¹⁶⁷.

Toutefois, pour une partie de la doctrine, « [q]u'il soit 'durable', [ou] 'soutenable' [...], le développement s'inscrirait toujours, de manière plus ou moins violente, dans la logique destructrice de l'accumulation capitaliste »¹⁶⁸. Il signifierait « inégalités, destruction de l'environnement et des cultures »¹⁶⁹. Il s'agirait d'un « concept occidental » instrumentalisé « par les pays riches pour dominer les pays du sud »¹⁷⁰. En d'autres termes, même si formulé comme « la solution aux problèmes du Sud »¹⁷¹ ou comme compromis diplomatique¹⁷², le développement durable ne serait qu'« un autre visage de l'occidentalisation du monde »¹⁷³, qui devrait cesser « d'être quantitatif » et devenir « exclusivement qualitatif »¹⁷⁴.

Malgré les critiques et l'impossibilité de recenser tous les instruments juridiques aux niveaux international et supranational qui mentionnent le développement dans les termes de *durable* ou bien de *soutenable*, il semble cependant que, dans la plupart des cas, on fait indifféremment recours aux deux termes. Au niveau européen par exemple, la Recommandation du cinquième Programme communautaire d'action pour l'environnement (1993) utilise le terme *soutenable* dans son intitulé¹⁷⁵, alors que la

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Serge Latouche, « Les mirages de l'occidentalisation du monde. En finir, une fois pour toutes, avec le développement », in *Le Monde diplomatique*, mai 2001, pp. 6-7, disponible en ligne : <https://www.monde-diplomatique.fr/2001/05/LATOUCHE/1754>.

¹⁶⁹ *Ibid.* Dans le même sens, voy. Wolfgang Sachs, « Introduction », in Wolfgang Sachs (dir.), *The development dictionary : a guide to knowledge as power*, London, Zed Books, 1992, p. 1. L'auteur souligne que : « [t]he idea of development stands like a ruin in the intellectual landscape. Delusion and disappointment, failures and crimes have been the steady companions of development and they tell a common story : it did not work. Moreover, the historical conditions which catapulted the idea into prominence have vanished : development has become outdated. But above all, the hopes and desires which made the idea fly, are now exhausted : development has grown obsolete ».

¹⁷⁰ Géraldine Guérillot, *Op. cit.*, p. 21 ; Sylvie Brunel, *Le développement durable*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), coll. Que-sais-je?, 2004, p. 27 et s. « Le concept de développement est donc bien un produit de la guerre froide ».

¹⁷¹ Serge Latouche, *Op. cit.*, mai 2001, pp. 6-7, disponible en ligne : <https://www.monde-diplomatique.fr/2001/05/LATOUCHE/1754>.

¹⁷² Fabrice Flipo, *Op. cit.*, 2014.

¹⁷³ Serge Latouche, *Op. cit.*, mai 2001, pp. 6-7, disponible en ligne : <https://www.monde-diplomatique.fr/2001/05/LATOUCHE/1754>.

¹⁷⁴ Jean-Marie Harribey, *Op. cit.*, 1996, p. 392 (chapitre 6) qui cite la conceptualisation de Herman Daly, « Il n'y a pas de croissance durable », in *Transversales Science/Culture*, no. 13, janvier-février 1992, p. 11.

¹⁷⁵ Cinquième programme communautaire d'action pour l'environnement, *Recommandation. Vers un développement soutenable*, JOCE, No. C138 du 17 mai 1993. Il est précisé « qu'en l'absence de nouvelles orientations politiques, les atteintes portées à l'environnement continueront de se développer ».

Recommandation de la Commission européenne sur la professionnalisation de la passation des marchés publics (2017) utilise le terme *durable*¹⁷⁶. On peut donc considérer les deux adjectifs *durable* et *soutenable* comme étant deux synonymes, deux variantes substantiellement équivalentes, qui renvoient à l'idée de poser des contraintes socio-environnementales au bénéfice des générations présentes et futures par rapport à un développement (non plus) purement économique¹⁷⁷.

B : Le caractère flou de la notion de développement durable : faiblesse ou vertu ?

Revenant à la deuxième critique très commune en doctrine, il a été souvent reproché à la notion de développement durable d'avoir un caractère flou, une certaine « vastness » (ampleur)¹⁷⁸, « looseness » (manque de rigueur)¹⁷⁹ et « complexity » (complexité)¹⁸⁰, ainsi que de faire recours « à des notions non définies – [notamment] les générations futures »¹⁸¹ dont on n'explique pas « les conséquences concrètes qui en découlent »¹⁸². Pour une partie de la doctrine, le développement durable est donc une notion ambiguë¹⁸³,

¹⁷⁶ Cette dernière Recommandation souligne que ce que l'on attend toujours davantage des marchés publics est « qu'ils apportent une contribution stratégique aux objectifs horizontaux et aux valeurs sociétales, tels que l'innovation, l'inclusion sociale et la durabilité économique et environnementale ». Voy. Commission Européenne, *Recommandation sur la professionnalisation de la passation des marchés publics. Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics*, (SWD(2017) 327 final), 3 octobre 2017, p. 2.

¹⁷⁷ « La reprise économique et l'instauration d'une croissance économique écologiquement et socialement durable constituent à l'heure actuelle des défis majeurs pour tous les pays. Un certain nombre d'instruments d'action bien ciblés peuvent être utilisés pour encourager les investissements verts afin de contribuer à la fois au redressement économique à court terme et à la mise en place des infrastructures respectueuses de l'environnement qui sont indispensables à une économie verte à long terme, sachant que l'investissement public doit s'inscrire dans un cadre à long terme garantissant une croissance durable. La croissance verte restera pertinente au-delà de la crise actuelle, car elle permettra de faire face à des défis urgents tels que la lutte contre le changement climatique et la dégradation de l'environnement, le renforcement de la sécurité énergétique ou la création de nouveaux moteurs de croissance économique. La crise ne doit pas servir d'excuse pour reporter des décisions cruciales pour l'avenir de notre planète ». Voy. Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Déclaration sur la croissance verte*, (C/MIN(2009)5/ADD1/FINAL), 2009, premier considérant.

¹⁷⁸ Rodrigo Lozano, *Op. cit.*, vol. 16, 2008, pp. 1838-1846.

¹⁷⁹ Bill Hopwood, Mary Mellor, Geoff O'Brien, *Op. cit.*, no. 1, 2005, p. 40.

¹⁸⁰ Rodrigo Lozano, *Op. cit.*, vol. 16, 2008, pp. 1838-1846.

¹⁸¹ Jean-François Brisson, « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in Bertrand Faure (dir.) *Les objectifs dans le droit*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 34.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Jean-Marie Harribey, *Op. cit.*, 1996. Le chapitre 6 de ladite thèse porte notamment sur « L'ambiguïté du concept de développement soutenable ». Voy. aussi Stéphane Doumbé-Billé, « Rapport Introductif », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 20 ; Stéphane Doumbé-Billé, « Droit international et développement durable », in *Les hommes et l'environnement. Mélanges en l'hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Edition Frison-Roche, 1998. Comme le remarquent Bill Hopwood, Mary Mellor, Geoff O'Brien, *Op. cit.*, no. 1, 2005, p. 40, « the Brundtland Report attempted to bridge some of these debates by leaving a certain ambiguity, talking at the same time of the priorities of meeting the needs of the poor, protecting the environment and more rapid economic growth ». Voy. également Susan Hanson et Robert Lake, *Op. cit.*, p. 1. Selon les auteurs, l'« ambiguity » du développement durable doit s'interpréter dans les termes suivants. « The ideal of sustainability is at once being adopted wholesale and generating a move to jettison the term as incapable of transcending its suspect connotations ».

« unclear » (peu clair)¹⁸⁴, évanescence¹⁸⁵, « a buzz word [...] disconnected from reality » (un mot à la mode déconnecté de la réalité)¹⁸⁶, a « fuzzy concept » (concept flou)¹⁸⁷, une notion « whose time has come but nobody knows what it is » (dont le temps est venu mais personne ne sait de quoi il s'agit)¹⁸⁸.

Malgré ces critiques, le développement durable n'est pas « vide de toute substance »¹⁸⁹, mais il apparaît plutôt comme un « all-encompassing »¹⁹⁰ ou « umbrella »¹⁹¹ concept, c'est-à-dire une notion générale *attrape-tout* qui englobe une multiplicité de préoccupations socio-environnementales selon une volonté d'« [o]rdonner le multiple et la tentation de le réduire à l'identique¹⁹² sans cependant « imposer la fusion »¹⁹³. Il s'agit donc d'« un 'mot-valise' »¹⁹⁴, l'expression à la fois d'un « mariage »¹⁹⁵ et d'une « véritable con(fusion) » entre des enjeux divergents¹⁹⁶.

Souvent perçu comme étant une des plus grandes faiblesses du développement durable¹⁹⁷, il est aussi opportun de souligner que c'est peut-être « grâce [justement] à ses ambiguïtés »¹⁹⁸ et à sa nature « ethereal » (éthérée)¹⁹⁹ que le développement durable a pu

¹⁸⁴ Desmond McNeil, « The concept of sustainable development », in Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 17.

¹⁸⁵ Pierre-Marie Dupuy, « Préface », in Virginie Barral, *Le développement durable en droit international. Essai sur les incidences juridiques d'une norme évolutive*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 14.

¹⁸⁶ Tim Stoffel, Carol Cravero, Annamaria La Chimia, Geo Quinot, *Op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁷ Laura Pereira, « The Role of Substantive Equality in Finding Sustainable Development Pathways in South Africa », in *Revue internationale de droit et politique du développement durable de McGill*, vol. 10, no. 2, 2014, p. 151.

¹⁸⁸ Philippe Sands, « International Law in the Field of Sustainable Development », in *The British Yearbook of International Law*, vol. 65, no. 1, 1994, p. 317 ; Michael McCloskey, « The Emperor has no clothes : the conundrum of sustainable development » in *Duke Environmental Law and Policy Forum*, vol. 9, 1999, p. 153. « Is the term an empty hope? Does the theory have substance? Does anyone know what it really means in practice? ».

¹⁸⁹ Traduit de : Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 383.

¹⁹⁰ Nico J. Schrijver, *Op. cit.*, vol. 329, 2007, p. 373.

¹⁹¹ Christopher McCrudden, « Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes », in *Natural Resources Forum*, no. 28, 2004, p. 266.

¹⁹² Mireille Delmas-Marty, *Op. cit.*, p. 7.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 26.

¹⁹⁴ Jean Foyer, « Société civile mondiale et gouvernance internationale du développement durable », in Agathe Euzen (dir.), Laurence Eymard (dir.), Françoise Gaill (dir.), *Op. cit.*, pp. 322-323.

¹⁹⁵ Stéphane Doumbe-Bille, « Régionalisme et universalisme dans la production du droit de l'environnement », in S.F.D.I., *Le droit international face aux enjeux environnementaux, Colloque d'Aix-en-Provence*, Paris, Éditions A. Pedone, 2010, p. 49.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 49.

¹⁹⁷ Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 382.

¹⁹⁸ Sandrine Maljean-Dubois, « Environnement, développement durable et droit international. De Rio à Johannesburg : et au-delà ? », in *Annuaire français de droit international*, vol. 48, 2002, p. 596 ; Bill Hopwood, Mary Mellor, Geoff O'Brien, *Op. cit.*, no. 1, 2005, p. 40 ; Franck-Dominique Vivien, *Op. cit.*, pp. 3-6. Pour l'auteur, « plutôt qu'une solution, le développement soutenable apparaît avant tout comme un problème. Cette notion n'est pas stabilisée et fait l'objet de multiples définitions et interprétations ; elle mobilise une pluralité de références et d'approches ; les indicateurs censés en rendre compte sont en débat ; les objectifs à atteindre sont problématiques ; les moyens à disposition plus encore. Discuter du développement soutenable oblige à rendre compte de cette complexité et de cette perplexité ».

¹⁹⁹ Cette nature « ethereal » du développement durable a été très souvent perçue comme « a blessing and a curse », car elle appelle à une coopération « near universal » tout en évitant cependant « any attempt to be prescriptive ». Sur ce point voy. Laura Pereira, *Op. cit.*, no. 2, 2014, p. 150.

« susciter l'adhésion générale »²⁰⁰, en s'adaptant et en se modulant différemment par rapport aux divers contextes.

Il est donc difficile d'apprécier de manière univoque si le caractère flou de la notion de développement durable est une faiblesse ou une vertu. Toutefois, on peut mettre en exergue qu'il s'agit d'une notion « à géométrie [plutôt] variable »²⁰¹ qui ne constitue pas « un modèle abouti et invariable qui s'imposerait de tout temps et en tous lieux »²⁰². C'est donc un concept qui « n'est pas [...] statique »²⁰³, qui reste « en lui-même un projet »²⁰⁴ et qui est « susceptible de varier en fonction de facteurs matériels, spatiaux ou temporels »²⁰⁵ outre qu'en fonction des domaines auxquels il a vocation à s'appliquer²⁰⁶. De ce fait, le développement durable ne constitue pas « un état d'équilibre »²⁰⁷ immuable dans l'espace et dans le temps, mais plutôt un équilibre « complexe et dynamique »²⁰⁸ qui s'adapte « aux spécificités des secteurs géographiques concernés », ainsi qu'à « l'acuité de certains problèmes, orientant la problématique dans un sens particulier »²⁰⁹. Pour cette

²⁰⁰ Sandrine Maljean-Dubois, *Op. cit.*, vol. 48, 2002, p. 596 ; Bill Hopwood, Mary Mellor, Geoff O'Brien, *Op. cit.*, no. 1, 2005, p. 40. « Brundtland's ambiguity allows business and governments to be in favour of sustainability without any fundamental challenge to their present course ». Voy. ainsi Roberto Giuffrida, « Lo sviluppo sostenibile: I caratteri delle norme internazionali e il loro operare nella soluzione delle controversie », in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, 2004, p. 1039-1094.

²⁰¹ Jean Foyer, « Société civile mondiale et gouvernance internationale du développement durable », in Agathe Euzen (dir.), Laurence Eymard (dir.), Françoise Gaill (dir.), *Op. cit.*, pp. 322-323.

²⁰² Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuindeau, « Le développement durable face au territoire : éléments pour une recherche pluridisciplinaire », in *Développement durable et territoires*, vol. 1, 2002, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

²⁰³ Virginie Barral, « Retour sur la fonction du développement durable en droit international : de l'outil herméneutique à l'obligation de s'efforcer d'atteindre le développement durable », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 415. Selon l'auteur, il s'agit d'une notion « intrinsèquement évolutive ». Voy. ainsi Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 382.

²⁰⁴ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuindeau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

²⁰⁵ Arnaud Louwette, « Entre discours et pratique : les politiques opérationnelles de la Banque Mondiale comme facteurs de protection des droits de l'homme ? », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 347.

²⁰⁶ Virginie Barral, « Retour sur la fonction du développement durable en droit international : de l'outil herméneutique à l'obligation de s'efforcer d'atteindre le développement durable », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 411 ; Arnaud Louwette, « Entre discours et pratique : les politiques opérationnelles de la Banque Mondiale comme facteurs de protection des droits de l'homme ? », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 347.

²⁰⁷ Commission mondiale sur l'environnement et le développement (C.M.E.D.), *Op. cit.*, pp. 14 s. Le rapport met aussi en exergue que « [L]es considérations d'ordre économique et écologique ne sont pas forcément contradictoires. [...] Mais la compatibilité entre ces deux types de considérations se perd souvent dans la poursuite d'avantages individuels ou collectifs où l'on ne tient pas compte des conséquences et où l'on fait une confiance aveugle en la science, censée pouvoir tout résoudre, où l'on néglige les conséquences à longue échéance des décisions prises aujourd'hui. Le manque de souplesse des institutions ne fait que renforcer cette myopie ».

²⁰⁸ Traduit de l'article de Rodrigo Lozano, *Op. cit.*, vol. 16, 2008, pp. 1838-1846. L'auteur cherche à formuler une nouvelle représentation de la durabilité afin de prendre en compte « the complex and dynamic equilibria among economic, environmental and social aspects, and the short-, long- and longer- term perspectives ». Voy. aussi Eleanor Fisher, « The Power of Purchase. Addressing Sustainability through Public Procurement », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 8, no. 1, 2013, p. 6, qui précise que « [s]ustainable development is not a fixed concept: We live in a dynamic world and new threats to sustainability arise rapidly in unpredictable ways. Furthermore, science and technology are transforming not only what we know about the world and our capacity to act but also changing the boundaries between society and nature, thus challenging what constitutes the three components of sustainable development: Society, environment and economy. All this demands new ways of thinking about and acting on sustainability issues ».

²⁰⁹ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuindeau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

raison, force est de constater que le développement durable ne peut pas offrir des solutions universelles (*one-size-fits-all*) pour tous les secteurs concernés et pour tous les États.

Section 2 : L'hétérogénéité externe et l'hétérogénéité interne des trois piliers du développement durable

Sur la base de ce qui précède, on constate que le développement durable – qu'il soit structuré en trois, cinq ou sept piliers – se caractérise toujours par la nature fortement hétérogène de ses composantes. De plus, celles-ci ne sont pas facilement conciliables entre elles et il n'existe pas de « critères permettant de les concilier ou de les hiérarchiser »²¹⁰.

Mais c'est précisément par les pièges de l'hétérogénéité que l'intérêt des juristes est attiré : comme il a été affirmé en doctrine pour les sciences humaines, et qui peut bien s'appliquer aussi au droit, « [l]a tâche essentielle de quelqu'un qui consacre sa vie aux sciences humaines [et, dans notre cas, juridiques], c'est de s'attaquer à ce qui semble le plus arbitraire, le plus anarchique, le plus incohérent, et d'essayer de découvrir un ordre sous-jacent ou du moins d'essayer de voir s'il existe un ordre sous-jacent »²¹¹.

Malgré une certaine « prudence critique »²¹², on pourrait donc supposer que l'hétérogénéité du développement durable se manifeste à deux niveaux, en particulier externe (paragraphe 1) et interne (paragraphe 2) par rapport à ses trois piliers traditionnels : l'économie, l'environnemental et le social.

Paragraphe 1 : Entre les trois piliers du développement durable : hétérogénéité et interdépendances

Tout d'abord, on va se focaliser sur l'approche traditionnelle divisant le développement durable en trois piliers principaux, notamment l'économie, l'environnemental et le social. Sur cette base, on observe que les trois piliers sont

²¹⁰ Xavier Thunis, « Le développement durable : une seconde nature », in *Aménagement-Environnement*, n. spécial, 2000, p. 9 ; Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 25.

²¹¹ Claude Lévi-Strauss, « L'ethnologue est un bricoleur », in *Le nouvel observateur, hors-série*, nov.-déc 2009, pp. 22-23.

²¹² Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, pp. 13-14.

hétéronomes entre eux (hétérogénéité *externe*), leurs « rapports » peuvent devenir « ambigus » et difficilement conciliables les uns avec les autres, tout en faisant douter de leur coexistence pacifique²¹³ (A), bien qu'on puisse remarquer l'existence de certaines interdépendances réciproques (B).

A : Les confrontations entre les trois piliers

La doctrine identifie une « antinomie entre la démarche [...] de l'environnement et celle de l'intégration de l'économie »²¹⁴ au point que certains s'interrogent si l'économie est le « contexte le plus approprié » pour penser les politiques environnementales²¹⁵.

De même, l'économie et le social ont généralement « different rationalities » (rationalités différentes)²¹⁶ : notamment le marché et le savoir économique d'une part, la sphère sociale et le savoir juridique de l'autre. Cela n'empêche évidemment pas que le marché soit juridiquement encadré tout comme certains phénomènes économiques. Toutefois, entre les diverses logiques, il y a souvent un équilibre précaire, rendu encore plus fragile par la mondialisation²¹⁷, avec une confrontation – toujours croissante – entre la « commercial logic of [global] trade » et les intérêts étatiques divergents en matière sociale²¹⁸.

²¹³ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, pp. 76-77 ; Bill Hopwood, Mary Mellor, Geoff O'Brien, *Op. cit.*, no. 1, 2005, pp. 38 et s. Les auteurs précisent que « [t]o provide a generalized view of the trends within the sustainable development debate [...] original mapping can be expanded by considering environmental and socio-economic views on two separate axes. The socio-economic axis covers the level of importance given to human well-being and equality and the environment axis covers the priority of the environment from low environmental concern through technocentred to ecocentred ».

²¹⁴ Jean-Marie Harribey, *Op. cit.*, 1996, p. 380 (chapitre 6).

²¹⁵ Traduit de : Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 7. Dans l'introduction de l'ouvrage collectif, il est souligné que « [t]he question [...] is not whether we are going to run out of resources, but 'whether economics is the appropriate context for thinking about environmental policy ».

²¹⁶ Adalberto Perulli, « Sustainable development, global trade and social right: an evolutionary perspective », in Adalberto Perulli (dir.) et Tiziano Treu (dir.), *Sustainable development, global trade and social rights*, Wolters Kluwer Law International, 2018, p. 15.

²¹⁷ Organisation Internationale du Travail (OIT), *Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, 2008, disponible en ligne : https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099767/lang--fr/index.htm, qui souligne que « le contexte actuel de la mondialisation, [est] caractérisé par la diffusion des nouvelles technologies, la circulation des idées, l'échange de biens et de services, l'accroissement des mouvements de capitaux et des flux financiers, l'internationalisation du monde des affaires et de ses processus, du dialogue ainsi que de la circulation des personnes, notamment des travailleuses et des travailleurs, transforme profondément le monde du travail ». On observe également que « l'intégration économique à l'échelle mondiale a eu pour conséquence de confronter de nombreux pays et secteurs à des défis majeurs touchant à l'inégalité de revenus, à la persistance de niveaux de chômage et de pauvreté élevés, à la vulnérabilité des économies aux chocs extérieurs, à l'augmentation du travail précaire et de l'économie informelle, qui ont une incidence sur la relation de travail et les protections qu'elle peut apporter ».

²¹⁸ Tiziano Treu, « Globalization and human rights: social clauses in trade agreements and in international exchanges among companies », in Adalberto Perulli et Tiziano Treu (dir.), *Op. cit.*, 2018, p. 99.

Outre l'opposition traditionnelle, très connue en doctrine, entre (i) l'économie et l'environnemental et (ii) l'économie et le social, la dialectique contradictoire concerne aussi (iii) le social *versus* l'environnemental.

En se focalisant sur cette dernière opposition, on observe que l'environnemental a été souvent le « secteur privilégié » dans la poursuite du développement durable²¹⁹, alors que le social est devenu « son allié inséparable » seulement dans un deuxième temps²²⁰. Cela trouve en partie sa justification dans le fait que l'environnemental et le social ont un niveau de maturité différent avec une portée territoriale diverse²²¹.

En particulier, la divergence du niveau de maturité, compris comme « état d'équilibre atteint »²²², se lie à la difficulté majeure de systématiser le phénomène social par rapport au phénomène environnemental. Par exemple, d'un point de vue juridique, on observe que les questions environnementales semblent pouvoir être régies par un même droit, le droit de l'environnement qui « a une unité en lui-même »²²³, alors que les questions multiformes de nature sociale sont souvent dispersées entre plusieurs droits, par exemple le droit du travail, le droit de la sécurité sociale, les droits de l'homme, et même – peut-être – le droit de l'action sociale de l'État, *etc.* Cette variété de déclinaisons rend particulièrement difficile l'encadrement des préoccupations sociales sous une même logique.

En outre, le social semble être souvent le reflet d'intérêts essentiellement nationaux ou infra-étatiques, c'est-à-dire le reflet des spécificités propres à chaque système-pays ;

²¹⁹ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 35 ; Alfredo Rizzo, « L'affermazione di una politica ambientale dell'Unione europea. Dall'Atto Unico europeo al Trattato di Lisbona », in Fabio Amabili (dir.), Roberto Giuffrida (dir.), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018.

²²⁰ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 35 ; Tim Stoffel, Carol Cravero, Annamaria La Chimia, Geo Quinot, *Op. cit.*, p. 6 et s. Selon les auteurs, « an integrated approach to the different dimensions, the environmental, the social and the economic, is a rather new phenomenon, as there used to be a clear separation in the pre-sustainability discourse between environmental and socio-economic issues, especially in the Global North ». Voy. aussi Bill Hopwood, Mary Mellor, Geoff O'Brien, *Op. cit.*, no. 1, 2005, pp. 38-52. « [T]he dominant outlook of the last couple of hundred years, especially in the 'North', [...] has been based on the view of the separation of the environment from socio-economic issues ».

²²¹ Tim Stoffel, Carol Cravero, Annamaria La Chimia, Geo Quinot, *Op. cit.*, p. 6. « [S]ince the levels of "maturity" and of implementation of the heterogeneous dimensions of SPP are different, it is necessary to reflect on how the three dimensions of sustainability can be strengthened to be kept together, and subsequently inform procurement policies in a multidimensional way both horizontally and vertically ».

²²² Tiré de la définition du terme « maturité » du dictionnaire Larousse.

²²³ Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, p. 602.

au contraire, l'environnemental a une « nature tentaculaire »²²⁴, qui impose la transversalité »²²⁵ et pousse à une « déterritorialisation » du droit²²⁶.

Par exemple, une décision récente du 31 janvier 2020 du Conseil Constitutionnel français a précisé que c'est le législateur avant tout qui doit « tenir compte des effets que les activités exercées en France peuvent porter à l'environnement à l'étranger »²²⁷. Il s'avère, en fait, souvent que la « localisation » d'une problématique environnementale donnée produit des effets se manifestant ailleurs²²⁸, ou que la prévention de certains risques environnementaux et la gestion de ressources naturelles partagées²²⁹ nécessitent

²²⁴ Loïc Peyen, « Propos introductifs », in Olivier Dupéré (dir.) et Loïc Peyen (dir.), *L'intégration des enjeux environnementaux dans les branches du droit : quelle(s) réalité(s) juridique(s) ?*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017, p. 14. « Les normes juridiques environnementales, c'est-à-dire celles permettant d'atteindre les objectifs de protection et d'amélioration de l'environnement, sont expansives, conquérantes, voire invasives ».

²²⁵ *Ibid.*, p. 14 ; Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 82, qui se réfère notamment à la « transnationalité croissante du droit » que la globalisation suscite par rapport à l'environnement ; Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, p. 602.

²²⁶ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, pp. 82-83, qui met en exergue que « la régulation internationale de la protection de l'environnement se donne bien souvent des objets qui, *ratione loci*, ignorent le découpage étatique ». En même temps, il souligne que « [s]ur le plan mondial, un véritable droit à l'environnement a été consacré par la Convention de Aarhus du 25 juin 1998 sur l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement ». Voy. aussi Denis Alland (dir.), *Droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), coll. Droit fondamental, 2000, p. 727 et s. Pour ce qui concerne la protection de l'environnement, il faut « transcender la division spatiale de la territorialité dessinée par les frontières politiques ».

²²⁷ Conseil Constitutionnel français, Décision no. 2019-823, QPC du 31 janvier 2020, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2019823QPC.htm>. Une telle décision trouve ses racines dans la Charte de l'environnement de 2004, qui est un texte de valeur constitutionnelle dont le préambule recite : « l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel [...] l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains [...] la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation [...] afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins ». Souvent évoqué en doctrine, l'article 6 de ladite Charte a établi que « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ». Voy. Conseil Constitutionnel français, Décision no. 2019-823, QPC du 31 janvier 2020, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2019823QPC.htm>. « La Charte de l'environnement de 2004 a valeur constitutionnelle puisqu'elle a été intégrée au « bloc de constitutionnalité » à la faveur de la révision constitutionnelle du 1er mars 2005 (voir, les décisions no. 2008-564 DC du 19 juin 2008 et 2014-394 QPC du 7 mai 2014). En ce sens, le premier alinéa du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 est ainsi rédigé : « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ». Il s'est agi d'« inscrire une écologie humaniste au cœur de notre pacte républicain, par l'adoption [de cette] Charte (...) adossée à la Constitution » (projet de loi constitutionnelle n° 992 relatif à la Charte de l'environnement, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 27 juin 2003) ». Voy. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/la-charte-de-l-environnement>.

²²⁸ Traduit et partiellement reformulé de : Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 1 et s. « [E]ven if many environmental problems are global in their reach, values themselves have a culturally specific location ». Cela peut se comprendre sur la base de la question de savoir « how far 'Northern' solutions address 'Southern' problems ». En fait, « what some will see as the 'equity' of free trade translates into what others experience as the inequitable distribution of power and resources ». Voy. aussi Debra Johnson, « Ecological modernization, globalization and Europeanization. A mutually reinforcing nexus ? », in John Barry (dir.), Brian Baxter (dir.) et Richard Dunphy (dir.), *Op. cit.*, 2004, p. 153, mettant en exergue la nature « borderless [...] of much pollution ».

²²⁹ Cour Internationale de Justice (CIJ), Arrêt du 20 avril 2010, affaire *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), I.C.J. Reports 2010, paragraphe 177.

la coopération entre plusieurs acteurs locaux, nationaux, supranationaux, internationaux, et globaux²³⁰.

Dans ce cadre, la majorité des États attribue aux questions environnementales un « caractère [désormais] global »²³¹, en les considérant comme a « *shared problem, for the developed and less developed world* » (une problématique partagée par les pays développés et les pays moins développés)²³². Selon une rhétorique plutôt politique, la planète concerne, en fait, tous et l'on ne possède pas de planète B²³³. De ce fait, il est apparu comme de plus en plus nécessaire d'appliquer un « socle de principes admis, sinon universellement, au moins très largement par la communauté internationale : une sorte de 'ius commune' de la protection de l'environnement »²³⁴. La coopération internationale a joué et joue, en ce sens, « un rôle capital »²³⁵ afin qu'on agisse « *with the global interest in mind* » (en gardant l'intérêt global à l'esprit)²³⁶. Cela a été le cas, entre autres, des

²³⁰ *Ibid.* ; Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 392. « The ICJ also suggested in the Pulp Mills case that sustainable development implies the cooperation of the parties in the prevention of environmental damage. After stating that the use of the river should 'allow for sustainable development' it then read the Gabcikovo-Nagymaros judgment as if the duty of the parties to find an agreed solution was connected to sustainable development, and added that 'it is by cooperating that the states concerned can jointly manage the risks of damage to the environment'. Ultimately, this indicated that beyond the duty to prevent environmental damage, sustainable development also includes a duty to cooperate ». Voy. aussi Roberto Giuffrida, « Le nozioni, i principi e le norme generalmente accettati nel diritto internazionale ed europeo per la tutela dell'ambiente », in Fabio Amabili (dir.), Roberto Giuffrida (dir.), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 3-20.

²³¹ Traduit de : Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 1. Dans l'introduction de l'ouvrage collectif, il est souligné que « environmental problems take on an increasingly global character, their focus is upon the prospects for sustainable development at a global level ». Bill Hopwood, Mary Mellor, Geoff O'Brien, *Op. cit.*, no. 1, 2005, p. 39. Les auteurs constatent des « planetwide interconnections: environmental problems are not local but global, so that actions and impacts have to be considered internationally to avoid displacing problems from one area to another by actions such as releasing pollution that crosses boundaries, moving polluting industries to another location or using up more than an equitable share of the earth's resources (by an ecological footprint far in excess of the area inhabited) ». Voy. aussi Lili Jiang, *An evaluation of soft law as a method for regulating public procurement from a trade perspective*, Thèse du doctorat, University of Nottingham, 2009, p. 25. « Declaration of the United Nations Conference on Human Environment of 1972 which, for the first time, raised the issue of the environment protection to a global level and paved the way for the later development of international environment law ».

²³² Michael Redclift, « Sustainable Development (1987–2005): An Oxymoron Comes of Age », in *Sustainable Development*, vol. 13, 2005, p. 221.

²³³ Aujourd'hui c'est un *slogan* très utilisé par les militants écologistes partout dans le monde.

²³⁴ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 80, 83. L'auteur mentionne les exemples de Green Peace, l'Union mondiale pour la nature (UICN), le Fonds mondial pour la nature. Pour ce qui concerne Green Peace, celle-ci semble avoir acquis une grande influence au point qu'elle est associée « à titre d'experts, sans droit de vote, naturellement, mais avec une voix parfois fort écoutée – à l'élaboration des réglementations internationales ». Parmi les principes admis largement par la communauté internationale, l'auteur mentionne « celui selon lequel l'environnement doit être considéré comme 'un patrimoine commun de l'humanité'. Puis une série de principes fonctionnels autour desquels tend à s'organiser la protection de ce patrimoine commun : le principe de prévention, le principe de participation et d'information des citoyens, le principe 'pollueur-payeur', le principe de précaution ».

²³⁵ OCDE, *Déclaration sur la croissance verte*, (C/MIN(2009)5/ADD1/FINAL), 2009, deuxième considérant. Voy. aussi Roberto Giuffrida, « Le nozioni, i principi e le norme generalmente accettati nel diritto internazionale ed europeo per la tutela dell'ambiente », in Fabio Amabili (dir.), Roberto Giuffrida (dir.), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 3-20 ; Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 392 ; Yoram Levy et Marcel Wissenburg, *Op. cit.*, vol. 52, 2004, pp. 787-788. « Stable political cooperation » se lie à l'idée d'un « policy telos [which] is a normative concept capable of reconciling contradicting interests, thus sustaining cooperation in a politically pluralistic reality ».

²³⁶ Michael Redclift, « Sustainable Development (1987–2005): An Oxymoron Comes of Age », in *Sustainable Development*, vol. 13, 2005, p. 221.

initiatives visant à ce que « les pays puissent évoluer vers des économies durables sobres en carbone » avec une attention particulière aux « domaines tels que le développement et la diffusion de technologies propres, par exemple le piégeage et le stockage du carbone, les technologies liées aux énergies renouvelables [...], ainsi que dans la mise en place d'un marché international de biens et services environnementaux »²³⁷.

Mais force est de constater que la description des questions environnementales comme globales et des questions sociales comme principalement locales constitue une sorte de généralisation incapable de prendre en compte l'hétérogénéité des préoccupations couvertes respectivement par l'environnemental et par le social²³⁸.

Dans leurs relations réciproques, on observe que les deux piliers restent difficilement conciliables dans de nombreux cas. Par exemple, la doctrine a souligné que « rassembler à la fois un projet de réduction de la pauvreté et un projet de préservation des écosystèmes » constitue un « mariage [...which] looks insecure » (une union qui semble instable)²³⁹, puisque ces deux ne sont pas « *a priori* nécessairement compatibles »²⁴⁰, et ils ne font pas, non plus, partie d'un « seamless web » (ensemble uniforme)²⁴¹. Si la « dimension sociale [est] axée sur la définition des besoins, [...] en mettant l'accent sur la protection des droits des individus et des populations et sur la nécessité d'une réparation en cas de violation », la dimension environnementale reflète « en somme une vision axée sur la prévention des risques et les capacités d'intervention opérationnelle »²⁴².

Compte tenu des divergences, selon une partie de la littérature doctrinale, il faudrait reconnaître l'incapacité du concept de développement durable à réunir « les espoirs » de ceux qui luttent pour la justice sociale, de ceux qui agissent pour protéger la nature et de ceux qui espèrent une croissance économique soutenue²⁴³. Les « affrontements »

²³⁷ OCDE, *Déclaration sur la croissance verte*, (C/MIN(2009)5/ADD1/FINAL), 2009, deuxième considérant.

²³⁸ Voy. infra, lettre B de ce paragraphe.

²³⁹ Andrew Dobson, « Sustainable development: defence of the natural world », in Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 60.

²⁴⁰ Jean-Marie Harribey, *Op. cit.*, 1996, p. 380 (chapitre 6).

²⁴¹ Andrew Dobson, « Sustainable development: defence of the natural world », in Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 60.

²⁴² Despina Sinou, « La dimension sociale du développement durable: aspects de droits fondamentaux », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 331.

²⁴³ Traduit et repris de : Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 2. Dans l'introduction, il est remarqué que « [f]or in the view of at least some our contributors, the realisation of sustainable development is not what we should be pursuing in the first place. They argue not only that is incapable of uniting the hopes of those who fight for justice, those with concerns for the future and those who want to defend nature, but also that it has the potential both to frustrate and to marginalise these very causes ».

sembleraient « inévitables »²⁴⁴ non seulement entre les piliers du développement durable mais aussi entre ceux qui se focalisent sur le présent et ceux qui se préoccupent du futur.

B : Les interdépendances entre l'environnemental et le social

Malgré les divergences et les difficultés à concilier les piliers du développement durable, il convient de souligner que ceux-ci peuvent présenter des liens très forts entre eux, surtout lorsqu'on se focalise sur la dynamique entre l'environnemental et le social.

Par exemple, dans le cas de la justice environnementale (en anglais, « environmental justice »²⁴⁵) les aspirations de l'environnement se combinent à celles du social. S'opposant au phénomène de l'« environmental racism » (racisme environnemental)²⁴⁶, la justice environnementale part du postulat que l'exclusion environnementale va de pair avec l'exclusion sociale²⁴⁷, car ce sont les

²⁴⁴ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, pp. 76-77.

²⁴⁵ Julian Agyeman, Robert D. Bullard, Barbara I. Evans, « Exploring the Nexus: Bringing Together Sustainability, Environmental Justice and Equity », in *Space and Polity*, vol. 6, no. 1, 2002, pp. 77-83. « Wherever in the world environmental despoilation and degradation are happening, they are almost always linked to questions of social justice, equity, rights and people's quality of life in its widest sense [...]. Sustainability [...] cannot be simply a 'green' or 'environmental' concern, important though 'environmental' aspects of sustainability are. A truly sustainable society is one where wider questions of social needs and welfare, and economic opportunity, are integrally related to environmental limits imposed by supporting ecosystems ». Pour les auteurs, le focus de l'analyse est donc « to ensure a better quality of life for all and that this should be done in a just and equitable manner, whilst living within the limits of supporting ecosystems ». En général, pour ce qui est de la notion de développement durable, les questions environnementales sont entendues comme liées aux notions de « environmental racism » et « environmental justice ». « Thus arose the traditional definition of environmental injustice – that [some] people [...] are forced, through their lack of access to decision-making and policy making processes, to live with a disproportionate share of environmental 'bads' – and thus to suffer the related public health problems and quality-of-life burdens ». Voy. aussi Julian Agyeman, « Environmental Justice : From the Margins to the Mainstream ? », in *Town and Country Planning Association 'Tomorrow' Series*, London, 2000, pp. 7 et s. « Instead of being framed within a 'green', or predominantly 'environmental' agenda, these discourses are being refocused around quality of life, using the notions of justice, rights and equity ». Voy. aussi Graham Haughton, « Environmental justice and the sustainable city », in David Satterthwaite (dir.) *The Earthscan Reader in Sustainable Cities*, London, Earthscan, 1999, p. 64. Pour l'auteur, il faut reconnaître « the interdependency of social justice, economic wellbeing and environmental stewardship. The social dimension is critical since the unjust society is unlikely to be sustainable in environmental or economic terms in the long run ». Voy. aussi Bill Hopwood, Mary Mellor, Geoff O'Brien, *Op. cit.*, no. 1, 2005, pp. 38-52. « The concept of sustainable development is the result of the growing awareness of the global links between mounting environmental problems, socio-economic issues to do with poverty and inequality and concerns about a healthy future for humanity. It strongly links environmental and socio-economic issues ». En ce sens, « humanity, whether in an industrialized or a rural subsistence society, depends for security and basic existence on the environment; the economy and our well-being now and in the future need the environment ». En particulier, les interconnexions peuvent s'expliquer sous les termes suivants: « [e]nvironmental problems threaten people's health, livelihoods and lives and can cause wars and threaten future generations ». Voy. aussi Andrew Dobson, « Sustainable development: defence of the natural world », in Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, pp. 53 et s.

²⁴⁶ Julian Agyeman, Robert D. Bullard, Barbara I. Evans, *Op. cit.*, no. 1, 2002, pp. 77-83 ; Julian Agyeman, « Environmental Justice : From the Margins to the Mainstream ? », in *Town and Country Planning Association 'Tomorrow' Series*, London, 2000, pp. 7 ss. ; Graham Haughton, « Environmental justice and the sustainable city », in David Satterthwaite (dir.) *The Earthscan Reader in Sustainable Cities*, London, Earthscan, 1999, p. 64.

²⁴⁷ Julian Agyeman, Robert D. Bullard, Barbara I. Evans, *Op. cit.*, no. 1, 2002, pp. 77-83.

personnes pauvres qui généralement vivent « in poor environment » (dans des environnements pauvres et malsains)²⁴⁸. En particulier, certaines catégories de personnes, telles que les femmes, les enfants et les pauvres²⁴⁹, sont davantage susceptibles de se retrouver privées de leurs droits environnementaux, car elles sont forcées – en raison de leur impossibilité d’accéder aux processus décisionnels et politiques – à vivre avec une part disproportionnée d’« environmental ‘bads’ », ces derniers ayant des conséquences sérieuses sur leur propre santé²⁵⁰. De ce point de vue, la justice environnementale se construit à partir des interdépendances qui lient les questions d’équité sociale et les problématiques environnementales²⁵¹.

L’environnemental et le social peuvent donc présenter des liens très forts entre eux. Toutefois, malgré les interdépendances qu’on peut mettre en exergue entre ceux-ci, il reste cependant difficile de « trouver une logique commune »²⁵², une dialectique de l’unité capable de fusionner des approches souvent antagonistes, d’intérêt global ou plutôt local, et de tenir ensemble les contradictions. Comme la doctrine l’a bien souligné, « il est légitime de se demander si derrière une rhétorique des bons sentiments, le discours sur le développement durable n’a pas, finalement, pour principale qualité de gommer les contradictions qu’il énonce – pour ne pas avoir à les résoudre »²⁵³, avec le risque concret et le « potentiel d’entraver et marginaliser »²⁵⁴ l’atteinte de toutes ou de certaines des finalités socio-environnementales couvertes²⁵⁵.

²⁴⁸ Sur ce point voy. par exemple Andrew Dobson, « Sustainable development: defence of the natural world », in Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, pp. 53 et s.

²⁴⁹ Julian Agyeman, Robert D. Bullard, Barbara I. Evans, *Op. cit.*, no. 1, 2002, pp. 77-83. « The environmental justice movement developed in the US in response to concerns about the uneven distribution of environmental risks among certain groups of people, especially those of colour ». Ensuite, le concept d’*environmental justice* a été élargi aux sujets « poor and disadvantaged ». De ce fait, le concept d’« environmental racism » a été même dépassé : il « moves beyond racism to include others (regardless of race or ethnicity) who are deprived of their environmental rights, such as women, children and the poor ».

²⁵⁰ Sur ce point voy. par exemple Andrew Dobson, « Sustainable development: defence of the natural world », in Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, pp. 53 et s.

²⁵¹ Julian Agyeman, Robert D. Bullard, Barbara I. Evans, *Op. cit.*, no. 1, 2002, p. 86, qui mentionne l’ouvrage de Andrew Dobson, *Justice and the Environment: Conceptions of Environmental Sustainability and Theories of Distributive Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

²⁵² Jean-Marie Harribey, *Op. cit.*, 1996, p. 383 (chapitre 6).

²⁵³ Jacques Theys, « L’approche territoriale du " développement durable ", condition d’une prise en compte de sa dimension sociale », in *Développement durable et territoires*, vol. 1, 2002, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/1475>.

²⁵⁴ Traduit de : Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 2, arguant que le développement durable a « the potential both to frustrate and to marginalise » l’atteinte des divers volets qui le composent.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 2. Dans le même ouvrage, voy. Desmond McNeil, « The concept of sustainable development », pp. 16-17. Selon l’auteur, une question qui confond, plutôt que clarifier, le débat sur le développement durable est « using the term ‘sustainable’ to relate to all three sets of objectives. Thus, sustainable development is development (definition unspecified) which is : environmentally sustainable, economically sustainable, socially/culturally sustainable. The distinction between ‘environmentally sustainable’ and ‘economically sustainable’ is, roughly, the same as that between

Paragraphe 2 : Au sein de chaque pilier : hétérogénéité ou conciliation ?

Pour ce qui concerne l'hétérogénéité *interne*, on peut analyser le développement durable comme un éventail de considérations différentes qui découlent de chacun des trois piliers, sans qu'il soit toujours possible de les distinguer toutes²⁵⁶. Par exemple, le pilier social se constitue d'une multiplicité de préoccupations, y compris celles portant sur la protection des droits de l'homme et des travailleurs, l'inclusion des groupes marginalisés ou vulnérables, l'égalité entre homme et femme et l'égalité multigénérée, la réduction de la pauvreté, la réduction ou l'élimination des barrières à l'accès aux services de base tels que l'éducation, la santé, l'eau, l'assainissement, l'énergie, pour ne citer qu'eux.²⁵⁷ De même, le pilier environnemental couvre plusieurs préoccupations comme la lutte contre le changement climatique, la réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) et des fumées, poussières et émissions polluantes (par ex. NO_x, HCNM et particules), l'accroissement des économies dans la consommation d'énergie ou d'eau, l'utilisation d'énergies renouvelables, la réduction de déchets, la réutilisation des produits, le recyclage des matériaux (par ex. d'emballage) et des produits en fin de vie, la restriction des substances dangereuses et toxiques, la prise en compte de la performance environnementale des produits, *etc.* À son tour, le pilier économique ne fait pas exception avec ses multiples questions portant sur, entre autres, le développement économique local, l'utilisation des ressources matérielles locales, la promotion des petites et moyennes entreprises (PME) et des micro et petites entreprises (MPE).

Face à une telle multitude de considérations économiques et socio-environnementales, il est possible de constater que l'hétérogénéité concerne non seulement les piliers du développement durable entre eux, mais aussi chaque pilier à son

'sustainable' and 'development'. [...] I believe that it is better to reserve the term 'sustainable' to relate to a concern for the environment, so that the economic and social aspects are two other dimensions which are explicitly identified, instead of being blurred within some broad and unclear concept of sustainability. Ideally, of course, the aim is a unified whole, with all three different perspectives and objectives taken into account, although each of the three should be conceptually separable, and identified by names ».

²⁵⁶ Pour ce qui concerne les trois piliers du développement durable, « its contents are difficult, if not impossible, to identify strictly ». Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 383.

²⁵⁷ Dans le domaine des marchés publics, voy. Nicolas Boulouis, *Op. cit.*, no. 4, 2014, p. 617. La question que l'auteur se pose est si « le fait d'acheter des biens et des services peut-il avoir un autre but que cet achat ? ». Selon lui, l'achat peut « courir plusieurs lièvres à la fois : satisfaire le besoin de l'administration qui passe le marché, mais aussi améliorer l'accès de certaines personnes à l'emploi, préserver l'environnement, soutenir l'économie locale, notamment en renforçant le tissu des petites et moyennes entreprises locales, lutter contre l'emploi d'une main-d'œuvre infantine, ou encore « faire avancer » l'égalité hommes-femmes ? ».

intérieur (A). Cela amène à se demander si la conciliation est une utopie ou plutôt si elle répond à une exigence de flexibilité inhérente au développement durable (B).

A : L'hétérogénéité des préoccupations au sein des piliers du développement durable

Sur la base d'un tel éventail de considérations – dont la liste n'est pas exhaustive et qui peuvent varier d'un domaine à l'autre –, on peut constater que le pilier social, tout comme le pilier environnemental et celui économique, se décline en plusieurs préoccupations qui mériteraient, peut-être, des traitements différenciés. Il y a, en fait, une certaine hétérogénéité interne à chaque pilier qui amène à des confrontations intrinsèques : de (i) l'environnemental contre l'environnemental, (ii) du social contre le social, (iii) de l'économie contre l'économie²⁵⁸.

Prenons l'exemple des questions sociales. Tout d'abord, à l'encontre de certaines approches doctrinales, il semble qu'il ne soit pas toujours possible de résumer lesdites préoccupations sous la forme d'une équation simpliste : *question sociale égale question de proximité*.

D'une part la promotion de l'emploi des chômeurs de longue durée peut s'interpréter comme une considération principalement nationale, puisqu'elle concerne les travailleurs ressortissants d'un État donné avec des spécificités propres à chaque cadre juridique national²⁵⁹. En ce sens, le développement durable « traverse perceptions culturelles diverses et intérêts économiques [politiques] et sociaux divergents »²⁶⁰.

D'autre part, sous l'impulsion de la mondialisation²⁶¹, certaines questions sociales ont acquis un intérêt de plus en plus global. Prenons, à titre illustratif, les changements

²⁵⁸ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, pp. 76-78.

²⁵⁹ Dans le social, on observe, par exemple, que la négociation collective était dans le passé une question principalement étatique. Mais, suite à la mondialisation et à l'émergence de « transnational agreements », on a dépassé les frontières géographiques même à ce sujet. Voy. Tiziano Treu, « Globalization and human rights: social clauses in trade agreements and in international exchanges among companies », in Adalberto Perulli (dir.) et Tiziano Treu (dir.), *Op. cit.*, 2018, p. 111 et s., qui souligne l'importance des « transnational agreements [...which] go beyond the national borders, in different forms ».

²⁶⁰ Traduit de : Enrique Leff, « Sustainable development in developing countries : cultural diversity and environmental rationality », in Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 62.

²⁶¹ OIT, *Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, 2008, p. 5, disponible en ligne : http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371205.pdf; voy. ainsi <http://www.oecd.org/fr/presse/les-chaines-de-valeur-mondiales-ouvrent-des-opportunités-en-terme-de-croissance-demploi-et-de-developpement.htm>. Les chaînes d'approvisionnement globales appellent à la fois à une coopération étroite entre les États et à la fois à un engagement de tous les acteurs, y compris les entreprises et la société civile pour que tous « aient la possibilité d'y participer et d'en bénéficier ».

concernant les chaînes d’approvisionnement. Ces dernières franchissent désormais les frontières nationales avec une étendue mondiale et des questions de justice sociale susceptibles de « travel well across borders » (bien traverser les frontières)²⁶². Au sein de ces « chaînes de valeur mondiales » – CVM²⁶³, il peut y avoir des inégalités entre les travailleurs, des violations plus ou moins étendues des droits des travailleurs et de l’homme, outre que l’exploitation de la pauvreté qui, « où qu’elle existe, constitue un danger pour la prospérité de tous »²⁶⁴.

Pourtant les problèmes environnementaux, eux-mêmes, peuvent être globaux tout comme locaux. D’une part, on demande de plus en plus une « action publique [...] globale »²⁶⁵, d’autre part, les réponses peuvent être aussi significativement diverses « dans le monde entier »²⁶⁶ et d’une région à l’autre, par rapport à un sujet donné²⁶⁷. En parallèle, « les différences importantes qui existent dans le développement économique des divers États ont comme conséquence le fait que les préoccupations environnementales

²⁶² Par exemple, dans les marchés publics, voy. John Linarelli, « The limited case for permitting SME procurement preferences in the Agreement on Government Procurement », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *The WTO Regime on Government Procurement : Challenge and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 446. Prenons aussi l’exemple de l’Union Européenne, où les politiques sociales ont été généralement laissées à la compétence des États mêmes différemment des politiques économiques des États membres que l’UE s’est engagée à harmoniser autant que possible (même si avec une certaine souplesse des moyens juridiques souvent utilisés, comme dans le cas des directives). Sans vouloir ici détailler les raisons et l’historique de l’UE, il suffit de préciser que l’UE vise à développer et promouvoir le marché intérieur (parfois appelé marché unique, et anciennement appelé marché commun), reposant sur les quatre libertés fondamentales suivantes : la libre circulation des biens et des services, des capitaux et des personnes. Ce marché se fonde donc sur un « principe d’efficacité économique, selon lequel la suppression des obstacles à la libre circulation sur le continent permet un développement économique de tous les pays : plus de concurrence, plus d’innovation, et des produits plus nombreux et moins chers ». Sur ce point, voy. <https://www.touteleurope.eu/actualite/le-marche-unique.html>. Certains auteurs soulignent aussi que, au sein de l’UE, l’environnement fait partie de la compétence partagée dont dispose l’Union : d’où le lien avec la fonction environnementale des marchés publics. En revanche, la « réalisation d’objectifs sociaux est conçue comme une traduction sectorielle de l’objectif général ‘d’économie sociale de marché’ ». Sur cela, voy. Stéphane de la Rosa, *Droit européen de la commande publique*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 97 et s. Voy. aussi Antoinette Calleja, *Unleashing Social Justice through EU Public Procurement*, Londres et New York, Routledge, 2015 ; Eric Van den Abeele, *Integrating Social and Environmental Dimensions in Public Procurement: One Small Step for the Internal Market, One Giant Leap for the EU?*, ETUI Working Paper no. 08, 2014.

²⁶³ <http://www.oecd.org/fr/presse/les-chaines-de-valeur-mondiales-ouvrent-des-opportunités-en-termes-de-croissance-demploi-et-de-développement.htm>. Les chaînes d’approvisionnement globales constituent un « aspect essentiel de l’économie mondiale qui a des effets sur la croissance, l’emploi et le développement ».

²⁶⁴ OIT, *Déclaration de l’OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, 2008, pp. 5-6, disponible au lien suivant : http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_371205.pdf.

²⁶⁵ Loïc Peyen, « Propos introductifs », in Olivier Dupéré (dir.) et Loïc Peyen (dir.), *Op. cit.*, p. 14. Toutefois, certains auteurs remarquent que dans le passé « [e]nvironmental problems were viewed mainly as local ». Sur ce point voy. Bill Hopwood, Mary Mellor, Geoff O’Brien, *Op. cit.*, no. 1, 2005, pp. 38-52.

²⁶⁶ Traduit de : Michael Redclift, « Global equity: the environment and development », in Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 101.

²⁶⁷ Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 382. « Whereas forest or fisheries management will primarily require respect for the principle of sustainable use of natural resources, a railway development project will call for an environmental impact assessment, respect for the principle of prevention, as well as the information and participation of the public in the decision-making process. Depending on the area or type of activity concerned, some standards seen as necessary to achieve sustainable development will thus apply in priority, where others will have only a secondary impact. This variability of the standards making up sustainable development means that variability is inherent in the concept itself ».

ne se voient pas toujours accorder la même priorité dans les Pays en voie de développement et dans ceux développés »²⁶⁸.

Chacun des piliers du développement durable se compose donc d'une multiplicité de considérations qui semblent diverger les unes des autres en raison de, au moins, trois facteurs, à savoir (i) leur portée territoriale ; (ii) les instruments – à la fois juridiques et opérationnels – qu'il faut mettre en place afin de prévenir certaines problématiques ou protéger certains enjeux, intérêts voire même droits ; (iii) leur justiciabilité effective. Par rapport à ces trois facteurs, il n'existe pas de solution unique : les réponses varient d'une considération sociale ou environnementale à l'autre, et d'un contexte juridique à l'autre.

B : L'effort de conciliation entre utopie et exigence de flexibilité

La dialectique entre espaces géographiques²⁶⁹ et temporels ; la pluralité de définitions ; la divergence d'objectifs, de règles, d'approches, d'applications concrètes²⁷⁰ ; la fragmentation des outils et des réponses ; les multiples connaissances nécessaires pour comprendre le développement durable dans sa totalité (incluant les savoirs économique, environnemental, juridique, éthique, anthropologique, *etc.*²⁷¹)

²⁶⁸ Librement traduit de : Debra Johnson, « Ecological modernization, globalization and Europeanization. A mutually reinforcing nexus ? », in John Barry (dir.), Brian Baxter (dir.) et Richard Dunphy (dir.), *Op. cit.*, 2004, p. 156, « large differences in economic development between countries, means that environmental concerns do not have the same priority in the less developed as the developed world ».

²⁶⁹ À titre illustratif, on peut souligner la dialectique entre les priorités du Nord et celles du Sud. « A conflict is emerging between those in the North who – to put it strongly – prioritise conservation of nature over the alleviation of poverty, and those in the South who invert the order of priority. And the global/local contrast in the environmental debate and the North/South contrast of the development debate are becoming linked. As the radical Third World environmentalists Vandana Shiva has put it 'the global is defined as North, and the local as South. [...] Thus, the North is seen by many in the South as imposing not only the sustainable development debate. [...] The question 'who speaks for the globe ?' raises fundamental ethical and political questions ». Voy., Desmond McNeil, « The concept of sustainable development », in Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000 ; Vandana Shiva, « The greening of the global reach », in Wolfgang Sachs (dir.), *Global ecology : a new arena of political conflict*, London, Zed Books, 1993, p. 154.

²⁷⁰ Pour l'application du développement durable, voy. Independent Group of Scientists appointed by the UN Secretary-General, *Global Sustainable Development Report 2019: The Future is Now - Science for Achieving Sustainable Development*, New York, United Nations, 2019.

²⁷¹ Adalberto Perulli, « Sustainable development, global trade and social rights : an evolutionary perspective », in Adalberto Perulli (dir.) et Tiziano Treu (dir.), *Op. cit.*, 2018, p. 18. « Sustainable Development [...] is [...] an economic theory as well as being juridical and ethical ». Voy. aussi Desmond McNeil, « The concept of sustainable development », in Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 15. L'auteur précise que le développement durable repose sur une pluralité de domaines divers, tels que : « ecology, economics and anthropology (or sociology). It should be added that within the field of environmental studies, a whole range of other natural sciences – chemistry, physics, geology, and so on – are predominant. And when one moves from analysis to policy, then others, such as law, become more important, while if one is concerned with fundamental issues then philosophy (whether practical ethics or the philosophy of science) is central. [...] Economics is concerned with the interactions of individuals as rational, self-interested, autonomous, maximising decision-makers. But it treats nature typically as a material resource/constraint. Anthropology regards human beings interacting with one another not only

reflètent l'hétérogénéité du développement durable et, en quelque mesure, en décrivent la complexité²⁷².

Pour cette raison, il serait nécessaire, comme soutenu par une partie de la doctrine, de trouver un consensus général²⁷³ sur ce qu'il peut (ou doit) être effectivement poursuivi au niveau de la notion de développement durable²⁷⁴ en vertu de « termes réalistes de coopération »²⁷⁵ entre tous les acteurs concernés.

Mais il y a une « sorte d'énigme qui nous est posée : comment allons-nous faire, en effet, pour accroître le bien-être de la population mondiale, lutter contre les inégalités sociales et sauvegarder la dynamique de la biosphère »²⁷⁶ et, surtout, avec quels objectifs, règles, instruments si le « discours sur le développement durable n'est pas homogène » en son sein²⁷⁷ ?

En outre, le développement durable présente « l'inconvénient de laisser penser qu'à l'intérieur de chacune des [...composantes voire piliers, et entre ces derniers] il existerait une cohérence des outils théoriques » et que les « ensembles ne se chevaucheraient à aucun moment » ni se contrediraient, « gage de leur propre cohérence interne »²⁷⁸.

as decision-makers but also as meaning-makers, with the emphasis on the collective. It considers nature both as a resource/constraint and as a locus of meaning. Ecology is concerned with human beings as a species, interacting as biological beings, both with their own and the other species and with the inorganic environment; the emphasis is on the whole as a system ».

²⁷² Adalberto Perulli, « Introduction », in Adalberto Perulli (dir.) et Tiziano Treu (dir.), *Op. cit.*, 2018, p. 3. « [T]he globalization has increased the interrelation between phenomena, between social/economic/political/environmental phenomena, and these interrelationships make the co-regulation of a complexity a necessity ».

²⁷³ « [W]ithout substantial consensus, there is no substance, no telos ». Sur ce point, voy. Yoram Levy et Marcel Wissenburg, *Op. cit.*, vol. 52, 2004, p. 788. En particulier, les auteurs soulignent que « [t]he idea of substantial consensus implies that international actors can only cooperate if they can substantially agree on something as yet undefined; without substantial consensus, there is no substance, no telos. Such a substance can take several forms, from a utopian blueprint of a good and green international society to an open-ended agreement on procedures only. [...] Agreement on a green utopia contradicts the chosen context of moral pluralism, whereas agreement on procedures only brings us no closer to solving the issue that really needs to be addressed – that of the goals of policies and procedures ». En outre, les auteurs soulignent que « a policy telos requires agreement on a problem definition and on criteria for ways in which, though not necessarily the exact way in which, that problem should be resolved. [...] For a policy telos to come into being and be effective, we need the following initial conditions: i) rough equality of power; ii) moral pluralism (diversity of moral languages); iii) absence of necessary agreement on reasons for consensus; iv) absence of necessary agreement on modes of action (or strategic cooperation); v) the perceived presence of a problem; vi) substantial agreement on the problem definition; vii) substantial agreement on goals; and viii) a political, not a moral, attitude to negotiation ».

²⁷⁴ Yoram Levy et Marcel Wissenburg, *Op. cit.*, vol. 52, 2004, p. 790.

²⁷⁵ Traduit de : *Ibid.*, pp. 788-790.

²⁷⁶ Franck-Dominique Vivien, *Op. cit.*, pp. 3-6. L'auteur met en exergue que les « avis divergent en la matière et la concurrence est rude pour donner un contenu normatif au développement soutenable ».

²⁷⁷ Traduit de : Enrique Leff, « Sustainable development in developing countries : cultural diversity and environmental rationality », in Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 62.

²⁷⁸ Jean-Marie Harribey, *Op. cit.*, 1996, p. 380 (chapitre 6). Sur cette idée d'équivalence voy. entre autres Thomas von Stokar et Myriam Steinemann, *Le développement durable en Suisse : Base méthodologiques*, Office fédéral du développement territorial (ARE), 2004, disponible en ligne : www.are.ch.

Si la conciliation serait, selon certains auteurs, « magique »²⁷⁹, il est évident aussi que « saisir conjointement ce qui était *a priori* disjoint »²⁸⁰ peut amener à des contradictions même significatives. Mais, en même temps, cet effort d'unité représente à la fois une *utopie* et à la fois une *exigence de flexibilité*.

En particulier, la notion de développement durable semble conçue à partir d'une sorte d'ambition voire d'« utopie de l'unité »²⁸¹, qui vise à « mettre ensemble, en un même rythme, une même finalité, des politiques ou normes *a priori* divergentes »²⁸². En parallèle, en raison de sa « nature intrinsèquement évolutive »²⁸³, la notion de développement durable dispose d'une marge suffisante d'adaptabilité aux divers contextes, domaines et sujets²⁸⁴, ce qui ne serait pas possible – en reprenant une expression bien réussie – « dans les interstices d[']u[n] corset [...] un peu trop serré »²⁸⁵.

Conclusion

Le développement *durable* ou *soutenable* est une notion de plus en plus invoquée dans différents secteurs et à plusieurs niveaux. Toutefois, elle reste encore souvent difficile à cerner : multi-dimensionnelle, à consonance générationnelle (ou intergénérationnelle) et transpatiale (ou intragénérationnelle), elle renvoie à de nombreuses définitions, interprétations, approches, théories et pratiques parfois divergentes, parfois contradictoires entre elles.

Réticente à offrir des solutions universelles (*one-size-fits-all*) pour tous les États et pour tous les secteurs, la notion de développement durable reste souvent vague et floue, ce qui n'est pas forcément une faiblesse mais parfois une vertu. En fait, c'est grâce à ses

²⁷⁹ Michel Prieur, *Droit de l'environnement*, 5 édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 76 ; voy. aussi Nil Symchowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 38.

²⁸⁰ Loïc Peyen, « Propos introductifs », in Olivier Dupéré (dir.) et Loïc Peyen (dir.), *Op. cit.*, p. 14.

²⁸¹ L'expression « utopie de l'unité » a été prise de l'ouvrage de Mireille Delmas-Marty, *Op. cit.*, p. 8.

²⁸² Loïc Peyen, « Propos introductifs », in Olivier Dupéré (dir.) et Loïc Peyen (dir.), *Op. cit.*, p. 20, qui cite Éric Naim-Gesbert, *Droit général de l'environnement*, Paris, LexisNexis, 2 édition, 2014, p. 145 ; Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 395. « Sustainable development here requires a balancing of opposite considerations ».

²⁸³ Traduit de : Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 382. « Sustainable development is not a static concept, and what needs to be done to achieve it evolves according to circumstances, and in particular according to the time, the area, or the subjects concerned. What is sustainable development will vary in time, as sustainable development is not immune to social, environmental, or scientific evolutions ».

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 386. « To be able to function, the contents of sustainable development must evolve, the specificities of each situation and each set of circumstances must be taken into account. [...] The flexible formulations relating to sustainable development mean that evidence of *opinio juris* and state practice of an obligation to develop sustainably is impossible to ascertain ».

²⁸⁵ Conseil d'État français, *Le droit souple*, Étude Annuelle 2013, La documentation française 2013, p. 5.

ambiguïtés que la notion de développement durable a pu susciter une large adhésion parmi les divers acteurs concernés.

La variété des significations possibles du développement durable reflète non seulement les spécificités propres à chaque échelle spatiale et à chaque contexte mais aussi l'existence de problématiques socio-environnementales ayant une nature et une intensité différentes entre elles.

Regroupées en trois piliers traditionnels – l'économie, l'environnement et le social –, les aspects liés au développement durable présentent, en fait, une certaine hétérogénéité les uns vis-à-vis des autres. Si, d'une part, la notion de développement durable semble donc exprimer une sorte d'*utopie de l'unité*, mettant ensemble des problématiques a priori divergentes, d'autre part elle manifeste une nature intrinsèquement évolutive avec une marge suffisante d'adaptabilité aux divers contextes, domaines et sujets.

CHAPITRE 2.

LES INCERTITUDES LIÉES AU STATUT JURIDIQUE DE LA NOTION DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

Le développement durable constitue une « référence [désormais] incontournable »²⁸⁶ non seulement au niveau politique²⁸⁷, mais il est aussi omniprésent²⁸⁸ « into everyday language » (dans le langage courant)²⁸⁹ y compris dans le *langage* juridique.

Même si « la norme juridique apparaît encore tout de même un peu en décalage avec les ambitions affichées » au niveau politique²⁹⁰, le droit ne semble pas avoir échappé à l'insistance²⁹¹ du développement durable. Au contraire, certains auteurs soulignent que le développement durable « hante » le droit international²⁹² ainsi que de nombreux autres domaines du droit avec ses multiples préoccupations²⁹³. En ce sens, selon une estimation, le développement durable serait inclus dans plus de 300 conventions au niveau international, tout en restant cependant circonscrit, dans la plupart des cas, au préambule desdits instruments juridiques²⁹⁴.

Il en résulte que, si le développement durable est de plus en plus mentionné par les différents instruments juridiques en tant qu'« unavoidable paradigm » (paradigme inévitable)²⁹⁵, cela ne signifie pas qu'il constitue forcément une notion juridique. En fait,

²⁸⁶ Pierre-Marie Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », in *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, vol. 101, no. 4, 1997, p. 886.

²⁸⁷ La formulation et l'utilisation de l'expression développement durable nous semble donc le résultat d'une prise de conscience avant tout politique. Puisque le modèle de croissance adopté par les pays industrialisés a été de plus en plus perçu comme n'étant pas durable/soutenable, la politique a jugé nécessaire de changer de paradigme. Pour ce faire, le développement durable a été choisi comme expression capable de véhiculer la portée de ce changement. Il convient de noter que la question de la signification du qualificatif « durable/soutenable » demeure au cœur d'interprétations divergentes, au point qu'il a même été proposé de « revenir au terme "développement" sans aucune qualification, à condition bien entendu de le redéfinir en tant que concept pluridimensionnel ». Voy., par exemple, Séverine Blaise, *Op. cit.*, no. 26, 2011, p. 21.

²⁸⁸ Marta Andrecka et Kateřina Peterková Mitkidis, *Op. cit.*, vol. 1, 2017, p. 61. « While omnipresent in the public and legal discourse, the concept of sustainability does not have a globally accepted legal definition ».

²⁸⁹ Michael Redclift, « Sustainable Development (1987–2005): An Oxymoron Comes of Age », in *Sustainable Development*, vol. 13, 2005, pp. 212-227.

²⁹⁰ Nil Symchowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 43.

²⁹¹ Stéphane Doumbé-Billé, « Rapport Introductif », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 11.

²⁹² *Ibid.*, p. 11.

²⁹³ En France, par exemple l'article 6 de la Charte constitutionnelle de l'environnement récite : « Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ».

²⁹⁴ « A common impression among international lawyers is that even though sustainable development receives recognition in a great number of treaties, this recognition is of little legal significance since such references are mainly confined to the preamble, which is not binding. [...] However an empirical analysis shows that 207 of these references are to be found in the operative part of the conventions which is technically binding on the parties ». Par rapport, en particulier, aux traités multilatéraux, il a été observé que « [r]eferences to sustainable development can indeed be found in 112 multilateral treaties ». Voy. Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 383.

²⁹⁵ Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 377. « Promoted by the United Nations, it [sustainable development] is central to a vast number of Resolutions, Declarations, Conventions, and international judicial decisions ».

dès le rapport *Brundtland* il n'y a aucune certitude sur sa « legal characterization » (statut juridique)²⁹⁶. En particulier, de Rio de Janeiro, lors du Sommet de la Planète Terre (1992), à Johannesburg (2002)²⁹⁷ et puis à nos jours, « le concept de développement durable n'a cessé d'alimenter les débats au sein de la doctrine » en faisant « l'objet d'intenses controverses dans la littérature juridique »²⁹⁸.

Que « la nature juridique [...] du concept du développement durable » soit dans la plupart des cas « encore évasive » apparaît assez évident²⁹⁹, mais cela est susceptible de porter préjudice à sa pleine réalisation. Dans ce cadre, les conceptions doctrinales se succèdent. Le développement durable est décrit comme une « notion à contenu variable »³⁰⁰, une « évolutive proposition » qui change au fil du temps, des circonstances et des connaissances scientifiques³⁰¹, un cadre-référent dont les appropriations sont tant variées qu'asymétriques³⁰², une matrice « conceptuelle » qui représente une « référence incontournable, pratique toujours citée dans les préambules »³⁰³, un « principe normatif

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 378.

²⁹⁷ Pour cette décennie de développement durable, voy. Olivier GODARD, « Le développement durable de Rio de Janeiro (1992) à Johannesburg (2002) », in *Cahier no. 2003-017*, Ecole Polytechnique Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 2003, disponible en ligne : https://www.researchgate.net/publication/5090275_Le_developpement_durable_de_Rio_de_Janeiro_1992_a_Johannesburg_2002. « Il est tentant, s'agissant de développement durable, de reprendre la formule : 'un pas en avant, deux pas en arrière et trois pas de côté'. Le bilan de la décennie écoulée n'est pas de nature à susciter l'enthousiasme. Globalement négatif au regard des indicateurs objectifs d'évolution de l'environnement planétaire, mais aussi de la capacité et de la volonté de la communauté internationale à prendre les problèmes à bras le corps, ce bilan est aussi très contrasté selon les aspects considérés ». Voy. également Nations Unies, *Rapport du Sommet Mondial pour le Développement Durable – Johannesburg – 26 août-4 septembre 2002*, New-York, 2002.

²⁹⁸ Guy Marcel Nonno, « Le développement durable en droit international : Essai sur les incidences juridiques d'une norme évolutive », in *Canadian Yearbook of International Law*, 2015, vol. 53, pp. 643-651 ; Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, pp. 377-400, mettant en exergue que « academic commentators have dealt with the legal nature of sustainable development with either scepticism or suspicion ». Voy. encore Roberto Giuffrida, « Lo sviluppo sostenibile: I caratteri delle norme internazionali e il loro operare nella soluzione delle controversie », in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, 2004, pp. 1039-1094.

²⁹⁹ Despina Sinou, « La dimension sociale du développement durable: aspects de droits fondamentaux », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 333 ; Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, pp. 383 et s. ; Franck-Dominique Vivien, *Op. cit.*, pp. 3-6. L'auteur met en exergue que les « avis divergent en la matière et la concurrence est rude pour donner un contenu normatif au développement soutenable ».

³⁰⁰ Arnaud Louwette, « Entre discours et pratique : les politiques opérationnelles de la Banque Mondiale comme facteurs de protection des droits de l'homme ? », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 347.

³⁰¹ Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 394. « By its very nature sustainable development is an evolutive proposition. [...] The inclusion of sustainable development in a treaty thus necessarily opens that agreement up to its potential evolutive interpretation ». Voy. encore Organe d'appel de l'Organisation Mondiale du Commerce, *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AV/R, 1998, paragraphes 127-131, « we note that the generic term 'natural resources' in Article XX(g) is not "static" in its content or reference but is rather 'by definition, evolutionary' ».

³⁰² Bruno Villalba (dir.), *Appropriations du développement durable. Emergences, diffusions, traductions*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2009.

³⁰³ Pierre-Marie Dupuy, *Op. cit.*, no. 4, 1997, p. 886 ; Pierre-Marie Dupuy, « Préface », in Virginie Barral, *Op. cit.*, p. 14. L'auteur met en exergue que « [c]e qui est en tout cas incontestable, c'est que le vocable comme la notion de *développement durable*, précisément parce qu'ils font l'un et l'autre autant partie des programmes politiques que du vocabulaire juridique, sont devenus la référence incontournable en fonction de laquelle les gouvernements et leurs organisations internationales tentent de définir les moyens de concilier protection écologique et développement économique ». Voy. encore Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 378. « Beyond its potential characterization as an international legal norm, these commentators argue that a more relevant and fruitful approach is to concentrate,

sans norme »³⁰⁴, une « norme interstitielle »³⁰⁵, un « meta principe »³⁰⁶, un principe de droit international³⁰⁷, ou encore une obligation de moyen³⁰⁸. En ce dernier sens, par exemple, le développement durable ne semble pas poser « une obligation absolue de se développer durablement »³⁰⁹, mais plutôt une obligation à ne « mettre en œuvre que les mesures nécessaires pour atteindre un résultat, sans pour autant imposer que ce résultat soit atteint »³¹⁰. D'autres auteurs encore décrivent le développement durable comme étant plutôt une sorte de « mode sans grande portée juridique »³¹¹, un « mantra »³¹², un espoir³¹³, une « chimère »³¹⁴, un concept « loué par les autres qui pensent avoir trouvé là

not on the legal nature of sustainable development itself, but on the various principles essential to its realization which aggregate themselves around this 'conceptual matrix' ».

³⁰⁴ Jacques Theys, « À la recherche du développement durable : un détour par les indicateurs », in Marcel Jollivet (dir.), *Le Développement durable, de l'utopie au concept*, Paris, Elsevier, 2001, p. 273.

³⁰⁵ Vaughan Lowe, « Sustainable Development and Unstable Agreements », in Alan Boyle (dir.) et David Freestone (dir.), *International Law and Sustainable Development. Past, Achievements and Future Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 31 ; Sandrine Maljean-Dubois, « L'émergence du développement durable comme paradigme et sa traduction juridique sur la scène internationale », in Bruno Villalba (dir.), *Op. cit.*, pp. 67 et s. ; Virginie Barral, « Retour sur la fonction du développement durable en droit international : de l'outil hermeneutique à l'obligation de s'efforcer d'atteindre le développement durable », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 412. L'auteur précise que, suivant la conceptualisation de Vaughan Lowe, on « voit en effet, non pas une norme juridique au sens traditionnel du terme, mais une norme interstitielle qui, à l'instar d'un standard, viendrait se grever sur les normes primaires et en colorer ou en modifier le sens. L'incidence juridique du développement durable se manifesterait donc essentiellement dans le cadre du processus d'interprétation du droit. Il s'agirait d'un outil herméneutique conférant au juge une certaine marge de manœuvre dans l'exercice de sa fonction interprétative ».

³⁰⁶ Dans ce sens, le développement durable serait un outil herméneutique. Vaughan Lowe, « Sustainable development and unsustainable arguments », in Alan Boyle (dir.) et David Freestone (dir.), *Op. cit.*, p. 34.

³⁰⁷ Christina Voigt, *Sustainable Development as a Principle of International Law. Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.

³⁰⁸ Virginie Barral, « Retour sur la fonction du développement durable en droit international : de l'outil herméneutique à l'obligation de s'efforcer d'atteindre le développement durable », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 421. Pour l'auteur, la distinction entre les obligations de résultat et les obligations de moyens est aujourd'hui bien connue aussi dans le droit international. Voy. encore Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 392. « Sustainable development thus imposes an obligation of means on legal subjects, an obligation to strive to achieve or promote it ».

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 412. De ce fait, il s'agirait justement d'une obligation de moyens.

³¹⁰ *Ibid.*, pp. 392 et s. L'auteur répertorie plus de 320 traités mentionnant le développement durable. Dans certains de ceux-ci, le développement durable est considéré comme un principe, ou un énoncé en termes de droit au bénéfice des individus, et constitue alors une obligation pour les États. Dans d'autres encore, le développement durable est compris comme un processus ou comme un cadre d'action. L'auteur suggère de considérer le développement durable comme une obligation de moyen qui, dans le droit international, coexiste avec l'obligation de résultat sans que le premier remette en cause la validité de la norme. En outre, elle considère le développement durable comme ayant une nature coutumière, où l'expression d'une *opinio juris* peut se déduire des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies ainsi que de la pratique des États exprimant de ce fait leur conviction de se conformer à une règle de droit, à adopter un comportement généralement accepté comme preuve de droit. Sur le point de la coutume en droit international, voy. entre autres, Pierre-Marie Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, p. 166, « [l]a coutume est la manifestation d'une *opinio juris* manifeste dans et par la pratique. Elle ne résulte pas de l'adjonction de deux éléments, mais de la révélation de l'un par l'autre ». Voy. aussi Guy Marcel Nono, *Op. cit.*, vol. 53, p. 647. Pour l'auteur, si « on peut à bon droit adhérer à la thèse de Virginie Barral sur la nature coutumière du développement durable, il faut reconnaître qu'aucune juridiction internationale ne s'est encore prononcée clairement sur cette question en établissant l'existence des deux éléments de la coutume ». Voy. encore Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 392. « Whether the requirements of an obligation of means are met is generally assessed in abstracto via comparison of the state's conduct to a 'standard conduct' itself meeting those requirements ».

³¹¹ Michel Prieur, *Droit de l'environnement*, 5 édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 76.

³¹² Nico J. Schrijver, *Op. cit.*, vol. 329, 2007, p. 373.

³¹³ Michael McCloskey, *Op. cit.*, vol. 9, 1999, p. 157. Selon l'auteur, « [a]t best, it is a concept and a hope », autrement dit « a fine phrase without much meaning ».

³¹⁴ Bruno Villalba (dir.), *Op. cit.*, p. 366.

un remède miracle à la dégradation de l'environnement et à la misère sociale »³¹⁵, ou même une notion trompeuse, un « slogan provocateur »³¹⁶.

Si les qualifications du développement durable ne manquent donc pas, il reste cependant difficile d'en trouver une qui soit communément acceptée et retenue par les juristes. Face à une telle variété, les différentes conceptions doctrinales portant sur le statut juridique du développement durable – qui ont été avancées au fil du temps – peuvent se résumer en deux positions nettement opposées.

D'une part, le développement durable est perçu comme exprimant « davantage une volonté politique d'intégrer le souci de l'environnement [et du social] dans le long terme qu'une mise en place de règles normatives précises »³¹⁷, en constituant de ce fait un réflexe de bonnes intentions hors du droit³¹⁸ (Section 1). D'autre part, ce n'est pas la juridicité du développement durable qui est mise en question mais plutôt sa « puissance normative »³¹⁹ (Section 2). Cette construction constitue une simplification de la variété des conceptions doctrinales existantes, car il est évident que, entre ces deux pôles, il y a une palette de visions intermédiaires où le statut juridique du développement durable est incertain³²⁰ et se situe à la frontière entre la politique et le droit.

Section 1 : La conception du développement durable comme notion hors du droit et la remise en cause de l'approche positiviste

La notion de développement durable est souvent qualifiée d'enjeu, de préoccupation ou de considération qui relève du niveau politique et qui n'a rien à voir avec le droit. Même si on ne peut pas tracer, à cet égard, une tendance commune à tout le monde, force est de constater qu'une telle approche se justifie en raison de certaines caractéristiques du développement durable et du droit (paragraphe 1). Mais cela peut être

³¹⁵ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, pp. 22-23.

³¹⁶ Herman Daly, « Il n'y a pas de croissance durable », in *Transversales Science/Culture*, no. 13, janvier-février 1992, p. 11.

³¹⁷ Nil Symchowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, pp. 38-39.

³¹⁸ Le développement durable serait dépourvu d'un « statut juridique autonome ». Sur cela, voy. Jochen Sohnle, « Irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la C.I.J. : l'Affaire Gabcikovo-Nagymaros », in *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, no. 1, 1998, p. 109.

³¹⁹ Jacques Chevallier, *Op. cit.*, 2007, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/>.

³²⁰ Alan Boyle (dir.) et David Freestone (dir.), *Op. cit.*, pp. 17-18 (Introduction). Dans le même ouvrage, voy. Vaughan Lowe, « Sustainable development and unsustainable arguments », p. 30-31.

remis en discussion si on appréhende le développement durable sur la base de la dialectique entre droit dur et droit souple (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les raisons de l'exclusion

Souvent rejeté du champ juridique, le développement durable « est volontiers fustigé [...] pour son imprécision, [...] comme une masse brumeuse aux contours flous et au poids négligeable »³²¹. En raison principalement de sa définition « évasive », de son caractère « intrinsèquement malléable et multiforme », et de sa dimension plus « symbolique »³²² que juridique, une partie de la doctrine et de la jurisprudence reste réticente à considérer le développement durable comme étant du droit.

Tout au plus, selon certains auteurs, il pourrait être qualifié d'objectif essentiellement politique ou philosophique capable d'exercer « une influence sur le contenu du droit, mais étant lui-même exclu de la sphère juridique »³²³. En d'autres termes, le concept de développement durable constituerait une « force sur la norme »³²⁴

³²¹ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, pp. 22-23.

³²² Virginie Barral, « Retour sur la fonction du développement durable en droit international : de l'outil herméneutique à l'obligation de s'efforcer d'atteindre le développement durable », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 411.

³²³ *Ibid.*, p. 411. Gilles Fievet, « Réflexions sur le concept de développement durable: prétentions économiques, principes stratégiques et protection des droits fondamentaux », in *Revue Belge de Droit International*, vol. 128, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 129-184 ; Michael McCloskey, *Op. cit.*, vol. 9, 1999, p. 157.

³²⁴ Georges Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1995 ; Pierre Noreau, « De la force symbolique du droit », Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 141 et s. ; Mireille Delmas-Marty, « Post-scriptum sur les forces imaginantes du droit », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 849-851.

– se distinguant de la « force de la norme »³²⁵ – c’est-à-dire une force externe voire étrangère au droit qui, une fois « posé[e], ne cessera d’irriguer le droit »³²⁶.

Suivant cette même logique, la Cour Internationale de Justice (CIJ), dans son arrêt du 25 septembre 1997, a qualifié le développement durable de « concept »³²⁷ et, de ce fait, a rendu compte de son importance cognitive, tout en refusant cependant « d’y voir un principe juridique » ou de lui accorder un quelconque statut juridique³²⁸.

Le refus de reconnaître à la notion de développement durable une connotation juridique, bien qu’il s’agisse d’une tendance assez répandue, ne constitue cependant pas une approche commune à tous les cadres juridiques ni à tous les domaines, puisque « les facteurs propres à assurer le développement durable ont vocation à varier et à se moduler

³²⁵ La distinction entre la « force sur la norme » et la « force de la norme » remonte à Georges Ripert, comme précisé par Catherine Thibierge, « Introduction », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, pp. 10 et s. Selon l’auteur, la force des normes peut se décliner de façon très différente, par exemple il peut y avoir « la force interprétative des circulaires ou des directives administratives, la force des directives européennes non encore transposées, la force effective de recommandations d’autorités administratives indépendantes, la force symbolique des lois mémorielles, la force morale des positions de certaines autorités, la force de répétition des modèles-types, des formules ou des guides, la force de l’habitude qui sous-tend les usages et plus largement les normes spontanées, la force dissuasive de la norme pénale, la force persuasive de certaines lignes directrices ». Voy. ainsi Georges Ripert, *Op. cit.*, 1995, pp. 25 et s. Selon Ripert, on peut distinguer entre : i) les forces sur la norme, et ii) les forces de la norme. Les premières, aussi dites forces créatrices du droit, sont situées (souvent mais pas forcément) en amont et à l’extérieur des sources juridiques. Il s’agit de forces sociales, économiques, politiques, morales, etc. Certains auteurs ont fait référence à la formulation de forces créatrices du droit, comme forces conservatrices et réformatrices. Comme remarqué par Mireille Delmas-Marty (*Op. cit.*), cela a cependant soulevé des questions, telle que celle formulée par Jellinek, à savoir : « comment ce qui n’est pas le droit acquiert-il le caractère juridique ? ». Cette question amène Jellinek à introduire les « forces imaginantes » : puisque l’imagination produit de la reconnaissance et non de la contrainte, la norme oblige au respect l’individu, convaincu de sa validité, qui la reconnaît en tant que norme. Les forces imaginantes seraient « moyen d’adapter la force normative du droit à la dynamique perturbatrice des forces sociales ». « [L]es forces imaginantes du droit se déploient selon deux axes : l’approfondissement, qui nourrit la continuité des représentations (histoire du droit, droit comparé), et le surgissement, qui valorisent au contraire l’inattendu, donc la discontinuité, tant en droit interne qu’en droit international ». C’est donc de la tension entre ces deux axes que naissent les forces imaginantes du droit. « À la différence de la force normative, elles n’apparaissent donc pas comme un concept caractérisé par sa continuité et son intensité, mais comme un processus transformateur qui permet, précisément par cette tension, de faire évoluer ce qui est reconnu comme droit. Autrement dit, il est nécessaire de « renouveler l’imaginaire juridique et de concevoir de nouveaux modèles d’ordre (le pluralisme ordonné), [...] de nouveaux centres d’intérêt à protéger (les générations futures, le vivant non humain), voire une nouvelle vision de la notion même de force, parfois associée à des faiblesses apparentes (le flou, le mou et le doux) qui peuvent faciliter le lien entre les sources du droit et leurs effets normatifs. [en repérant les acteurs qui interviennent dans ce champ de forces] [...] S’agissant de la force normative, ce sont sans doute avant tout les professionnels du droit, émetteurs (le législateur au sens large), récepteurs (les juges au sens large, mais aussi les justiciables et leurs avocats) et commentateurs (la doctrine et plus largement les médias) de normes juridiques. En revanche, les forces créatrices du droit sont exercées par les responsables politiques et les acteurs de la société dite civile, opérateurs économiques et acteurs civiques, sans oublier les acteurs scientifiques (experts). Quant aux forces imaginantes du droit, on peut penser qu’elles associent tout l’ensemble des acteurs sociaux, juristes et non juristes, y compris les médias et même les artistes ». Voy. aussi Pierre Noreau, « De la force symbolique du droit », Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 141 et s. ; Catherine Thibierge, « Introduction », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 49-50. Voy. aussi Mireille Delmas-Marty, « Post-scriptum sur les forces imaginantes du droit », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 849-851.

³²⁶ Virginie Barral, « Le rayonnement intra-systémique du concept de développement durable », in Hélène Ruiz-Fabri (dir.) et Lorenzo Gradoni (dir.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l’environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009, pp. 371-396.

³²⁷ Cour Internationale de Justice (CIJ), Arrêt du 25 septembre 1997, affaire relative au Projet Gabcikovo/Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), Recueil 1997, § 140, p. 77.

³²⁸ Sandrine Maljean-Dubois, « L’émergence du développement durable comme paradigme et sa traduction juridique sur la scène internationale », in Bruno Villalbla (dir.), *Op. cit.*, pp. 67-105.

en fonction des circonstances »³²⁹, des contextes et des secteurs spécifiquement considérés.

Malgré les différentes spécificités, dans la plupart des cas il semble que, pour adapter le droit aux défis écologiques et sociaux, « on aurait besoin de renouveler l’imaginaire juridique »³³⁰ tout en rendant « compte d’un monde complexe »³³¹, ce dernier se caractérisant par la multiplication d’interactions, la concurrence d’intérêts divergents et contradictoires, la survenue de problématiques socio-environnementales d’envergure transnationale, et l’émergence de nouveaux acteurs qui ne sont pas confinés dans les limites d’un seul État, tels que les « transnational corporate networks » ou entreprises multinationales³³².

En ligne avec un monde de plus en plus complexe et des questions socio-environnementales franchissant toujours plus les frontières, le droit d’aujourd’hui a tout l’air d’un droit en mouvement, un droit « nomade »³³³, un droit en mutation³³⁴, un droit en « réseau »³³⁵, un droit dit « post-moderne »³³⁶ qui « ne se construit pas seulement à l’intérieur des seules sphères nationales »³³⁷, mais qui doit être compris en vertu des liens, des échanges, des superpositions, des contradictions entre des échelles territoriales et des espaces juridiques³³⁸ multiples et hétérogènes voire concurrents.

³²⁹ Virginie Barral, *Op. cit.*, p. 379.

³³⁰ Mireille Delmas-Marty, « Propos conclusifs sur les catastrophes écologiques et le droit : contradiction ou innovation », in Jean-Marc Lavieille (dir.), Julien Bétaille (dir.), Michel Prieur (dir.), *Op. cit.*, p. 575.

³³¹ Danièle Bourcier, « Sciences juridiques et complexité. Un nouveau modèle d’analyse. Legal Sciences and Complexity. A New Model », in *Technologies, Droit et Justice*, vol. 61, no. 1, 2011, pp. 37-38.

³³² Vania Brino, « Stabilization clauses in state-investor agreements : a brief overview », in Adalberto Perulli (dir.) et Tiziano Treu (dir.), *Op. cit.*, 2018, p. 144. « [T]ransnational corporate networks pose a regulatory challenge to the international legal systems. Corporations are the cardinal actors in the global scenario not only according to an economic perspective but also adopting a juridical viewpoint. [...] ». L’auteur souligne que l’entreprise multinationale est « presented as internationalized in its field of action, but conditioned to the compliance with different juridical régimes of the countries where it carries out its activity. There is, in this sense, a gap between the transnational dimension of its business, in view of the functional integration between segments of the productive process distributed at global level, and the national dimension of the applicable norms ».

³³³ Gilles Lhuillier, *Op. cit.*, p. 17.

³³⁴ Benjamin Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l’Université Toulouse I Capitole - L.G.D.J., 2013, « en contribuant manifestement à diluer certaines frontières réputées intangibles, la soft law conduit à considérer que c’est tout le phénomène juridique qui est sujet à une certaine mutation, voire à une certaine dégradation ».

³³⁵ La figure du réseau en droit a fait l’objet d’une reconstruction systématique par François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002 ; voy. aussi Jacques Chevallier, *L’État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., 2017, p. 134. Selon Jacques Chevallier, le droit en réseau signifie que « le champ juridique se présente sous la forme d’une multitude de points en interrelations [...] : ouvert, flexible, labile, le droit tend à devenir le produit aléatoire d’un ensemble de systèmes en interaction ».

³³⁶ Jacques Chevallier, *Op. cit.*, p. 134.

³³⁷ Jean-Sylvestre Bergé, *Op. cit.*, pp. 1 et s.

³³⁸ Jean-Bernard Aubry, *Op. cit.*, 2010, p. 135 ; François Rigaux, *Op. cit.*, 1977 ; Gilles Lhuillier, *Op. cit.*, pp. 9 s.

C'est un droit qui « circule, voyage, se globalise sous l'action des États mais aussi de nouveaux acteurs [...et défis], spécialement dans le champ de l'économie, le *business*, mais aussi des droits fondamentaux »³³⁹. C'est un droit fragmenté³⁴⁰, qui tente de concilier mais pourtant subit les contradictions découlant de la prolifération incontrôlée³⁴¹ de sources hétérogènes. C'est un droit qui ne peut plus négliger l'existence d'un entrecroisement d'intérêts économiques et socio-environnementaux dans un « métissage des ordres juridiques »³⁴² ou, plus classiquement, d'un pluralisme³⁴³, où la « vie juridique »³⁴⁴ se constitue – sous l'impulsion de la mondialisation/globalisation³⁴⁵ –

³³⁹ Gilles Lhuillier, *Op. cit.*, pp. 7-8. Pour le concept de « circulation », voy. Jean-Sylvestre Bergé, *Op. cit.*, pp. 5 et 149 s. « La circulation désigne l'ensemble des phénomènes qui permettent au juriste d'appréhender une situation dans un espace juridique autre que celui dans lequel elle a pris naissance. L'effet produit par ces mouvements d'un espace normatif à un autre peut être parfaitement identique, la circulation propageant trait pour trait un effet juridique – entendu au sens le plus large : effet obligatoire, effet d'opposabilité ou même effet de fait – donné dans deux environnements distincts. Cet effet comporte souvent néanmoins des différences : la circulation est alors partielle, portant sur tel ou tel aspect de la situation amenée à circuler. Le phénomène intéresse la circulation chaque fois qu'un effet de la situation née dans un environnement juridique donné se manifeste à nouveau dans un autre environnement juridique en raison de son origine. Si les effets produits sont totalement étrangers l'un à l'autre ou sont purement fortuits, il n'est plus utile de parler de circulation ».

³⁴⁰ « Le conflit normatif est endémique ». Voy. Commission du droit international, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, paragraphe 486 ; Sandrine Maljean-Dubois, « La 'fabrication' du droit international au défi de la protection de l'environnement. Rapport général sur le thème de la première demi-journée », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2010, pp. 34 et s. « Aujourd'hui, le défi des changements climatiques révèle à lui seul tout l'enjeu de la fragmentation ou tout au moins de la complexification de l'ordre juridique international ». Voy. aussi Harro Van Asselt, Francesco Sindico, Michael A. Mehling, « Global climate change and the fragmentation of international law », in *Law and Policy*, vol. 30, no. 4, 2008, pp. 423-449.

³⁴¹ Bernard Luisin, « Le mythe de l'État de droit », in *Civitas Europa* 2016/2, no. 37, 2016, pp. 155-182. La pyramide keynésienne est dans sa « version actuelle, dynamisée par la prolifération des normes ». « Toute nouvelle règle, au demeurant, est intrinsèquement facteur de désordre ». Mais, « la production de règles obligatoires (s'opère) toujours de manière relativement anarchique, surtout lorsque l'évolution de la société tend à multiplier les sources du droit (décentralisation, intercommunalité, autorités administratives indépendantes, réglementations communautaires, contentieux, ...) ».

³⁴² Ioana Pelin Raducu et Nicolas Levrat, « Le métissage des ordres juridiques européens : une théorie impure de l'ordre juridique », in *Cahiers de droit européen*, vol. 43, 2007, p. 111 ; Neil Walker, « The idea of constitutional Pluralism », in *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, p. 317.

³⁴³ Le pluralisme juridique a été conçu par Santi Romano comme un instrument de définition des ordres juridiques permettant de décrire l'existence de divers modes d'interaction entre différents systèmes ou ordres juridiques (étatique ou au-delà de l'État). Santi Romano, *L'ordre juridique*, trad. Pierre Gothot et Lucien François, Paris, Dalloz, 2002. Voy. également Jean- Louis Bergel (dir.), *Le plurijuridisme – Actes du 8e congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique*, Aix-Marseille, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2005 ; Jean-Sylvestre Bergé, *Op. cit.*, pp. 9 s. (pour la notion de *pluralisme juridique mondial*) ; Ghislain Otis (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Éditions Karthala, 2012 ; Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 204, qui énonce trois types de pluralisme : le pluralisme normatif, le pluralisme institutionnel (dont le théoricien le plus connu est Santi Romano), et le pluralisme sociologique.

³⁴⁴ Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, 2e édition, London, Butterworths, 2002, p. 347.

³⁴⁵ À noter que pour certains auteurs les deux termes auraient des significations différentes. Plus précisément, « [l]a globalisation se lie à la logique du marché et se caractérise par : « la conjugaison de trois éléments : la libéralisation des échanges, par la suppression des barrières mises par l'État à la circulation des produits et des services ; des firmes mondialisées, gérant sur une planétaire la conception, la production et la distribution de leurs produits et services ; enfin, des mécanismes de régulation permettant de maîtriser les flux économiques à l'échelle mondiale ». La mondialisation, en revanche, ne se traduit pas seulement par la globalisation économique, mais elle va au-delà de cette notion en couvrant cinq grandes mutations, à savoir : i) la mondialisation des marchés, ii) la mondialisation de la communication, iii) la mondialisation culturelle, vi) la mondialisation idéologique, et v) la mondialisation politique. La mondialisation se base plutôt sur une logique « d'internationalisation des échanges sociaux et culturels, d'une supranationalisation d'instances de contrôle, de régulation, par exemple en matière de justice, de concentration et de regroupement d'entités politiques, etc. ». Voy. Jacques Chevallier, *Op. cit.*, pp. 4 (en particulier, Préface de Jacques Commaille), et 33 et s. Sur la notion du droit global ou mondial voy. aussi Sabino Cassese, *Au-delà de l'État*, Bruxelles,

« d'une intersection de différents ordres »³⁴⁶ ou espaces juridiques, d'une croissante « désétatisation du droit »³⁴⁷ et de l'« apparition de régulateurs non étatiques »³⁴⁸, sur lesquels on va revenir *infra*³⁴⁹.

À la lumière des mutations des caractères traditionnels du droit auxquelles on assiste aujourd'hui, les questions environnementales et les inégalités sociales – en raison de leur manière d'être floues et potentiellement transnationales – semblent nécessiter « d'un nouvel esprit juridique, d'une épistémologie qu'on pourrait dire non kelsenienne »³⁵⁰.

« [T]rès bavard en termes normatifs »³⁵¹, le droit d'aujourd'hui a « enrichi sa palette normative »³⁵² en laissant de la place à ce qui est « incitatif »³⁵³ et « programmatoire »³⁵⁴ outre que prescriptif, à ce qui s'appuie sur des « techniques du persuasif »³⁵⁵, à ce qui fait partie des « manifestations »³⁵⁶ de droit « implicitement ou explicitement dotées d'un

Bruylant, 2011 ; Jean-Louis Halpérin, *Op. cit.*, pp. 88-139 ; Sabino Cassese, « Le droit administratif global. Une introduction », in *Droit administratif*, Étude, mai 2007, p. 17, qui souligne l'importance de l'universalisation des droits dans la globalisation. Voy. aussi Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, pp. 27 ss. Selon l'auteur, « la globalisation ne doit pas être assimilée à ses aspects mondiaux, universels : elle se déploie à de multiples autres niveaux, parmi lesquels celui des intégrations régionales, et notamment de la construction communautaire [...]. Restreindre la globalisation à celles de ses manifestations qui sont d'échelle mondiale, qu'elles soient économiques ou autres, [...] n'est en percevoir que la superficie. Le phénomène est en réalité présent à tous les niveaux qui structurent la société internationale : il est par essence 'multi-niveaux', ou, pour employer une expression anglophone devenue courante [...] 'multilevel' ». Ce qui caractérise la globalisation est « l'ordre de l'ouverture, de la déspatialisation, de la transnationalité » et « ne se réduit pas à ses traductions mondiales les plus apparentes (l'OMC, le G20...). [...] La globalisation met en cause, traverse les frontières des systèmes nationaux, et n'emprunte que partiellement le canal des institutions internationales en sens classique. [...] Comme l'explique notamment Sassa Sasken, il y a une présence du global dans le national, les Etats apparaissant comme des sièges essentiels des processus de globalisation ; et également présence du global dans le local ». En outre, la globalisation ne se situe pas « au-dessus des systèmes nationaux, des sociétés locales. La globalisation traverse aussi les systèmes, les sociétés, 'horizontalement', en créant les ouvertures [...]. Elle densifie les tissus de transnationalité, qu'il s'agisse des activités économiques transnationales, des réseaux intergouvernementaux, des activités militantes transnationales, etc. [...] En même temps, [...] elle a ses dimensions verticales car elle traverse les systèmes, les sociétés, 'verticalement', faisant produire ses effets à tous les étages : local comme mondial, régional comme national ».

³⁴⁶ Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, 2e édition, London, Butterworths, 2002, p. 347.

³⁴⁷ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 35. « Qui dit droit moins sensible aux variations juridiques nationales dit naturellement droit moins dépendant des volontés étatiques particulières ».

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 36.

³⁴⁹ Voy. Partie deuxième de la présente thèse.

³⁵⁰ Mireille Delmas-Marty, « Propos conclusifs sur les catastrophes écologiques et le droit : contradiction ou innovation », in Jean-Marc Lavieille (dir.), Julien Bétaille (dir.), Michel Prieur (dir.), *Op. cit.*, p. 575.

³⁵¹ Benoît Frydman, « Comment penser le droit global ? », in Jean-Yves Chérot (dir.) et Benoît Frydman (dir.), *Op. cit.*, 2012, p. 26.

³⁵² En droit international, voy. par exemple Sandrine Maljean-Dubois, « La 'fabrication' du droit international au défi de la protection de l'environnement. Rapport général sur le thème de la première demi-journée », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2010, pp. 29 et s., précisant que le droit souple est d'une « abondance remarquable, et d'une grande variété aussi ».

³⁵³ Hervé Ascensio (dir.), *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, Paris, Éditions A. Pedone, 2013, p. 17 ; Jean Carbonnier, *Op. cit.*, 3e édition, 2016, p. 319. Voy. aussi Benjamin Lavergne, *Op. cit.*, lequel explique dans l'Introduction que « [L]a construction de l'objet *soft law* par la doctrine est ainsi nécessairement passée par une étape d'observation : certains phénomènes ne correspondent pas à la norme juridique telle qu'elle a traditionnellement pu être identifiée ».

³⁵⁴ Hervé Ascensio, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in Hervé Ascensio (dir.), *Op. cit.*, 2013, p. 17 ; René-Jean Dupuy, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la *soft law* », in S.F.D.I., *L'élaboration du droit international public. Colloque de Toulouse*, Paris, Éditions A. Pedone, 1975, p. 140.

³⁵⁵ Jean Carbonnier, *Op. cit.*, 3e édition, 2016, p. 319.

³⁵⁶ Cédric Groulier, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 199-200.

caractère *sui generis* »³⁵⁷ non contraignant et non obligatoire. Il s'agit notamment du droit connu sous le nom de « droit souple » (en anglais, « soft law »), qui ne correspond pas à la « représentation hiérarchique et statique du champ juridique »³⁵⁸ ni à la logique moniste du droit-commandement unilatéral, étatique et imposé³⁵⁹ propre au positivisme.

Capable de circuler et voyager au-delà des frontières nationales avec moins de difficulté par rapport au droit dur, le droit souple semble pouvoir se faire porteur des multiples exigences socio-environnementales, mais sa « juridicité »³⁶⁰ laisse encore dans l'incertitude.

Paragraphe 2 : L'appréhension du développement durable sur la base de la dialectique entre droit dur et droit souple

Tout d'abord, il convient de rappeler que le développement durable n'est pas qualifié de la même manière par tous les espaces juridiques ; en outre, sa définition juridique dépend des domaines spécifiques au sein desquels il est intégré. Il est donc difficile d'identifier une seule approche établissant la « juridicité »³⁶¹ du développement durable de manière commune à tout le monde. Toutefois, il semble quand même utile de réinterpréter certaines catégories juridiques à l'aide de la dialectique entre droit dur et droit souple, car c'est le droit souple qui est considéré comme le vecteur principal des affirmations socio-environnementales même si souvent rejeté hors du droit.

L'opposition entre droit dur (*hard law*) et droit souple (*soft law*) n'est pas nouvelle dans les débats doctrinaux, mais l'existence du deuxième pose encore aujourd'hui un bon nombre de questions. En particulier, il n'y a pas d'unanimité au sein de la littérature

³⁵⁷ Philippe Jestaz, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 3 et s. L'auteur propose une distinction entre « sources venues d'un sommet », « sources venues de la base », « la doctrine comme sources inclassable »

³⁵⁸ Mireille Delmas-Marty « Post-scriptum sur les forces imaginantes du droit », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, pp. 849-851. Le passage des systèmes simples vers des systèmes complexes implique, entre autres, que nous ne pouvons plus penser aux « systèmes de droit comme des constructions stables et unifiées », en vertu de ce que « notre représentation du droit » nous a traditionnellement appris par le biais, en premier lieu, du « vocabulaire (fondations, fondements) », ainsi que de « métaphores (pyramide, socle, piliers) ».

³⁵⁹ Jean Carbonnier, *Op. cit.*, 3e édition, 2016, pp. 356 ss. Le droit ne peut plus être considéré « un tout homogène, un bloc sans fissure » qui existe « sur un territoire donné, à un instant de la durée » sans apparemment laisser de la « place que pour une souveraineté ».

³⁶⁰ Jacques Chevallier, *Op. cit.*, 2007, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/>.

³⁶¹ *Ibid.*

juridique sur le fait que le droit souple soit un véritable droit. Malgré son omniprésence³⁶² et son influence dans de nombreux domaines juridiques³⁶³, pour une partie de la doctrine il devrait être « rejeté hors du champ juridique »³⁶⁴ parce que « non normatif »³⁶⁵, et

³⁶² Conseil d'État français, *Le droit souple*, Étude Annuelle 2013, La documentation française 2013, p. 7. Le Conseil d'État débute son Étude de 2013, dédiée au droit souple, par la constatation qu'il est temps de prendre acte de l'omniprésence du droit souple comme phénomène très présent dans le droit, compte tenu aussi du fait que « les personnes publiques sont de grandes émettrices et utilisatrices de ce type de droit ». Voy. ainsi Catherine Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », in *La revue trimestrielle de droit civil*, 2003, pp. 606 et s. L'auteur souligne aussi que, si d'un côté « refuser que le droit souple puisse appartenir au droit conduit à nier un phénomène qui, pour n'être pas nouveau, s'avère actuellement d'une telle ampleur que son ignorance risque de devenir de plus en plus problématique », d'un autre côté, « envisager la possibilité que le droit souple puisse être du droit peut bousculer des certitudes bien établies car elle achemine vers des remises en cause prêtes à se décliner en cascade, tant les enjeux s'en révèlent à la fois multiples et fondamentaux ». L'auteur donc se demande si on peut aujourd'hui encore « continuer à affirmer que celui-ci [le droit] s'identifie au seul droit dur, obligatoire et contraignant, ou est-il souhaitable de rejoindre ceux qui ont d'ores et déjà élargi son acception au point d'y pouvoir inclure le droit souple ? Une chose paraît certaine, le rejeter hors du juridique n'aidera ni à le connaître, ni à le considérer autrement ». Pour Cécile Pérès (in « La réception du droit souple par les destinataires », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 95), la souplesse du droit « n'est nullement l'apanage du droit contemporain. [...] Il suffit de songer aux lois supplétives de volonté, dont les premiers commentateurs du Code Civil considéraient déjà qu'elles formaient le principe au nom de la liberté individuelle, pour se convaincre de cette idée simple que la souplesse n'est pas, en elle-même, le signe d'une nouvelle ère juridique mais s'inscrit dans l'exact prolongement de la figure symbolique de la Loi moderne ». Voy aussi Maria Anna Corvaglia et Laura Maschner, *The complementarity of soft and hard law in public procurement: between harmonization and resilience*, Working Paper no. 2013/10, 2013, p. 7, disponible en ligne : <https://ideas.repec.org/p/wti/papers/550.html> ; Daniel Thürer, « Soft Law », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 269-273. « Soft law instruments can to date be found in virtually all fields of international law and are of key relevance in international economic law ».

³⁶³ Pour le droit international public, voy. par exemple Daniel Thürer, *Op. cit.*, pp. 269-273. L'auteur mentionne l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice qui se réfère aux sources formelles de droit traditionnellement acceptées pour leur force contraignante (« conventions, customary international law as well as general principles of law [which] constitute sources of international law *stricto sensu* »). Mais le droit international public va également au-delà de ces sources en utilisant d'autres instruments plus souples, tels que les « resolutions, recommendations, declarations, memoranda of understanding, or codes of conduct all potentially shape the actions in the international field, including those of states ». Pour le domaine des marchés publics, voy. entre autres voy. Maria Anna Corvaglia et Laura Maschner, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://ideas.repec.org/p/wti/papers/550.html>.

³⁶⁴ Cédric Groulier, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 201. Selon l'auteur, ce sont précisément ces confusions que peuvent « dissiper l'approche de la norme juridique comme modèle. Cette fonction permet de prendre conscience de deux dimensions inhérentes à la norme juridique, non dissociées dans l'approche impérativiste : une fonction instrumentale – celle de référence pour l'action et l'évaluation des actions et situations –, indépendante de son contenu, de ce qu'elle exprime – une injonction, une prohibition, une permission, une habilitation, etc. En d'autres termes, la norme est à la fois référence et sens ; elle allie fonction instrumentale et texture idéale. La force normative doit s'apprécier pour ce qu'elle est : la force du modèle, c'est-à-dire la force du sens exprimé par la norme et la force de la référence que constitue cette norme. Elle pourrait alors se décliner en deux types de force : la force contraignante, liée au sens [le contenu, ce qui doit-être] exprimé par la norme, et la force obligatoire, renvoyant à la fonction de référence de la norme [à l'ordonnement] ».

³⁶⁵ Benjamin Lavergne, *Op. cit.*, Introduction. Pour l'auteur, l'absurdité serait « en substance la considération qu'une partie de la doctrine réserve à l'idée même d'une soft law, d'un droit qui n'en serait pas vraiment un ». Voy. aussi Commission des affaires juridiques du Parlement européen, *Rapport sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law)*, (2007/2028(INI)), du 28 juin 2007, p. 3/20, disponible en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0259+0+DOC+XML+V0//FR>.

l'éventuel non-rejet constituerait une véritable « absurdité »³⁶⁶ ; pour d'autres encore, il ne s'agirait que d'un ensemble de « petites sources »³⁶⁷.

Une telle question ne semble pas être d'intérêt exclusif du philosophe et du théoricien du droit, même si c'est justement vers ceux-ci que « les collègues spécialistes du droit positif et parfois les praticiens eux-mêmes, mais aussi [...] la société [...] se tournent, comme toujours dans les périodes de crise de paradigme »³⁶⁸.

En fait, comme la doctrine l'a remarqué, le droit souple semble mieux s'adapter à ce « phénomène en évolution » qui est le développement durable, « dont les équilibres ne se laissent pas facilement déceler et qui [...] tend à déstabiliser les canons, les principes, les hiérarchies dans lesquels nos droits semblent installés »³⁶⁹. C'est dans ce cadre que les juristes sont de plus en plus amenés à « repenser les classifications et les catégories dans lesquelles les nouveaux objets [...] émergent chaque jour » et, plus en général, à repenser le droit lui-même³⁷⁰. De ce fait, pour pouvoir répondre à la question de savoir si la notion de développement durable constitue un simple concept hors du droit ou bien une véritable notion juridique, il semble donc nécessaire de prendre en compte la notion même du droit.

« [E]n simplifiant à l'extrême », on peut donc affirmer que « deux grandes définitions » du droit existent et s'opposent en doctrine³⁷¹ : la vision traditionnelle et dominante, qui exclut le droit souple du champ juridique (A), l'approche fonctionnelle qui, en revanche, inclut le droit souple dans le champ juridique (B).

³⁶⁶ Benjamin Lavergne, *Op. cit.*, Introduction. Voy. aussi Commission des affaires juridiques du Parlement européen, *Rapport sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law)*, (2007/2028(INI)), du 28 juin 2007, p. 3/20, disponible en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0259+0+DOC+XML+V0//FR>. Selon cette conception, le droit dur en tant que « droit d'en haut, imposé, rendu obligatoire et sanctionné par les autorités étatiques », est le seul « vrai et bon droit alors que le droit souple est renvoyé aux abysses de la morale et de l'éthique » comme décrit par Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 4.

³⁶⁷ Dans le domaine du droit privé, voy. Stéphane Gerry-Vernières, *Les "Petites Sources" du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012.

³⁶⁸ Benoît Frydman, « Comment penser le droit global ? », in Jean-Yves Chérot (dir.) et Benoît Frydman (dir.), *Op. cit.*, 2012, p. 18.

³⁶⁹ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 14. Dans la phrase citée, l'auteur se réfère à la globalisation. Voy. ainsi Organe d'appel de l'Organisation Mondiale du Commerce, *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AV/R, 1998, paragraphes 127-131, « we note that the generic term 'natural resources' in Article XX(g) is not "static" in its content or reference but is rather 'by definition, evolutionary' ».

³⁷⁰ Benoît Frydman, « Comment penser le droit global ? », in Jean-Yves Chérot (dir.) et Benoît Frydman (dir.), *Op. cit.*, 2012, p. 18.

³⁷¹ Sylvie Caudal, « Rapport introductif », in Sylvie Caudal (dir.), *Les principes en droit*, Actes du colloque organisé à l'Université Jean Moulin-Lyon 3, les 13-14 décembre 2007, Paris, Economica, 2008, p. 4 ; Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*.

A : La vision traditionnelle et dominante : le droit souple échappe au champ juridique

Selon la vision « traditionnelle et dominante »³⁷², c'est du droit seulement ce qui est contraignant et obligatoire³⁷³, c'est-à-dire ce qui repose sur le binôme traditionnel d'assujettissement-sanction³⁷⁴. Sur une telle base, les normes juridiques sont assimilées « à des règles de conduite dont le contenu doit être prescriptif, prohibitif ou permissif »³⁷⁵ conformément au « code binaire du licite/illicite »³⁷⁶.

Suivant cette logique, pour pouvoir être considéré du droit, le développement durable devrait être formulé dans des termes contraignant et obligatoire. En l'absence de tels caractères, le développement durable ne constituerait qu'une expression hors du droit.

Inextricablement associé aux concepts d'obligation, de contrainte et de la conséquent sanction au cas de transgression³⁷⁷, le droit se présente comme un « ordre

³⁷² Sylvie Caudal, « Rapport introductif », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008, p. 4 ; Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*.

³⁷³ La force du droit réside donc dans sa capacité « à susciter un certain sentiment d'obligation ». Sur ce point, voy. Pierre Noreau, « De la force symbolique du droit », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 137.

³⁷⁴ Hervé Ascensio, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in Hervé Ascensio (dir.) *Op. cit.*, 2013, p. 17. C'est le cas, par exemple, de l'examen par les pairs utilisé au sein, entre autres, de l'OCDE.

³⁷⁵ Sylvie Caudal, « Rapport introductif », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008, p. 4 ; Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*.

³⁷⁶ Hervé Ascensio, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in Hervé Ascensio (dir.) *Op. cit.*, 2013, pp. 10-11. Voy. aussi Catherine Thibierge, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », in *La revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 603. L'auteur reconstruit la définition classique du droit pour expliquer les raisons du rejet du droit souple du champ du droit. Plus précisément, elle utilise la figure de *la boucle de la négation*, à savoir : « 1. Le droit est un ensemble de règles, 2. Et par définition, une règle de droit présente divers caractères, tels que d'être générale, obligatoire et sanctionnée. 3. Plus précisément la sanction juridique s'entend de la contrainte dont est assortie toute règle de droit ; contrainte potentielle de l'autorité publique. 4. C'est justement dans ce dernier caractère, le caractère contraignant ou coercitif, qui réside le critère de la règle de droit : seules sont juridiques les règles dont le respect peut, au besoin, être assuré par le recours à la contrainte. 5. Et puisque le droit est constitué de règles, ce critère de la règle de droit qu'est la contrainte, est nécessairement le critère du droit. 6. Par conséquent, le droit est nécessairement contraignant, sanctionné. 7. Or, justement, le droit mou est sans sanction. 8. Par conséquent, le droit mou ne peut être du droit. Il n'a de droit que le nom. Faute de revêtir ce caractère-critère de la contrainte, il ne peut prétendre être du droit ».

³⁷⁷ Cette conception remonte à la « théorie pure du droit » du philosophe autrichien Hans Kelsen, qui identifie la contrainte comme critère de la règle du droit et du droit même. Pour Kelsen, la relation entre l'acte et la sanction est la caractéristique cruciale de la science normative : il s'agit du principe d'imputation qui établit le « rapport entre la condition de la norme et la conséquence de la norme », en relation avec trois fonctions normatives, à savoir : prescrire, interdire ou autoriser. Voy. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction CH. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962 ; Voy. aussi Paul Dubouchet, « La théorie pure du droit de Kelsen et la logique », in *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, no. 3, 1991, p. 726. L'auteur remarque que la théorie kelsenienne du droit est « une doctrine juridique de l'autonomie au sens kantien du terme », puisque Kant avait « voulu purifier la doctrine morale de toutes les composantes qui lui étaient étrangères, et notamment de la religion » selon un volonté de « purifier [ndr la théorie juridique] de toutes les composantes » qui sont « étrangères au droit, et notamment de la morale et de la politique ». La sanction devient donc un élément clé de la règle de droit. Toutefois, il convient de remarquer que toute la doctrine ne partage pas cette même orientation. En particulier, pour une partie de la doctrine, la sanction est à entendre comme « les conséquences précises attachées à la règle » qui ne sont pas inhérentes à la règle mais extérieures à elle, ou voire « la règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, mais sanctionnées parce qu'elle est juridique ». Voy. Catherine Thibierge, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », in *La revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 605 ; Philippe Jestaz, « La sanction, cette inconnue du droit », in *Dalloz-Sirey, Chronique XXXII*, 1986, pp. 197-204 ; François Terré, « Pitié pour les juristes », in *La revue trimestrielle de droit civil*, 2002, p. 248. Voy. aussi Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969. Pour l'auteur, « [i]l faut se garder de confondre les deux termes de contrainte et de sanction.

appuyé de menaces »³⁷⁸ qui impose et qui s'impose³⁷⁹ sous un État-gendarme³⁸⁰ dont le signe distinctif semble être l'approche imperativiste-prescriptive de pouvoir³⁸¹.

D'une part, toute règle de conduite obligatoire est accompagnée de sanction, sans que celle-ci ait, pour autant, le caractère de la contrainte inhérente au droit. La règle morale a ses sanctions : sanction de l'au-delà et, dès ici-bas, reproche de la conscience [...], [qui] n'ont rien de commun avec la contrainte juridique » (p. 51-52). L'auteur met en exergue que « ramener le droit positif à un système de légalisme d'État tournant sur ces deux pivots : la loi, qui formule la règle, l'État, qui l'édicte et la sanctionne, Or si une pareille vision du droit peut satisfaire un juriste formé à l'école du Code Napoléon (et encore !), elle ne saurait plaire, semble-t-il, à des juristes ou à des théoriciens du droit héritiers de traditions différentes, tels les juristes de *Common Law*. [...] Mais on aurait tort de croire que, dans l'analyse, le droit aurait été purement et simplement confondu avec la loi, comme si n'existait et ne pouvait exister de droit – de droit d'espèce juridique – que de source législative » (p. 60). « Quand le droit est parvenu à un certain degré de perfection [...], les règles ne se présentent pas comme autant de pièces détachées sans lien les unes avec les autres. Au contraire, elles forment (ou tendent à former) des ensembles organiques que l'on nomme des institutions ». À cet égard, l'auteur mentionne la conception du droit comme « institution-chose » élaborée par Maurice Hauriou, *La cité moderne et les transformations du droit*, Cahiers de la Nouvelle Journée, t. IV « La théorie de l'institution et de la fondation », 1925, pp. 2 et s. Pour certains, la sanction « et plus particulièrement encore l'usage autorisé de la violence physique » fonde le caractère prescriptif de la norme, tout en représentant la mesure de l'efficacité du droit que certains définissent comme « la conséquence unilatérale d'un ordre assorti de sanction ». Voy. sur ce point Pierre Noreau, « De la force symbolique du droit », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 137 ; Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction CH. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p.68. « La définition du droit supposée avec la norme fondamentale a pour conséquence qu'une conduite ne peut pas être considérée comme juridiquement ordonnée, ou, ce qui revient au même, comme contenu d'une obligation juridique, que si la conduite contraire est prévue comme condition d'un acte de contrainte dirigé contre le sujet qui l'a adopté ». Pour une conception de critique à l'égard de la réduction de l'ordre juridique étatique à « l'ensemble des règles et des prescriptions que l'État produit en vertu de son pouvoir législatif », voy. Santi Romano, *L'ordre juridique*, trad. Pierre Gothot et Lucien François, Paris, Dalloz, 2002. Comme il est bien connu, Santi Romano pose un regard critique par rapport à certaines conceptions traditionnelles, telles que celles de droit (conçu communément comme « norme assortie d'une sanction ») et de l'ordre juridique (conçu communément comme un ensemble de normes). Par exemple, pour lui, « l'État et l'ordre juridique étatique ne sont pas deux phénomènes différents, non plus que deux manifestations différentes d'un même phénomène ; mais ils sont une même chose. Ce qui emporte que la puissance de l'État – un de ses attributs essentiels – n'est jamais antérieure ni extérieure au droit mais naît avec lui et son ordre juridique, lequel la régit et la régleme toujours. Que cette puissance, d'ailleurs, soit celle de poser un nouveau droit ne veut pas dire qu'elle précède le droit : même cette manifestation où elle s'affirme est dans le cercle que lui assigne l'existence du droit, qui commence par être celle même de cette puissance » (p. 59-60). Il convient aussi de remarquer que, en définitive, comme mis en exergue par Ph. Francescakis dans l'Introduction à l'édition française, « *droit, institution et ordre juridique* ne sont pour lui [Santi Romano] que trois étiquettes rigoureusement synonymes apposées sur un seul et même concept toujours identique à lui-même » (pp. vii-viii).

³⁷⁸ Herbert Lionel Adolphus Hart, *Le concept de droit*, trad. Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1994. Voy. aussi Hervé Ascensio, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in Hervé Ascensio (dir.) *Op. cit.*, 2013, p. 10, qui rappelle que « [s]elon une définition classique, la norme est un commandement, ou, si l'on intègre le tournant linguistique de la théorie du droit, un énoncé ayant la signification d'une prescription ».

³⁷⁹ Cédric Groulier, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 199.

³⁸⁰ Le droit semble se réduire à un ensemble de règles positives édictées par le pouvoir politique constitutionnellement habilité à cet effet. Voy. entre autres Paul Amssek, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 8. Voy. aussi Cédric Groulier, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 200-201. L'approche « impérativiste » se focalise donc sur cette spécificité qu'aurait le droit « à imposer unilatéralement et à s'appuyer sur un appareil coercitif lié au pouvoir ». Dans cette perspective, la force normative ne semble résider que dans l'impérativité de la norme, entendue comme cette double capacité à imposer et à s'imposer : une impérativité certaine dès lors que la norme articule un commandement, lui conférant une force normative totale ; [...] une impérativité nulle s'agissant du soft law, impliquant l'absence de force normative ».

³⁸¹ Isaal Dore, « La force normative du pouvoir étatique dans la philosophie de Michel Foucault », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, pp. 58-59, rappelle que le concept foucauldien de pouvoir relationnel qui considère le pouvoir comme une « multiplicité de rapports de la force ». Cela signifie que le pouvoir est avant tout relationnel sans pour autant perdre son caractère normatif ; ce qui signifie qu'il est productif, à la différence de l'approche conventionnelle avec une connotation négative d'exclusion, répression, censure, etc. La définition foucauldienne standard du pouvoir renvoie à l'idée d'action sur l'action des autres. Le pouvoir acquiert une force normative à proportion de sa capacité d'influencer ou diriger la conduite de l'autre. Selon la reconstruction de Isaal Dore, pour Foucault associer au droit la connotation de force contraignante aurait été « trop restrictif ». Dans ce sens, « l'expression force normative pour le juriste rend mieux compte de ce que le droit parvient à être respecté, et à assujettir ses destinataires au-delà de la contrainte physique en vertu de la nature relationnelle de son pouvoir. Le droit (comme mécanisme de pouvoir) a donc une force normative. Cette dernière est fondée sur le pouvoir et le sujet de droit. Il sera évident que pour Foucault, le

assujettissement. Il en résulte que, selon cette conception, le droit et la contrainte sont « par essence liés l'un à l'autre »³⁸² ; de ce fait, tout défaut des caractères contraignant et obligatoire³⁸³ comporte l'exclusion du champ juridique.

C'est dans ce cadre que le droit souple est considéré comme étant une altération « des qualités essentielles du droit dur »³⁸⁴ : non-obligatoire, dépourvu de sanction, non invocable devant un juge (ou autre sujet appelé à régler le différend, tel qu'un arbitre), le droit souple ne peut compter que sur le bon vouloir des destinataires et des autres acteurs pour sa mise en œuvre³⁸⁵.

Par rapport à ce dernier caractère, une partie de la jurisprudence a cependant argué qu'il n'est plus possible de garder toutes les manifestations du droit souple « à l'abri de tout contrôle juridictionnel »³⁸⁶.

Dans cette direction, le Conseil d'État français a admis, pour la première fois en 2016³⁸⁷, la recevabilité d'un recours en annulation contre des actes de droit souple (en

concept de pouvoir, dans toutes ces manifestations, reste non seulement un concept relationnel, mais aussi un concept normatif, montrant de multiples rapports de force ». Voy. aussi Mireille Delmas-Marty, *Op. cit.*, p. 27. « Les acteurs économiques privés concurrencent désormais les Etats en élaborant leurs propres normes, par autorégulation. Si l'Etat demeure sujet 'fondamental' du droit international et principal producteur de normes, il n'est plus le seul acteur et son territoire n'est plus le seul espace normatif ».

³⁸² Pierre Noreau, « De la force symbolique du droit », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 137.

³⁸³ Jean Carbonnier, *Op. cit.*, 3e édition, 2016 ; voy. Paul Amserek, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 3 s. L'auteur mentionne la théorie de Hans Kelsen selon laquelle le droit est un « ordre de contrainte » ou « technique de contrainte sociale ».

³⁸⁴ Benjamin Lavergne, *Op. cit.*, Introduction. « Relatif et universel ». Voy. aussi Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. Universités francophones, 2001, p. 1039, selon lequel la soft law désigne « des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes ».

³⁸⁵ Comme Jean Carbonnier, *Op. cit.*, 2016, p. 327 le souligne, « c'est cette justiciabilité, cet eventus iudicii qui la caractériserait comme norme de droit ». Pour l'auteur, la contrainte n'est pas capable en soi de tout expliquer. Voy. aussi Maria Anna Corvaglia et Laura Maschner, *Op. cit.*, 2013, pp. 7-8, disponible en ligne : <https://ideas.repec.org/p/wti/papers/550.html>. « Hard law is enforceable in an adjudicative setting, though vagueness of provisions can pose considerable obstacles to both enforcement and implementation ». Voy. aussi Benjamin Lavergne, *Op. cit.*, Section première « La soft law, une zone aveugle de la légalité » du chapitre premier, du titre premier de la deuxième partie, lequel souligne que « [l]a technique recommandatoire [...] semble s'arrêter là où l'office du juge commence ». Voy. aussi Lili Jiang, *Op. cit.*, 2009, p. 34. « Compliance is a matter of state choice. Famously, Henkin asserted that 'almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time' ». Lili Jiang souligne également que « the issue of their implementation by states is crucial. If any such instruments are adopted but ultimately not implemented, their mere existence could not produce any practical legal consequence but only lead to a false sense of security ». Donc, « soft law can only be effective if states comply. [...] Several reasons have been presented to explain the general propensity for states to comply with their soft or hard international obligations including self-interests; violation costs and a sense of norm » (p. 46).

³⁸⁶ Conseil d'État français, *Le droit souple*, Étude Annuelle 2013, La documentation française 2013, p. 15.

³⁸⁷ Conseil d'État français, aff. *Fairesta International GmbH*, arrêt du 21 mars 2016, disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-21-mars-2016-societe-fairesta-international-gmbh-et-autres-conseil-d-etat-assemblee-21-mars-2016-societe-nc-numericable>.

particulier, des autorités de régulation³⁸⁸) qui ne comportent aucune décision ni obligation³⁸⁹ mais sont, d'un point de vue pratique, « de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquels ils s'adressent »³⁹⁰.

Pareillement, au sein de l'Union européenne, les actes de droit souple ne sont plus totalement négligés par la jurisprudence, mais ils peuvent donner lieu à des questions préjudicielles en vertu de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ainsi que faire l'objet de questions en interprétation ou en validité à l'occasion de recours préjudiciels, conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)³⁹¹. Reste cependant en vigueur « la fermeture de la voie

³⁸⁸ « L'Autorité des marchés financiers avait publié, sur son site internet, plusieurs communiqués de presse appelant les investisseurs à la vigilance à l'égard de plusieurs produits financiers commercialisés par la société Fairvesta ». Voy. Conseil d'État français, aff. *Fairesta International GmbH*, arrêt du 21 mars 2016, disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-21-mars-2016-societe-fairvesta-international-gmbh-et-autres-conseil-d-etat-assemblee-21-mars-2016-societe-nc-numericable>. Dans une deuxième affaire toujours traitée par le Conseil d'État français le 21 mars 2016, « l'Autorité de la concurrence avait, dans le cadre de l'exécution d'une injonction figurant dans une autorisation de concentration, pris position en reconnaissant à la société Groupe Canal Plus la possibilité d'acquérir des droits de distribution exclusive de chaînes de télévision sur la plateforme de Numericable ». Voy. Conseil d'État français, aff. *Société NC Numericable*, arrêt 21 mars 2016, disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-21-mars-2016-societe-fairvesta-international-gmbh-et-autres-conseil-d-etat-assemblee-21-mars-2016-societe-nc-numericable>.

³⁸⁹ « La possibilité de contester un acte administratif devant le juge est, en principe, soumise à la condition que celui-ci produise des effets juridiques. [...] Ni les communiqués de presse de l'Autorité des marchés financiers, ni la prise de position de l'Autorité de la concurrence, ne créaient, par eux-mêmes, de droit ou d'obligation juridique. Le Conseil d'État aurait donc dû rejeter les requêtes comme dirigées contre des actes « ne faisant pas grief Face à l'importance croissante de la régulation par de tels instruments de droit souple, le Conseil d'État a cependant pris en compte les conséquences que les actes attaqués étaient susceptibles d'avoir, dans les faits, sur la situation des acteurs concernés. Il a décidé d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir contre les actes des autorités de régulation qui sont de nature à produire des effets notables, ou qui ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles il s'adresse. [...] Dans ces deux affaires, le Conseil d'État a jugé que les actes qui lui étaient soumis étaient de nature à produire des effets notables, compte tenu, pour le premier, des modalités de sa diffusion et des conséquences qu'elle avait eues pour les produits visés, et, pour le second, de la modification de la situation concurrentielle qu'il permettait. Il admet donc que ces actes puissent être contestés par un recours pour excès de pouvoir ». Sur cela voy. les deux décisions du Conseil d'État français, aff. *Fairesta International GmbH*, arrêt du 21 mars 2016, disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-21-mars-2016-societe-fairvesta-international-gmbh-et-autres-conseil-d-etat-assemblee-21-mars-2016-societe-nc-numericable>.

³⁹⁰ Conseil d'État français, 4 décembre 2019, décision no. 415550, *Fédération bancaire française*, disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2019-12-04/415550>. « Les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance. Ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent. Dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ».

³⁹¹ Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), 20 février 2018, *Belgique c/ Commission*, aff. C-16/16 ; voy. aussi les Conclusions du rapporteur public Mme Emilie Bokdam, dans l'arrêt du Conseil d'État français, 4 décembre 2019, décision n° 415550, *Fédération bancaire française*.

de recours [en annulation] prévue à l'article 263 du TFUE »³⁹², dans un esprit de méfiance générale à l'égard des actes du droit souple.

Toutefois, pour le Parlement européen, la notion de droit souple « ne devrait être utilisée dans aucun document des institutions communautaires » car elle aurait un « effet potentiel de saper l'ordre juridique communautaire »³⁹³.

De ce fait, le droit souple est souvent désigné comme l'expression d'une « *normative sickness* »³⁹⁴, comme étant mou³⁹⁵, doux³⁹⁶, flou, « assourdi »³⁹⁷, imprécis, « vert » (dans le sens qu'il a une maturité insuffisante)³⁹⁸, « à l'état gazeux »³⁹⁹, insouciant⁴⁰⁰, insécurisant⁴⁰¹, une notion « ambiguë et pernicieuse »⁴⁰², « équivoque et

³⁹² Conclusions du rapporteur public Mme Emilie Bokdam, dans l'arrêt du Conseil d'État français, 4 décembre 2019, décision n° 415550, Fédération bancaire française.

³⁹³ Commission des affaires juridiques du Parlement européen, *Rapport sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law)*, (2007/2028(INI)), du 28 juin 2007, pp. 3-6, disponible en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0259+0+DOC+XML+V0//FR>. Le Parlement européen souligne même que « les instruments juridiques non contraignants peuvent [...] susciter, aux yeux du public, une impression de *superbureaucratie* non seulement lointaine, mais aussi hostile aux citoyens, dépourvue de légitimité démocratique et soucieuse de trouver des accommodements avec des représentants d'intérêts puissants dans le cadre de négociations qui ne sont ni transparentes ni compréhensibles du citoyen et éveiller des attentes légitimes de la part des tiers concernés (à savoir les consommateurs) qui n'ont alors aucun moyen d'invoquer ces instruments devant une juridiction à l'encontre d'actes qui produisent des effets juridiques qui leur sont néfastes ».

³⁹⁴ Pierre-Marie Dupuy, « Soft Law and the International Law of the Environment », in *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, no. 2, 1990, p. 422.

³⁹⁵ Conseil d'État français, *Le droit souple*, Étude Annuelle 2013, La documentation française 2013.

³⁹⁶ Gustavo Zagrebelsky, *Le droit en douceur. Il diritto mite*, trad. de Michel Leroy, Paris, Economica – Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

³⁹⁷ François Rigaux, « Cours général de droit international privé », in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 213, 1989-1, pp. 362-375.

³⁹⁸ Entre autres, René-Jean Dupuy, *Op. cit.*, 1975, p. 140.

³⁹⁹ Voy. les vœux au Président de la République et interview du vice-Président du Conseil d'État, « Trop de lois tue la loi », *Le Journal du Dimanche*, 21 janvier 2001, cité par le du Conseil d'État français, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Étude Annuelle 2006, La documentation française 2006, p. 230.

⁴⁰⁰ Voy. Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e édition, Paris, L.G.D.J., 2013. Voy. aussi Hervé Ascensio, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in Hervé Ascensio (dir.) *Op. cit.*, 2013, p. 16.

⁴⁰¹ Catherine Thibierge, *Op. cit.*, 2003, p. 609.

⁴⁰² Commission des affaires juridiques du Parlement européen, *Rapport sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law)*, (2007/2028(INI)), du 28 juin 2007, pp. 3-6, disponible en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0259+0+DOC+XML+V0//FR>.

inefficace »⁴⁰³, « *redundant [et] indesirable* »⁴⁰⁴, une « aberration conceptuelle »⁴⁰⁵, comme un pré-droit⁴⁰⁶, voire comme n'étant pas un droit du tout⁴⁰⁷.

Il en résulte que, selon la logique traditionnelle, si le développement durable n'est pas formulé en des termes contraignants et obligatoires, s'il ne comporte pas un assujettissement de ses destinataires, s'il ne prévoit pas l'application de sanctions en cas de violation, et s'il n'est pas opposable ni justiciable, alors il ne constitue pas du droit, puisque seul le droit dur ayant lesdits caractères peut être considéré comme relevant du champ juridique. Le reste y échappe.

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ Jan Klabbers, « The Redundancy of Soft Law », in *Nordic Journal of International law*, vol. 65, 1996, p. 167-182; Jan Klabbers, « The Undesirability of Soft Law », in *Nordic Journal of International law*, vol. 67, 1998, p. 381-391. Pour l'auteur la soft law serait "inutile", parce qu'elle ne remplirait aucune fonction que le droit dur n'atteigne déjà.

⁴⁰⁵ Commission des affaires juridiques du Parlement européen, *Rapport sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law)*, (2007/2028(INI)), du 28 juin 2007, pp. 3/20, disponible en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0259+0+DOC+XML+V0//FR>.

⁴⁰⁶ Godefridus J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, The Hague - Boston - London, Kluwer Law International, 1985, pp. 187 et s. Selon l'auteur, le droit souple devrait se définir comme un « transitional stage in the development of norms where their content is vague and their scope imprecise ». Voy. aussi Lili Jiang, *Op. cit.*, 2009, pp. 10 et s., laquelle rappelle que « soft law can be regarded as 'intermediate step' towards the formation of hard law ». En outre, « various other terms were proposed by individual jurists, such as *non-binding agreements; de facto agreement; non-legal norms; weak law; para-legal; imperfect law* ». Voy. également Benjamin Lavergne, *Op. cit.*, A - « La soft law comme un « droit vert », acception initialement répandue dans la doctrine », du §3 de la Section Première du Chapitre Second, du Titre Second « Caractérisation de la soft law », de la Première Partie). Selon Benjamin Lavergne « [L]e concept retrouve ici ses origines *internationales* : considérée par une partie de la doctrine comme un *droit vert*, c'est-à-dire en formation, la soft law reste ici cantonnée à un pré-droit susceptible d'être repris plus tard au sein d'un instrument appartenant aux sources du droit international ».

⁴⁰⁷ Catherine Thibierge, *Op. cit.*, 2003, p. 600. L'auteur souligne que la notion même du *soft law* « ne figure pas en tant que telle dans les manuels d'introduction au droit, ou dans les lexiques juridiques ; elle n'a pas fait l'objet de recherche synthétique propre à en dégager l'unicité et surtout à la situer au sein même du droit. Voici donc un phénomène d'ampleur incontestée, dont la notion même demeure mystérieuse quand elle n'est pas dénigrée ». Voy. aussi Prosper Weil écrivait en 1982 que « la soft law n'est pas de law du tout ». Voy. encore Michel Virally, « Sur la prétendue primitivité du droit international », in *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, Genève, Graduate Institute Publications, 1990, p. 92. S'il est vrai que le droit souple n'est pas du droit, alors « il faut admettre qu'il n'y a pas de droit international, ce qui est tout de même gênant... Qu'est-ce donc si ce n'est pas du droit ? ». De ce dernier postulat, il en résulte que : i) « l'application effective, l'effectivité n'appartient pas à la définition de la règle de droit », et ii) dans tous les cas, « l'inexistence de sanctions de type drastique ne doit pas faire conclure à l'absence de règles juridiques ». Même la jurisprudence a été traditionnellement focalisée sur les seules sources de droit dont « la valeur normative est suffisamment affirmée pour qu'ils soient saisis [...] au contentieux ». Voy., par exemple, Conseil d'État français, *Le droit souple*, Étude Annuelle 2013, La documentation française 2013, p. 5. Jean Carbonnier, *Op. cit.*, 2013, pp. 22 et s. Le non-droit, pour l'auteur, est « l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent. Ce n'est pas, bien entendu, l'anti-droit, le droit injuste, qui est un phénomène positif. Ce n'est non plus le sous-droit, tel qu'il peut se produire dans la sous-culture de certains groupements particuliers ». Voy. aussi *Op. cit.*, 3e édition, 2016, p. 333 ; Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit. Méthodes du droit*, Paris, Dalloz, 5e édition, 2012, selon lequel « [l]e droit ne se réduit pas à un ensemble formel de règles ». En outre, il convient de remarquer que « la distinction entre dispositions normatives et non normatives est délicate à effectuer en pratique : tout texte est en réalité caractérisé par un entrelacement de dispositions de portée variable, qu'il est difficile de dissocier ; tracer une ligne de démarcation entre elles risque dès lors de comporter une large part d'appréciation subjective ». Jacques Chevallier, *Op. cit.*, 2007, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/>. Voy. aussi Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 6, qui met en évidence que « [t]racer une frontière étanche entre ce qui relève du normatif et du non-normatif est une quête perdue d'avance ». Pour Catherine Thibierge, *Op. cit.*, 2003, p. 607, « c'est l'idée même d'une frontière nette entre le droit et le non-droit qui se brouille ; il faudrait alors faire son deuil de la croyance en un seuil net de juridicité ».

B : L'approche fonctionnelle : le droit souple relève du champ juridique

Comme une partie de la doctrine l'argumente, ce n'est pas en raison de son caractère de « softness » (souplesse) qu'on peut rejeter la notion de développement durable hors du droit⁴⁰⁸.

Pour tester ce postulat, il semble nécessaire de remettre en cause l'exclusion automatique du droit souple du champ juridique. En particulier, si on considère que le « caractère imprécis ou peu contraignant de certaines dispositions [...] n'a rien à voir avec celle de leur caractère juridique »⁴⁰⁹, il est alors possible d'envisager – en opposition avec la vision traditionnelle – que le droit souple peut faire partie du droit. Cela s'explique en vertu d'une définition de la norme juridique plus large et « plus novatrice, [qui] repose sur une approche fonctionnelle, et propose de faire de la norme juridique la référence, le modèle, l'instrument de mesure qui permet de déterminer comment les choses doivent être : il peut s'agir d'un modèle de conduite, ou de tout autre objet »⁴¹⁰.

Selon l'étymologie du mot *norme* qui vient du latin *norma* et indique une équerre en forme de T qui sert d'« instrument de référence, [...] modèle ou [...] guide pour tracer des lignes, droites ou perpendiculaires »⁴¹¹, la norme juridique pourrait se définir elle-même comme un instrument de référence susceptible de « tracer des lignes de conduite, ou plus largement des lignes pour l'action »⁴¹². Il s'agit bien évidemment d'une définition large qui va au-delà de la logique prescription-sanction⁴¹³ et à la fois identifie la norme

⁴⁰⁸ Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 384.

⁴⁰⁹ Prosper Weil, « Observations de M. Prosper Weil. Annexe : Observations des membres de la Commission sur le rapport provisoire », in *AIDI*, no. 60-1, 1983, pp. 370 et s., cité par : *Ibid.*, note en bas de page no. 31.

⁴¹⁰ Sylvie Caudal, « Rapport introductif », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008, p. 4 ; Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*.

⁴¹¹ Catherine Thibierge, « Introduction », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 42 ; et Catherine Thibierge, *Op. cit.*, 2003, p. 619. C'est dans cet article que l'auteur mentionne la conception de André Lalande (*Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), coll. Quadrige, 2010) selon laquelle le normatif est un genre qui se décline en deux espèces : l'impératif et l'appréciatif ; l'impératif étant philosophiquement associé à l'obligatoire, au devoir-être, et l'appréciatif, au souhaitable. Il ne faut donc pas confondre le normatif et l'obligatoire. Catherine Thibierge, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 149. L'auteur explique, la signification du terme norme en l'associant au terme modèle. En particulier, elle se réfère à Herbert Lionel Adolphus Hart, *Le concept de droit*, trad. Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1994, pp. 115 et s., qui a le mérite de l'avoir introduit dans les termes suivants : « [règles comme] modèles pour la direction de la vie en société ». Voy. ainsi, Paul Amsselek, « Norme et loi », in *Archives de philosophie du droit*, t. 25, 1980, pp. 89-107 ; Antoine Jammaud, « La règle de droit comme modèle », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 25, no. 2, 1990, pp. 125-164.

⁴¹² Catherine Thibierge, « Introduction », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 42.

⁴¹³ « Synthèse. La force normative », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 750.

juridique « par ses fonctions (ce à quoi elle sert, ce qu'elle permet) » et non plus par ses seuls caractères obligatoire et/ou contraignant⁴¹⁴.

Selon cette conception fonctionnelle, le droit ne se limite pas à commander, à régir et à réglementer⁴¹⁵, mais il donne également la direction des conduites et constitue un modèle d'action⁴¹⁶. « [C]e n'est [donc] pas nécessairement en prescrivant, interdisant ou permettant des conduites » qu'on favorise certains comportements et en décourage ou éradique d'autres⁴¹⁷. En revanche, il s'avère souvent (et de plus en plus) que les normes « modèlent les comportements des acteurs, inspirent l'interprétation des juges, guident l'action des fonctionnaires, exercent une pression sur le législateur et orientent les choix normatifs »⁴¹⁸ sans pour autant prévoir une sanction.

Suivant cette logique, il pourrait être possible d'admettre la juridicité du droit souple, alors que la question de sa force normative, contraignante et obligatoire resterait ouverte.

⁴¹⁴ Catherine Thibierge, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 150.

⁴¹⁵ Catherine Thibierge, *Op. cit.*, 2003, p. 620. « Tracer et mesurer, telles sont les deux fonctions des règles : tracer des droites ou des lignes de conduite, d'action, et mesurer, une distance, une longueur, ou une conformité, une compatibilité. Principe d'action, la règle juridique sert à guider, car elle constitue un modèle, une référence ; principe d'évaluation, la règle juridique peut aussi servir à évaluer, car elle fournit un instrument de mesure. Modèle de référence pour ses destinataires, instrument de mesure pour le juge ». Il convient de souligner, comme le fait l'auteur, que « pour les règles de droit dur, au sens d'obligatoire et sanctionné, les deux fonctions se superposent : la règle impose à ses destinataires un modèle d'action qui permettra au juge d'évaluer la conformité du comportement litigieux audit modèle ». En ce sens, l'auteur rappelle que le droit souple, bien qu'il soit référence et modèle, il n'est pas destiné à fournir un instrument de mesure, car « par nature, sa souplesse et son absence de sanction inhérente ne sont pas faites, à l'origine tout au moins, pour permettre au juge d'apprécier une conduite sur sa base ». Contrairement, voy. par exemple Jean-Bernard Auby, « Prescription juridique et production juridique », in *Revue du droit public*, no. 3, 1988, p. 673. L'auteur affirme que « en s'éloignant du registre du commandement, de la prescription, de la norme de comportement impérative, le droit ne s'en tient pas à ce qu'on attend de lui. Il oublie qu'il est... fondamentalement un ordre de contrainte ».

⁴¹⁶ Cédric Groulier, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 200. Par exemple, un « modèle de rapport entre les personnes, [un] modèle de qualification d'un sujet de droit, [un] modèle d'attribution d'une prérogative à un sujet, [un] modèle d'effets d'un acte, [un] modèle d'une situation de fait, etc. ».

⁴¹⁷ « [L]'inexistence de sanctions de type drastique ne doit pas faire conclure à l'absence de règles juridiques » René-Jean Dupuy, *Op. cit.*, 1975, p. 132. Voy. aussi Jean Carbonnier, *Op. cit.*, 2013, pp. 136-148. Selon l'auteur, « l'application effective, l'effectivité n'appartient pas à la définition de la règle de droit ». Autrement dit, « [S]e borner à dire qu'il n'y a de règle de droit qu'effective, que la règle inappliquée est comme si elle n'existait pas, serait une attitude aussi peu scientifique que l'inverse. La vérité est que l'ineffectivité est, autant que l'effectivité, un phénomène sociologique, et qu'elle mérite, à égal titre, notre attention ». Par la suite, l'auteur analyse deux phénomènes d'ineffectivité totale : l'impuissance des lois (restées constamment inappliquée *ab initio*) et la désuétude des lois (cessées d'être appliquées après l'avoir été pendant plus ou moins longtemps), tout en les distinguant de l'ineffectivité statistique (lois exemptes de contentieux et dont on présume l'application totale) et de l'ineffectivité individuelle (par rapport non plus à la société mais à l'individu). Voy. aussi Antoine Jammaud, « Les règles juridiques et l'action », in *Recueil Dalloz* 1993, Chroniques, pp. 207-212. Il est aussi à souligner que, pour une partie de la doctrine, « la prescription peut être déclinée selon un mode impératif qui utilise le code binaire du licite/illicite, renvoyant alors à des obligations, mais aussi selon d'autres modes, tels que le souhait, l'objectif, l'idéal, l'incitation, la pesée d'intérêts selon une pluralité de critères ». Sur ce point, voy. Hervé Ascensio, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in Hervé Ascensio (dir.) *Op. cit.*, 2013, p. 11-16. Selon l'auteur, on pourrait valider « l'idée de flexibilité de la norme, due à la diversité des types de prescription et à la possibilité de la faire émerger d'un processus qui, pris dans son ensemble, est normateur ».

⁴¹⁸ Catherine Thibierge, « Introduction », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 49-50.

Toutefois, il apparaît possible de reconnaître que, contrairement à la conception traditionnelle de matrice positiviste, le droit souple est doté de force normative (aussi dite normativité)⁴¹⁹. Cette dernière peut être décrite comme « la manière d’être de la norme juridique »⁴²⁰ ou « the central quality of law »⁴²¹ ou, encore, comme l’aptitude de la norme juridique à être un modèle et une référence pour les conduites⁴²². De ce fait, elle se distinguerait à la fois de la force contraignante (liée plutôt aux conséquences de la norme, y compris la sanction) et de la force obligatoire de la norme⁴²³ – bien que la

⁴¹⁹ Certains auteurs utilisent aussi l’expression « vigueur juridique » pour préciser la caractéristique des normes sous la globalisation : celles-ci constituent souvent « des standards de comportement, des normes d’orientation, plutôt que des règles impératives de conduite ». Voy. Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 108. C’est ce qui a été appelé « direction non autoritaire des conduites » par Paul Amselek, « L’évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », in *Revue du droit public*, 1982, p. 278 ; Paul Amselek, « Que signifie le terme normativité ? », in Catherine Thibierge (dir.), *La densification normative. Découverte d’un processus*, Paris, Mare et Martin, 2014, pp. 1163-1164.

⁴²⁰ Jacques Chevallier, *Op. cit.*, 2007, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/> ; Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.* ; Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 199 ; Hervé Ascensio, « Les normes produites à l’OCDE et les formes de normativité », in Hervé Ascensio (dir.), *Op. cit.*, 2013, p. 16.

⁴²¹ Detlef von Daniels, « Sources and the normativity of international law. A post-foundational perspective », in Samantha Besson (dir.) et Jean d’Aspremont (dir.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 662.

⁴²² À noter que sur cette définition de force normative il n’y a pas de consensus, comme il le remarque aussi Catherine Thibierge dans l’ouvrage collective qu’elle a dirigée. Voy. en particulier Émeric Nicolas, « Répétabilité et répétition des énoncés normatifs : la force intercitationnelle dans le langage juridique comme force normative », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 70 ; Cédric Groulier, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 199. Voy. aussi Catherine Thibierge, « Au cœur de la norme : la tracé et la mesure. Pour une distinction entre norme et règles de droit », in *Archives de philosophie du droit*, t. 51, 2008, pp. 341 et s. Selon l’auteur, une étude récente met d’ailleurs en exergue la double instrumentalité des normes juridiques, non seulement « outils de tracé pour l’action », mais aussi « outils de mesure » pour l’évaluation – notamment contentieuse – des actions et des situations, le cas échéant. Au contraire, la doctrine majoritaire décrit le droit souple comme réflexe d’un ordre juridique qui aurait perdu toute rigueur ou comme une dégradation du droit par rapport au droit dur. Voy. pour l’analyse de cette approche : Conseil d’État français, *Le droit souple*, Étude Annuelle 2013, La documentation française 2013, p. 5 ; Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 4.

⁴²³ En fait, si on confond les forces obligatoire, contraignant et normative entre elles, on finit par définir le droit en vertu de l’approche classique qui, depuis Kelsen, définit le droit par son caractère obligatoire et contraignant, comme s’il n’y ait de droits que de droits impératifs. Voy. Pascal Deumier, « La force normative optionnelle », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 165 ; Catherine Thibierge, « Introduction », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 42-50 ; voy. dans le même ouvrage, Catherine Thibierge, « Synthèse. La force normative », p. 771 ; « Réponses des juristes à la question : ‘selon vous qu’est-ce qui fait la force des normes en droit’ », p. 857. La force normative est souvent traité comme si c’était une seule et même question avec la force obligatoire, « la seconde dimension (l’application) découlant de la première (la force) ». Pour faire la distinction entre ces forces, l’auteur analyse premièrement le terme « force ». Tel qu’appliqué en droit, cela présente de nombreux visages. À côté de la force normative, s’ajoutent par exemple la force obligatoire, la force contraignante ou coercitive, la force exécutoire, la force décisive, la force de chose jugée, la force probante, etc. Mais il y a plus. En fait, au-delà des déclinaisons classiques de la force des normes telles que mentionnées, on a d’autres types de force tout aussi importants, notamment : « la force interprétative des circulaires ou des directives administratives, la force des directives européennes non encore transposées, la force effective de recommandations d’autorités administratives indépendantes, la force symbolique des lois mémorielles, la force morale des positions de certaines autorités, la force de répétition des modèles-types, des formules ou des guides, la force de l’habitude qui sous-tend les usages et plus largement les normes spontanées, la force dissuasive de la norme pénale, la force persuasive de certaines lignes directrices ». Par la suite, l’auteur s’interroge sur ce qui fait la « force des normes en droit ». Les réponses ne pouvaient qu’être variées comme le sont les forces envisageables. Pour certains, il s’agirait de : « [a] la qualité de son auteur, [b] l’existence d’une disposition, expresse ou implicite, donnant force juridique à un acte (par exemple, l’article d’exécution d’un décret ou la formule de promulgation d’une loi), [c] la précision de l’énoncé, qui ouvre une latitude plus ou moins grande au destinataire de la norme... ou encore, pour évoquer un critère moins formel, [d] le prix qu’une société donnée à une époque déterminée attache à son respect ». Pour d’autres, il s’agirait plutôt de « l’autorité de celui qui les énonce, son autorité politique [puisque la] force est une

différence entre ces deux soit souvent floue⁴²⁴. Sans aller dans les détails de cette distinction, il importe de souligner que ce n'est pas seulement via la contrainte et l'obligation que le droit s'impose, mais aussi « par persuasion et par séduction »⁴²⁵ c'est-à-dire par son aptitude à influencer, orienter, guider, les conduites des individus, ce qui

propriété extérieure à la norme », alors que certains jugent que « [c]'est le fait d'y croire ». Selon l'auteur, « [p]our se prononcer sur sa force, le juriste et la doctrine se tournent tout naturellement en premier lieu vers la source de la norme : sa place dans la hiérarchie des normes, son origine et la nature de sa source, le type d'instrument (loi, recommandation, déclaration, etc.), l'intention de l'émetteur de la norme, le mode de rédaction du texte, autant d'indicateurs de premier ordre », alors que pour certains c'est la mise en vigueur de la norme qui constitue l'élément le plus déterminant de force des normes. Voy. aussi Pierre Noreau, « De la force symbolique du droit », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 141. L'auteur se réfère à la notion de force symbolique de droit et de l'appropriation sociale de la normativité juridique ainsi que le développement moral chez l'individu selon des « équilibres sociales et politiques entre le champ généralement admis du droit positif et les autres sources normatives, ces échanges qui font que la distinction trop facilement établie entre droit et non droit en vient à perdre de son évidence ». Voy. encore André-Jean Arnaud, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p.13. Pour l'auteur la force d'une norme est liée « avec les conditions de son émanation autant que celle de sa réception ». En raison d'un tel arsenal de possibilités, il nous convient d'articuler les forces en deux catégories principales, suivant une voie familière aux juristes français. Il s'agit de distinguer entre : i) les forces sur la norme, et ii) les forces de la norme. Voy., par exemple, Georges Ripert, *Op. cit.*, pp. 33 et s., qui reprend une terminologie de Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit : Première Partie. Théorie générale de l'État*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2005, p. 527. Selon Georges Ripert, il y a des « forces créatrices » du droit qui sont en amont et influencent l'existence et le contenu de la norme juridique. Voy. encore Linda Senden, « *Soft law*, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law : Where do they meet ? », in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9, no. 1, 2005, cité par Parlement Européenne, *Rapport sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law)*, 2007/2008(INI), 26 juin 2007.

⁴²⁴ Même si dans la pratique les deux ne sont pas facilement dissociables, il peut s'avérer que les deux forces existent l'une sans l'autre. Voy. Catherine Thibierge, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », in *La revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 610. Voy. Chrysoula P. Moukiou, *The impact of international hard and soft law on EU and national public procurement law*, présentation lors de la conférence Global Revolution, Nottingham, 2019, dont le programme est en ligne : <https://www.nottingham.ac.uk/conference/fac-socsci/pprg-global-revolution/documents/grix-programme-final-10-6-19.pdf>.

⁴²⁵ L'aptitude à orienter et guider les conduites des acteurs ne se lie donc pas exclusivement à la sanction. Le droit souple est en mesure d'orienter les conduites des individus, mais il a aussi une aptitude (bien majeure du droit dur) à s'adapter et à encourager l'adaptation par le biais d'un véritable processus de reconnaissance (de sa validité) – adhésion et, conséquent façonnement des conduites. Loin de répondre à la logique prescription-sanction, le droit souple « [p]rivé du privilège de la transcendance et des attributs autoritaires traditionnellement octroyés à la règle de droit » délaisse donc « le commandement sans réplique de la règle au profit de la régulation par persuasion d'un modèle », par force d'influence, force d'orientation. Voy. Cécile Pérès, « La réception du droit souple par les destinataires », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 93-94. Voy. aussi Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 10. Voy. aussi Catherine Thibierge, *Op. cit.*, 2003, p. 619. L'auteur affirme qu'il est donc normatif ce qui fournit un modèle, que celui-ci relève de l'obligatoire, « modèle imposé », ou simplement du souhaitable ou du possible, « modèle proposé ». Voy. aussi Antoine Jeammaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in Jean Clam (dir.) et Gilles Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 47 et s.

favorise l'adhésion à son contenu⁴²⁶. Si la « souplesse »⁴²⁷ renvoie à l'idée de quelque chose qui se plie et qui se déforme aisément (c'est-à-dire quelque chose qui est *flexible* et qui s'adapte)⁴²⁸, le droit souple se révèle donc guide, direction par persuasion, instrument pour convaincre et pour « séduire par l'utilisation d'une rhétorique plus accessible, moins technique » que celle d'une règle dure, ou encore moyen pour faire connaître et comprendre le droit dur⁴²⁹.

En ce sens, la dichotomie traditionnelle qui oppose de manière nette le droit dur et le droit souple se heurte désormais à la croissante « érosion des frontières entre forme et substance »⁴³⁰ et, en particulier, entre droit et non-droit⁴³¹, « entre l'obligatoire et le recommandé, entre le juridique et le politique »⁴³².

⁴²⁶ Pascale Deumier, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 116. Pour l'auteur, « [l]a tendance, avant d'être une forme inédite d'élaboration du droit, est un mode de décision publique, dans le sillage de la très en vogue « gouvernance » et de ses mots d'ordres : ouverture, participation, responsabilité, efficacité et cohérence ». Voy. aussi Jean-François Brisson, « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in Bertrand Faure (dir.), *Op. cit.*, pp. 33-34. La force du droit « dépend, dans une large part, de l'adhésion des relais (collectivités territoriales, autorité indépendante) et des destinataires (opérateurs économiques, groupes d'intérêts, citoyens) des politiques publiques ; destinataires et relais qu'il convient alors d'associer à l'élaboration de la règle ou à sa mise en œuvre ». Cela est, selon l'auteur, « au service d'une conception mouvante de la loi dont le contenu est désacralisé dès lors qu'il doit être constamment réévalué en prenant en compte les effets déjà enregistrés de la règle de droit. La règle de droit y trouverait même une nouvelle forme de légitimité politique que n'est plus en mesure de lui conférer le seul principe du gouvernement représentatif. Une légitimité fondée sur l'efficacité des politiques conduites et sur la capacité d'atteindre les objectifs préalablement fixés ». Voy. aussi Jean-Bernard Auby, *op. cit.*, 1988, p. 673 ; Bruno Oppetit, « L'hypothèse du déclin du droit », in *Droits, Revue française de théorie juridique*, no. 4, 1986, pp. 9-20.

⁴²⁷ « [S]ouplesse du contenu pour le droit flou, souplesse de la force pour le droit doux et/ou mou ». Voy. Catherine Thibierge, *Op. cit.*, 2003, pp. 610-628.

⁴²⁸ Sur les difficultés de traduire le terme anglais « soft », voy. Benjamin Lavergne, *Op. cit.*, Introduction. L'auteur mentionne les traductions de certains dictionnaires, par exemple pour le Robert & Collins (Dictionnaires Le Robert & Harper Collins (Dir.), *Dictionnaire anglais-français*, William Collins Sons & Co. Ltd.), le mot « soft » désigne ainsi tout à la fois ce qui est « mou », « doux », « tendre », « moelleux », ou « souple », mais aussi ce qui est « modéré », voire « indulgent ». Voy. aussi le Dictionnaire *Le Robert*, 8ème édition, 2006, p. 2003.

⁴²⁹ Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 12-13. Selon l'auteur, faire connaître et comprendre les règles dures se lie avec la conception de Herbert Lionel Adolphus Hart, *Le concept de droit*, trad. Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1994, p. 77 et s.) qui divise les règles en deux catégories : les règles primaires et les règles secondaires. Les premières « dictent des conduites substantielles alors que les règles secondaires accordent des pouvoirs et fixent les modalités d'identification, de transformation et de mise en œuvre de ces pouvoirs. Le droit souple comprend souvent un certain nombre de règles que l'on pourrait qualifier de *tertiaires* en ce qu'elles sont destinées à assurer la connaissance et la compréhension des règles primaires et secondaires. Elles garantissent un accès au droit en informant les destinataires sur un certain nombre de principes ou de règles auxquelles les autorités publiques attachent une importance majeure ». En outre, si l'on prend en compte la fonction du droit souple de convaincre et séduire, on pourrait dire que le droit souple « sert [...] à garantir une certaine publicité au droit dur ».

⁴³⁰ Charles-Albert Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 169.

⁴³¹ Traduit de l'ouvrage suivante : Peer Zumbansen, « Defining the space of transnational law: legal theory, global governance and legal pluralism », in Günther Handl (dir.), Joachim Zekoll (dir.), et Peer Zumbansen (dir.), *Beyond territoriality: transnational legal authority in an age of globalization*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 53-55. « This transformation is foremost perceived as one of eroding boundaries, boundaries between form and substance, between public and private ('states' and 'markets'), but is, at its core, concerned with the contestation, deconstruction and relativization of the boundaries between law and non-law ».

⁴³² Charles-Albert Morand, *Op. cit.*, 1999, p. 169.

Cela sollicite une nouvelle compréhension du droit en des termes de complémentarité, de *continuum*, de l'« et-et »⁴³³, plutôt que de confrontation entre droit dur et droit souple selon la « logique de l'ou-ou » et de l'« exclusion des contraires »⁴³⁴. C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine considère que le droit devrait être compris selon une échelle de « densité normative »⁴³⁵ allant du droit dur aux « tonalités normatives »⁴³⁶ (aussi dites seuils de normativité⁴³⁷ ou « textures » du droit⁴³⁸) plus ou moins floues, moues, douces⁴³⁹.

⁴³³ Gustavo Zagrebelsky, *Op. cit.*, p. 16. L'auteur évoque une « axiomatique juridique 'liquide' ou 'fluide' ».

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁴³⁵ Sandrine Maljean-Dubois, « La 'fabrication' du droit international au défi de la protection de l'environnement. Rapport général sur le thème de la première demi-journée », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2010, p. 29 s. À l'opposé des visions binaires opposant le droit au non-droit sans entredeux, force est de constater que la *densité normative* du droit [...] est extrêmement variable ».

⁴³⁶ Cécile Pérès, « La réception du droit souple par les destinataires », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 95.

⁴³⁷ Catherine Thibierge, *Op. cit.*, 2003, p. 599.

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France (PUF), coll. Quadrige. Essais-débats, 2004. Voy. en particulier Commission de terminologie et de néologie en matière juridique, Ministère de la Justice français, Rapport quadriennal 2003-2007, pp. 2 et s., disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_rapp_terminologie.pdf. La Commission pour la terminologie et néologisme en matière juridique du Ministère de la Justice français a été confronté aux difficultés de la traduction juridique des mots étrangers, qui se rend de plus en plus nécessaire en considération du développement des échanges interétatiques. Cela a été vrai aussi pour l'expression anglaise *soft law* que la Commission a jugé de traduire par « droit souple ». Cela en contradiction avec la prise de position de la Commission spécialisée du Ministère des affaires étrangères qui agit principalement – comme elle-même le reconnaît – dans le domaine du droit international caractérisé par le recours généralisé au droit qui n'est pas du droit dur. Pour cette deuxième Commission, la traduction la plus appropriée de *soft law* aurait dû être celle de « droit mou », puisqu'il s'agit d'une « notion doctrinale visant des textes ou dispositions juridiques n'ayant pas, par eux-mêmes, d'effets contraignants et susceptibles de contribuer, dans certaines conditions, à la formation de nouvelles règles contraignantes ». Toutefois, comme la Commission de terminologie et de néologie en matière juridique l'affirme, le droit souple se divise en trois sous-catégories distinctes (dont, cependant, les frontières ne semblent pas être si nettes), à savoir le droit flou, le droit mou et le droit doux. L'expression de droit souple est celle qui permet au mieux de prendre en compte les trois sortes de droits souples, « parmi lesquelles le droit mou ne correspond qu'à une espèce dans le genre ». Autrement dit, l'expression droit souple présente une « plus grande neutralité » et a « l'avantage d'être plus englobante que celle de droit mou ». Le droit mou vient donc à constituer une sous-catégorie du droit souple qu'il faut distinguer des deux autres sous-catégories, à savoir : le droit flou (*fuzzy law*) et le droit doux. Si le droit flou tient à la « teneur du droit », les droits doux et mou se lient à la vigueur du droit. En particulier, lorsque le droit est flou, c'est-à-dire sans précision, son existence même « demeure problématique, ce qui, s'il y a et seulement s'il y a excès en ce sens, peut aboutir à l'arbitraire par absence de prévisibilité ». Le droit doux, quant à lui, « se réduit à des expressions souvent déclamatoires ou proclamatoires sans prolongement concrets correspondants, de sorte que la question de sa nature se pose en termes de légitimité ». Enfin, le droit mou « comporte des principes, des règles, des institutions, mais les sanctions dont un système juridique assortit le respect et, surtout la sanction de ces règles, sont incomplètes ou insuffisantes ». En bref, si le droit flou est un droit sans précision, le droit doux est sans obligation (et, donc, dépourvu de force obligatoire) et le droit mou sans sanction (dépourvu de force contraignante). Voy. aussi Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 4 ; Catherine Thibierge, *Op. cit.*, p. 599, 620. Pour l'auteur, les différentes espèces de droit souple « sont susceptibles également de se décliner en sous-espèces variées ; le commandement ou ordre inclut l'indérogeable, l'interdit, l'obligatoire ou le permis ; et la recommandation traduit le souhaité, le souhaitable, l'incitatif, le conseillé... ». Voy. aussi Benjamin Lavergne, *Op. cit.*, Chapitre Premier « La *Soft Law*, Un Concept Indéterminé » dans le titre premier « Délimitation de la *soft law* » de la première partie de la thèse). « Le concept de *soft law*, d'origine anglo-saxonne, a fait l'objet d'une réception dans le droit français qui pourrait être qualifiée de *byzantine*, tant les auteurs se sont évertués à subdiviser un concept déjà peu aisé à cerner. Trois facettes semblent toutefois se dégager de ces tentatives de définition [...]. D'un côté, la *soft law* s'analyserait comme l'instrument dépourvu d'effet obligatoire à l'égard de son auteur ou de son destinataire. Ce 'droit mou' ferait ainsi référence à l'absence de force obligatoire de l'*instrumentum*, en prenant en considération la nature même du moyen utilisé. [...] D'un autre côté la *soft law* serait comprise comme la norme dont l'inobservance ne conduirait à aucune forme de sanction. Cette conception, 'le droit doux', se distinguerait alors des deux autres en ce qu'elle

Il en résulte que, à la place d'une conception binaire du droit qui veut le droit souple opposé au droit dur, on peut adopter une approche dynamique qui envisage le droit comme ni dur ni souple, étant « l'un et l'autre, voire l'un par l'autre »⁴⁴⁰, selon une « intensité variable, et susceptible de modulations en magnitude et dans le temps »⁴⁴¹. Le droit est donc une « question de degré »⁴⁴², « plus ou moins dur et plus ou moins souple »⁴⁴³, qui se construit sur une dialectique entre prescrire et persuader, entre imposer et proposer, entre forcer et diriger, entre contraindre et inviter, ce qui bien s'adapte aux besoins d'un « système en mutation perpétuelle »⁴⁴⁴. C'est ainsi une « dialectique de la stabilité et du changement, de la sécurité juridique et de la nécessaire mobilité du droit »⁴⁴⁵, qui appelle à une certaine « variété normative »⁴⁴⁶ capable de participer du

s'intéresse non à la force obligatoire, mais à la force contraignante de la norme ou de l'instrument utilisé [...]. Enfin, la soft law témoignerait de l'absence de force obligatoire de la proposition normative. Ce 'droit flou' s'attacherait, lui, à étudier les faiblesses du negotium, c'est-à-dire de l'énoncé contenu dans un acte juridique ».

⁴⁴⁰ Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 1. Il convient de remarquer que le concept de « l'un et l'autre », à la place de celui de « l'un ou l'autre » renvoie au concept d'interlégalité. Dans ce sens, voy. Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, 2e édition, London, Butterworths, 2002, p. 347. Pour l'auteur « ce qui est typique de l'interlégalité, ce sont les différents espaces juridiques se superposant, s'interpénétrant et se mélangeant dans nos esprits, comme dans nos actions ». Dans ce cadre, « [a]u lieu de la logique dichotomique de *l'un ou l'autre*, caractéristique du pluralisme radical, l'interlégalité suit plutôt la logique de *l'un et l'autre* ». Ainsi, dans le 'miroir' de l'interlégalité, de multiples ordres juridiques, des systèmes ou des régimes, n'apparaissent pas comme des entités autonomes, sont considérés comme se chevauchant mutuellement et maintenant une relation de dialogue entre eux. Sur ce point voy. aussi Kaarlo Tuori, « Vers une théorie du droit transnational », in *Revue internationale de droit économique*, vol. 1, 2013, pp. 9-36. Voy. aussi Catherine Thibierge, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 147, qui remarque que, n'étant pas les deux conceptions doctrinales des vérités scientifiques que l'on pourrait prouver ou réfuter, « [a]ucun auteur n'a tort ou raison en termes de vérité », car – comme Karl Popper affirmait – « une théorie (ou une conception) est préférable à une autre, lorsqu'elle contient une plus grande quantité d'informations empiriques, jouit d'un pouvoir d'explication et de prédiction supérieur, permet de formuler des assertions plus précises et plus détaillées et assure la mise en relation et l'unification de problèmes jusqu'alors perçus comme dénués de rapport ». Voy. aussi, Lili Jiang, *Op. cit.*, 2009, p. 13. « [M]ost of international regimes are somewhere between the 'high/hard' and 'low/soft' pole on each of these dimensions, which is a matter of degree and graduation, not a rigid dichotomy ».

⁴⁴¹ André-Jean Arnaud, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p.13. Voy. aussi Prosper Weil, « Vers une normativité relative en droit international », in *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 1982, 5 s. Pour l'auteur, il s'agirait ici d'une dialectique entre normativité absolue et « normativité relative ».

⁴⁴² Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 4 ; Catherine Thibierge, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, pp. 145, 599 et s. Le droit souple s'apparente à « un droit de terrain » qui se manifeste entre « [f]aiblesse juridique et force pratique », entre « pragmatisme et éthique ».

⁴⁴³ Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 4 ; Catherine Thibierge, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, pp. 145, 599 et s.

⁴⁴⁴ Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, pp. 1 et s. Contrairement, Alexis Zarcia, « Force normative, force normatrice ? À propos des interprétations impératives contenues dans les recommandations de la HALDE », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 460. La tension entre les deux approches ne signifie pas que la frontière entre soft law et hard law soit devenue excessivement poreuse, puisque l'impératif continue de tracer une ligne (assez) claire de partage.

⁴⁴⁵ Vincente Fortier, « La fonction normative des notions floues », in *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, no. 3, 1991, p. 756.

⁴⁴⁶ Danièle Bourcier, « Sciences juridiques et complexité. Un nouveau modèle d'analyse. Legal Sciences and Complexity. A New Model », in *Technologies, Droit et Justice*, vol. 61, no. 1, 2011, pp. 37-38.

souci de « compréhension et de réglementation/régulation de la complexité de ce qui existe »⁴⁴⁷.

Comme une partie de la doctrine le met en exergue, la complémentarité entre *dura lex et mollis lex*⁴⁴⁸ n'est que le résultat et le reflet d'« un monde [lui-même] complexe »⁴⁴⁹, d'un milieu ambiant qui va en se transformant. Une telle conception « semble [donc] mieux rendre compte de la variété et de la complexité des systèmes juridiques actuels »⁴⁵⁰ de plus en plus marqués « par le reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité »⁴⁵¹ et par une palette normative assez variée⁴⁵².

Dans une telle réalité, c'est souvent cette complémentarité entre droit dur et droit souple qui permet à la fois d'obtenir « une meilleure qualité » du droit même⁴⁵³ et de concilier les contradictions émergentes « dans les interstices du corset parfois un peu trop serré des sources traditionnelles de la règle »⁴⁵⁴. En fait, il faut être « conscient que la réglementation classique n'est pas toujours le moyen le plus efficace pour atteindre les objectifs recherchés, en sachant en particulier que le respect des règles ne peut pas

⁴⁴⁷ Vincente Fortier, *Op. cit.*, p. 756. Sur la notion de régulation, voy. Michel Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, Éditions L'Harmattan, 1995 ; Jean Clam (dir.) et Gilles Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998 ; Jacques Chevallier, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », in *La Revue administrative*, no. 301, 1998, pp. 43-53 ; Bertrand du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2020 ; Marie-Anne Frison-Roche (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004 ; Gérard Timsit, « Normativité et régulation », in Conseil constitutionnel français, *Cahiers no. 21*, janvier 2007, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/>.

⁴⁴⁸ Dans le même sens, voy. Maria Anna Corvaglia et Laura Maschner, *Op. cit.*, p. 2, disponible en ligne : <https://ideas.repec.org/p/wti/papers/550.html>. L'auteur souligne que « public procurement represents a privileged and innovative research field for the study of hard law and soft law instruments and the potential of their regulatory role [...] » en mettant aussi en exergue « the aspect of 'complementarity' between soft and hard law is being further elaborated with respect to the "intrusiveness" of international procurement rules ».

⁴⁴⁹ Danièle Bourcier, « Sciences juridiques et complexité. Un nouveau modèle d'analyse. Legal Sciences and Complexity. A New Model », in *Technologies, Droit et Justice*, vol. 61, no. 1, 2011, pp. 37-38.

⁴⁵⁰ Sylvie Caudal, « Rapport introductif », in Sylvie Caudal (dir.), *Les principes en droit*, Actes du colloque organisé à l'Université Jean Moulin-Lyon 3, les 13-14 décembre 2007, Paris, Economica, 2008, p. 4.

⁴⁵¹ Jacques Chevallier, « Vers un droit postmoderne », in Jean Clam (dir.) et Gilles Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 21, 36. L'équation norme-commandement typique de l'État-gendarme ne constitue plus le caractère prédominant du droit (depuis le soi-disant État-providence) et « [l]a contrainte n'est depuis bien longtemps plus la seule marque de la juridicité ». Il serait, donc, une erreur de « ramener les droits à des simples reflexes d'obligations, sans même réfléchir à la possibilité de considérer la norme au sens large comme 'modèle, référence, modèle de référence ou guide' ». Voy. Conseil d'État français, *Le droit souple*, Étude Annuelle 2013, La documentation française 2013, p. 4 ; Paul Amselek, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 6 ; Catherine Thibierge, « Introduction », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 42. Voy. également Benjamin Lavergne, *Op. cit.*, Introduction (« Contexte de la recherche »). L'auteur met en exergue que « l'obéissance aveugle et absolue a été remplacée par des formes d'acceptations beaucoup plus démocratiques au sein d'institutions fondées traditionnellement sur la hiérarchie (école, famille, État...). [...] La contrainte serait ainsi en recul, par l'entremise de moyens d'action plus doux, voire en état de mort programmée ».

⁴⁵² En droit international, voy. par exemple Sandrine Maljean-Dubois, « La 'fabrication' du droit international au défi de la protection de l'environnement. Rapport général sur le thème de la première demi-journée », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2010, p. 29 s., précisant que le droit souple est d'une « abondance remarquable, et d'une grande variété aussi ».

⁴⁵³ Conseil d'État français, *Le droit souple*, Étude Annuelle 2013, La documentation française 2013, p. 5.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

toujours être garanti et que, parfois, la réglementation classique est à l'origine de charges administratives, qui mettent en cause les résultats »⁴⁵⁵.

C'est à ce niveau qu'on pourrait situer le développement durable : d'« intensité variable, et susceptible de modulations en magnitude et dans le temps »⁴⁵⁶ outre que dans l'espace, le développement durable semble se construire, lui-aussi, sur une « dialectique de la stabilité et du changement »⁴⁵⁷ conformément à un « système en mutation perpétuelle »⁴⁵⁸. En vertu de son caractère souvent flou, le développement durable apparaît capable de participer du souci de « compréhension et de réglementation/régulation de la complexité de ce qui existe »⁴⁵⁹, sans pour autant pouvoir être réduit à un simple réflexe de bonnes intentions hors du droit⁴⁶⁰. En ce sens, si « le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite »⁴⁶¹ et si le droit dur ne peut pas tout faire, alors – comme le disait Sophocle – « c'est le manque de souplesse, le plus souvent, qui nous fait trébucher »⁴⁶².

Sur cette base, en reconnaissant que le droit souple relève à part entière du champ juridique⁴⁶³, il semble possible de qualifier la notion de développement durable⁴⁶⁴ comme

⁴⁵⁵ La Commission du Marché Intérieur et de la Protection des Consommateurs, « Avis à l'intention de la commission des affaires juridiques », in Commission des affaires juridiques du Parlement européen, *Rapport sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law)*, (2007/2028(INI)), du 28 juin 2007, disponible en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0259+0+DOC+XML+V0//FR>.

⁴⁵⁶ En reprenant l'expression utilisée par André-Jean Arnaud, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p.13. Voy. aussi Prosper Weil, « Vers une normativité relative en droit international », in *Revue générale de droit international public (RGDIP)* 1982, 5 s. Pour l'auteur, il s'agirait ici d'une dialectique entre normativité absolue et « normativité relative ».

⁴⁵⁷ Vincente Fortier, *Op. cit.*, p. 756.

⁴⁵⁸ Repris de l'expression utilisée par Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 1 et s. Contrairement, voy. Alexis Zarca, Force normative, force normatrice ? A propos des interprétations impératives contenues dans les recommandations de la HALDE, in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 460.

⁴⁵⁹ Vincente Fortier, *Op. cit.*, p. 756.

⁴⁶⁰ Le développement durable serait dépourvu d'un « statut juridique autonome ». Sur cela, voy. Jochen Sohnle, « Eruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice (CIJ), aff. Gabcikvo - Nagymaros », in *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, no. 1, 1998, p. 109.

⁴⁶¹ Jean Carbonnier, *Op. cit.*, 2013, p. 8 ; voy. aussi Cécile Pérès, « La réception du droit souple par les destinataires », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 95.

⁴⁶² Sophocle, Antigone. Voy. aussi Conseil d'État français, *Le droit souple*, Étude Annuelle 2013, La documentation française 2013, p. 6.

⁴⁶³ Selon cette conception doctrinale, on ne peut pas nier au *soft law* le statut d'un authentique droit, dont les manifestations devraient être, en général, tenues pour normatives (car elles expriment un modèle) voire juridiques (car elles ont pour objet de se poser comme référence pour l'organisation du vivre-ensemble), à l'exclusion de celles qui n'expriment que « des intentions ou des choix politiques ». Voy. Cédric Groulier, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 208. Il convient de souligner qu'« a séparation entre le normatif et le non normatif n'est pas aussi nette que le positivisme/normativisme aurait pu le laisser penser ». Dans ce même sens voy. Nicolas Molfessis, « La distinction du normatif et du non normatif », in *Revue trimestrielle de droit civil*, no. 3, 1999, p. 729.

⁴⁶⁴ Roberto Giuffrida, « La tecnica normativa nel diritto internazionale ed europeo », in Fabio Amabili (dir), Roberto Giuffrida (dir.), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 54-63. Selon l'auteur, les normes techniques au sein du droit de l'environnement ont une efficacité juridique qui dépend étroitement du niveau d'autorité scientifique reconnue aux organes qui les ont produites.

étant une notion juridique⁴⁶⁵ même si formulée en des termes ni obligatoires ni contraignants – ce qui se produit avec une certaine fréquence.

Section 2 : La formulation du développement durable comme principe ou comme objectif : s'agit-il toujours d'une notion juridique ?

Pour une littérature doctrinale, la question de la « nature légale » du développement durable⁴⁶⁶ devrait être laissée de côté pour se focaliser sur l'influence que ce concept exerce au sein du droit international en tant que *nouvelle* branche autonome et transversale⁴⁶⁷. En le définissant comme une branche du droit international, on reconnaît que le développement durable est « susceptible de former une base commune pour des nouveaux traités, par exemple ceux découlant des négociations globales en vertu du Programme de Doha pour le développement »⁴⁶⁸.

Au-delà de cette conception encore minoritaire, le développement durable ne semble pas « incapable of legal classification »⁴⁶⁹. Comme on vient de le préciser dans la section qui précède, le développement durable ne doit pas découler forcément d'une source de droit contraignant pour pouvoir être considéré comme du droit⁴⁷⁰. En fait, même en l'absence du caractère contraignant ou obligatoire, le développement durable « incarne

⁴⁶⁵ « [T]he softness of the provisions relating to sustainable development does not bar them from being valid normative propositions; rather, it just increases the margin of appreciation of the contracting parties in the execution of their obligations ». Voy. Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 385.

⁴⁶⁶ Traduit de : Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 385.

⁴⁶⁷ Marie-Claire Cordonier Segger et Ashfaq Khalfan, *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects*, Oxford, Oxford University Press (OUP), 2004. Le développement durable est aussi considéré comme domaine autonome fait d'interconnexions entre sciences et disciplines différentes, comme c'est le cas de la *Sustainability Science*, qui est défini comme « an evolving academic discipline which can point the way to a sustainable global society by facing challenges that existing disciplines have not addressed ». Cette science fusionne « the natural sciences, social sciences, and humanities ». Voy., par exemple, la revue « Sustainability Science » (Editor-in-Chief: Kazuhiko Takeuchi), Springer. Voy. ainsi Marie-Claire Cordonier Segger et Judge C.G. Weeramantry, *Sustainable justice, reconciling economic, social and environmental law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 598; Duncan French, *International law and policy of sustainable development*, Manchester, Manchester University Press, 2005, p. 218; Nico J. Schrijver, *Op. cit.*, vol. 329, 2007, pp. 217-412. Pour ce dernier, le développement durable est une « general norm in international law [...], a norm based on other norms such as respect for human life, for nature and its flora and fauna, justice and development, all of which have their roots in various cultures and civilizations [...]». Sustainability as a norm of international law is in principle no more abstract, nor more general than other important norms of the international community such as peace and security, respect for human rights and international humanitarian law, and democracy ».

⁴⁶⁸ Traduit librement de : Nico J. Schrijver, *Op. cit.*, vol. 329, 2007, p. 376, qui souligne que cette nouvelle branche « can form a common foundation for new agreements, for example those which derive from the global negotiations on the basis of the Doha Development Agenda of the WTO ».

⁴⁶⁹ Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 383.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 383.

une norme juridique autonome [voire une notion juridique] capable de déployer des effets propres » en constituant une référence pour les divers acteurs, y compris pour les juges⁴⁷¹.

Contrairement donc à la vision doctrinale qui l'exclut du champ juridique en raison de son caractère flou et prétendument politique ou philosophique⁴⁷², le développement durable constitue une notion formulée « en termes juridiques »⁴⁷³ dans plusieurs traités et « textes aux statuts les plus divers »⁴⁷⁴. Pour certains, c'est comme si « à force d'être proclamé, à force d'être inscrit dans les textes, le concept de développement durable ne constitue assurément plus un concept idéaliste altermondialiste mais bien désormais un véritable concept juridique »⁴⁷⁵.

Sans prétendre à l'exhaustivité, la formulation du développement durable en des termes juridiques renvoie à deux catégories principales : en particulier, il peut s'affirmer comme principe (paragraphe 1) ou bien comme objectif, tout en relevant que ce dernier semble se situer entre le droit et le non-droit (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le développement durable comme principe

Comme la doctrine l'a remarqué, il appartient à la « science du droit [...] de construire » le concept de développement durable « sur le plan juridique »⁴⁷⁶. Toutefois, il s'avère souvent que la qualification juridique du développement durable n'est pas

⁴⁷¹ Virginie Barral, *Op. cit.*, pp. 112, 264, 395, 440 et ss. ; Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, pp. 394-398. « Because sustainable development is a notion the content of which varies, its elasticity grants the judge an appreciable degree of liberty, authorizing value, or circumstantial choices to be made. It is therefore a valuable hermeneutical tool weighing upon the interpretation of other rules. [...] Sustainable development is undeniably a very powerful hermeneutical tool in the hands of judges, as it can be used to weigh on the interpretation of existing norms ».

⁴⁷² Virginie Barral, « Retour sur la fonction du développement durable en droit international : de l'outil herméneutique à l'obligation de s'efforcer d'atteindre le développement durable », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 411 ; Gilles Fievet, « Réflexions sur le concept de développement durable: prétentions économiques, principes stratégiques et protection des droits fondamentaux », in *Revue Belge de Droit International*, vol. 128, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 143 ; Michael McCloskey, *Op. cit.*, vol. 9, 1999, p. 157.

⁴⁷³ Virginie Barral, *Op. cit.*, pp. 112, 264, 395, 440 et s. Le développement durable est considéré par l'auteur comme étant à la fois une norme autonome qui a vocation à s'appliquer directement lorsqu'il encadre le comportement de l'État sous la forme d'une obligation de moyens, et à la fois comme un outil d'interprétation lorsqu'il n'a pas vocation à s'appliquer directement. Dans ce dernier cas, le juge est un acteur clé dans la vie juridique du développement durable. L'auteur précise aussi que les États ont une claire responsabilité en cas de violation d'une telle obligation de moyens. Les conséquences de la violation par un État diffèrent selon le droit coutumier et le droit conventionnel.

⁴⁷⁴ Parmi d'autres, Pierre-Marie Dupuy, « Préface », in Virginie Barral, *Op. cit.*, p. 14. « Depuis Rio si ce n'est sa devancière, la Déclaration de Stockholm, la notion de développement durable est de plus en plus fréquemment rencontrée, dans des textes aux statuts les plus divers. Certains sont, certes, dépourvus en eux-mêmes de force juridiquement obligatoire ; ils ne constituent que des programmes d'action, des engagements politiques, des « résolutions », à tous les sens du terme. D'autres, en revanche sont bel et bien des instruments portant création d'obligations ».

⁴⁷⁵ Nil Sychowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 39.

⁴⁷⁶ Maurice Kamto, *Droit de l'environnement en Afrique*, Paris, E.D.I.C.E.F., 1996, p. 54.

précisée au sein des instruments juridiques qui le mentionnent. À cela s'ajoute le fait qu'il y a une « grande diversité d'usages » des termes juridiques⁴⁷⁷ ainsi qu'une difficulté à tracer « les contours » de certains concepts par rapport à des « concepts voisins »⁴⁷⁸. Il en résulte que la distinction entre certaines notions juridiques « est devenue parfois délicate à opérer »⁴⁷⁹. Par exemple, en doctrine et dans les divers instruments juridiques « sont qualifiés de principes tantôt de simples constats, voire des définitions, des objectifs ; tantôt des normes, qui peuvent être purement morales ou vraiment juridiques »⁴⁸⁰.

Dans ce cadre, on peut constater à titre illustratif que, au niveau européen, le développement durable ne trouve pas toujours une formulation juridique unifiée sous la désignation de *principe*. En revanche, dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, figure une *obligation* précise de prendre en compte les considérations liées au développement durable et, en particulier, dans le champ environnemental, conformément à l'article 11 du Traité sur le Fonctionnement de l'UE (TFUE)⁴⁸¹. Comme la doctrine le remarque, il s'agit surtout d'une obligation s'adressant aux institutions européennes, avec des implications légales « moins explicites » pour les États membres⁴⁸².

Mais ce n'est pas tout. Le concept de développement durable semble se situer, dans certains cas, au sommet même de la hiérarchie des normes. Par exemple, même s'il n'est pas qualifié expressément de principe, la Charte française de l'environnement (2004) « instaure un devoir, pour les politiques publiques, de promouvoir le développement durable »⁴⁸³, en précisant en particulier que « [l]es politiques publiques doivent promouvoir un développement durable » tout en conciliant à cet effet « la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès

⁴⁷⁷ Sylvie Caudal, « Rapport introductif », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008, p. 2.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁷⁹ Jean-Marie Pontier, « Catégories en miroir : subventions, délégations de service public, marchés publics », in *Mélanges Richer*, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 263 et s.

⁴⁸⁰ Sylvie Caudal, « Rapport introductif », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008, p. 2. Voy. aussi Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), Léviathan, 1995.

⁴⁸¹ Article 11 du Traité sur le Fonctionnement de l'UE (TFUE). « Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable ».

⁴⁸² Marta Andrecka et Kateřina Peterková Mitkidis, *Op. cit.*, vol. 1, 2017, pp. 79-80. « Article 11 TFEU potentially obliges EU legislators to ensure that contracting authorities in their procurement will not entirely ignore the issues of environmental policy ». Voy. aussi Anja Wiesbrock, « An obligation for sustainable procurement? Gauging the potential impact of Article 11 TFEU on public contracting in the EU », in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 40, 2013, p. 105 ; Beate Sjøfjell (dir.) et Anja Wiesbrock (dir.), *The greening of European business under EU law: taking Article 11 TFEU seriously*, Londres et New York, Routledge, 2015.

⁴⁸³ Nil Symchowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 39.

social »⁴⁸⁴. Or, depuis l'intégration en 2005 de la Charte de l'environnement dans le bloc de constitutionnalité du droit français, « ce principe de conciliation qu'est le développement durable a bien valeur constitutionnelle »⁴⁸⁵.

Une ouverture vers la reconnaissance du développement durable comme principe se retrouve, en revanche, à l'occasion de l'arrêt du 25 septembre 1997 de la Cour Internationale de Justice (CIJ) et, en particulier, dans l'opinion individuelle du Vice-Président, M. Weeramantry. En fait, si la CIJ s'est limitée à admettre l'importance cognitive du développement durable en le qualifiant de « concept »⁴⁸⁶ tout en évitant d'en préciser le statut juridique⁴⁸⁷, le Vice-Président de la CIJ a exprimé un avis de nature contraire au sein dudit arrêt. De son opinion individuelle il ressort que le développement durable « est davantage qu'un simple concept, c'est un principe reconnu du droit international moderne »⁴⁸⁸. Il s'agit donc d'un « principe juridique autonome »⁴⁸⁹ faisant partie du droit positif.

Un tel constat, si partagé en doctrine et par les pouvoirs normatifs, serait susceptible d'avoir des répercussions importantes sur l'intégration et l'application de la notion du développement durable dans les divers domaines. En fait, définir le développement durable comme étant un principe revêt une importance particulière en raison de la « portée normative »⁴⁹⁰ généralement reconnue à la catégorie des principes. Dans ce cadre, bien qu'il soit « difficile de s'accorder sur une définition du principe en droit » – car « différentes écoles existent, voire s'affrontent à cet égard »⁴⁹¹ et le terme est lui-même « polysémique »⁴⁹² –, une large partie de la doctrine argue que les principes « ont

⁴⁸⁴ Loi constitutionnelle française no. 2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement de 2004.

⁴⁸⁵ Nil Symchowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 39 ; Conseil Constitutionnel français, 28 avril 2005, no. 2005-514 DC ; Conseil Constitutionnel français, 19 juin 2008, no. 2008-564 DC ; Laurent Fonbaustier, « La place du critère environnemental dans le droit de la commande publique : une exemplarité en trompe-l'œil ? », in Véronique Coq (dir.), *L'éthique en droit des marchés publics*, Paris, LexisNexis, 2020, pp. 27-41.

⁴⁸⁶ Cour Internationale de Justice (CIJ), Arrêt du 25 septembre 1997, affaire relative au *Projet Gabcikovo/Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), Recueil 1997, p. 77 ; Sandrine Maljean-Dubois, « L'émergence du développement durable comme paradigme et sa traduction juridique sur la scène internationale », in Bruno Villalbla (dir.), *Op. cit.*, pp. 67-105.

⁴⁸⁷ Sandrine Maljean-Dubois, « L'émergence du développement durable comme paradigme et sa traduction juridique sur la scène internationale », in Bruno Villalbla (dir.), *Op. cit.*, pp. 67-105.

⁴⁸⁸ Cour Internationale de Justice (CIJ), Arrêt du 25 septembre 1997, affaire relative au *Projet Gabcikovo/Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), Recueil 1997, (résumé de l'arrêt, p. 9, disponible en ligne : <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/7376.pdf>).

⁴⁸⁹ Nil Symchowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 39.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 39.

⁴⁹¹ Sylvie Caudal, « Rapport introductif », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008.

⁴⁹² Une étude complète de la polysémie du terme « principe » se trouve dans Antoine Jeammaud, « De la polysémie du terme 'principe' dans les langages du droit et des juristes », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008, pp. 49-74 ; Jean Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XX siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1950, p. 57. L'auteur souligne que la polysémie est « aggravée par un usage incontrôlé » du terme. En fait, le terme « principe » est utilisé pour désigner cinq choses différentes : i.

forcément une fonction normative »⁴⁹³. Autrement dit, ils « ne sont pas extérieurs à l'ordre juridique positif ; ils en font partie »⁴⁹⁴. En ce sens, les principes sont des « règles de droit objectif, non de droit naturel ou idéal, exprimées ou non dans les textes mais appliquées par la jurisprudence et dotées d'un caractère suffisant de généralité »⁴⁹⁵, comme confirmé, entre autres, par l'article 38.1 (lettre C) du Statut de la CIJ⁴⁹⁶.

des notions philosophiques ou théologiques (principes de droit naturel) ; ii. les caractères essentiels d'une législation positive à travers son évolution ; iii) les idées-forces servant d'armature à une présentation doctrinale des institutions juridiques ; iv. un ensemble systématique de règles auxquelles d'autres dispositions renvoient ; v. des propositions d'une généralité très étendue auxquelles se trouvent subordonnée des solutions positives (les principes généraux). Voy. également Jean-Louis Bergel, *Op. cit.*, 2012, pp. 91-111. Il s'avère que, selon les cas et les disciplines, les principes peuvent être différemment qualifiés de *généraux*, ou de *directeurs*, ou de *fondamentaux*. Si « les principes fondamentaux ont pour fonction de mesurer la constitutionnalité de la loi, les principes généraux ont pour rôle de mesurer la légalité des dispositions réglementaires » tout en palliant « les insuffisances de l'appareil législatif et réglementaire ». En tant que principes généraux, le juge « s'y réfère pour déterminer le sens des textes obscurs ou ambigus » ou pour « combler un vide juridique » ou, encore, pour les balancer entre eux dans le cas concret. Selon l'auteur, « les principes généraux du droit ont valeur législative » et se « situent, dans l'échelle des normes, au-dessus des actes administratifs du degré le plus élevé. Ainsi, ils s'imposent au pouvoir réglementaire, sauf s'ils n'ont qu'une valeur supplétive alors que la loi peut y déroger ». Par contre, les principes fondamentaux ont une valeur supérieure à la loi étant de « véritables dispositions constitutionnelles », ce qui signifie que « la loi qui y déroge peut être déclarée inconstitutionnelle ». L'auteur mentionne l'arrêt *Marbury V. Madison* aux Etats-Unis qui a consacré « le pouvoir de contrôle du Juge sur la Constitutionnalité de la loi » ; il explique aussi que le « Conseil constitutionnel français se reconnaît le droit de censurer le législateur au nom des principes fondamentaux ». Sur cette base, l'auteur considère qu'il est difficile de « contester qu'il existe bien deux catégories de principes généraux dont les uns à caractère fondamental, parce qu'ayant valeur constitutionnelle, s'imposent au législateur lui-même et, a fortiori, au pouvoir réglementaire, tandis que les autres, principes généraux simples si l'on veut, ne s'imposent qu'au pouvoir réglementaire, mais non au législateur. Il en résulte que « tout principe fondamental est, à plus forte raison, en même temps un principe général, mais [...] tout principe général n'est pas pour autant un principe fondamental ». Sur cette base, l'auteur argumente que les « principes généraux n'ont par eux-mêmes aucune existence propre : c'est le juge qui leur donne force et vie. [...] [Donc] on ne peut y nier le pouvoir normatif du juge. On peut également admettre que le juge 'gouverne' lorsque [...] il peut imposer sa loi au législateur. [Toutefois, il convient de remarquer que] le juge n'est pas libre de créer ou de rejeter tels ou tels principes généraux. Ceux-ci sont le fruit d'aspirations latentes du corps social ou l'expression de l'esprit des lois. Ils s'imposent donc au juge qui se borne à les extraire du donné philosophique, moral et juridique existant. C'est ce qui explique la généralité, la permanence et la transcendance des principes généraux du droit et qui en définit le contenu. Voy. aussi Pierre Marchal, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014 ; Benoît Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Éditions du Recueil Sirey, 1954 ; Voy. également Philippe Jestaz, *Op. cit.*, 2015, p. 35, qui suggère de parler de « principes tout court, sans qu'il y ait lieu d'attacher une importance particulière à ces variations de terminologie » (par rapport notamment aux labels « principe général » et « principe fondamental »). Dans les marchés publics, voy. par exemple Marie-Charlotte Bontron, *Op. cit.*, pp. 23 et s. Dans ce domaine, les « principes ont pour objectif de guider à la fois l'adoption de règles encadrant le régime de la commande publique et, au contentieux, les solutions permettant de résoudre un litige ». En particulier, « [a]u contentieux, les principes participent à la solution du litige, dès lors qu'ils sont sollicités par le juge lorsque les textes sont imprécis ou lacunaires ».

⁴⁹³ Jean-François Sestier, « Les principes de la commande publique », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008, p. 196.

⁴⁹⁴ Jean-Louis Bergel, *Op. cit.*, 2012, p. 91. Comme l'auteur affirme, une « généalogie approximative permettrait peut-être de rattacher les principes généraux du droit aux Topiques d'Aristote ou aux maximes du *Digeste*, ou encore aux premiers principes de toutes les lois du *Traité des lois de Domat*. Mais il faut les distinguer à la fois des lieux communs, des principes surnaturels, théologiques ou philosophiques et même des principes du droit naturel ».

⁴⁹⁵ *Ibid.*, pp. 95 et s. Les principes « règnent sur le droit positif, tandis que les règles juridiques n'en sont que des applications ou des exceptions ». Ainsi, ils « débordent les limites des différentes branches du droit. Le principe de l'égalité de tous devant la loi [...] intéresse [nt] aussi bien le droit public que le droit privé. Sans aller jusqu'à affirmer qu'il existe un corps unique de principes non écrits qui commandent à la fois toutes les matières, on peut dire que c'est au niveau des principes généraux du Droit que les différentes matières de l'ordre juridique et les divers systèmes juridiques trouvent leur unité. Ces principes sont dès lors des principes fédérateurs du Droit ». Pour ce qui est du caractère de la généralité des principes, l'auteur souligne que « les règles, elles-mêmes, sont générales ». Mais elles le sont de façon différente par rapport aux principes. La règle est générale car elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits. Cela ne l'empêche pas d'être, d'un autre point de vue, spéciale en ne régissant que tels actes ou tels faits correspondant à son objet. Un principe est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications.

⁴⁹⁶ Malgré son incapacité à « saisir l'ensemble des actes normatifs qui, d'une manière ou d'une autre, concourent à l'établissement ou à la constatation des règles de comportement assujettissant les sujets de droit international », l'article

Même s'ils sont « moins rigides et moins précis que les prescriptions de textes formels » et même s'ils ne sont pas « nécessairement énoncés par des règles de droit positif »⁴⁹⁷, les principes « occupent en droit une place majeure »⁴⁹⁸, tout en constituant les normes « les plus indérogeables de notre droit »⁴⁹⁹, « l'armature de la pensée juridique » qui joue « un rôle important dans l'interprétation »⁵⁰⁰ du droit. Ainsi, « dans

38.1 (lettre C) du Statut de la Cour Internationale de Justice (CIJ) mentionne les principes parmi les sources de droit à utiliser pour régler les différends qui lui sont soumis. À côté des conventions internationales et de la coutume internationale, les principes (et plus précisément, « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ») font bien partie du droit. Sur ce point voy. <https://www.icj-cij.org/fr/statutv>. Voy. aussi Michel Virally, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », in *Annuaire Français de Droit International*, no. 2, 1956, pp. 66-96. « Le terme de recommandation, apparu d'abord dans la pratique des conférences diplomatiques, est devenu d'usage constant dans le droit des organisations internationales. Sa fortune semble bien tenir avant tout à son imprécision, qui rassure les gouvernements et permet aux rédacteurs des traités de rester dans le vague. Imprécision avant tout juridique. Selon l'opinion la plus générale, admise sans discussion par de nombreux auteurs et défendue au sein même des Nations Unies, la recommandation se définit négativement : par son absence de force obligatoire. Tout au plus accepte-t-on de lui reconnaître une valeur politique, ou même simplement morale; ce qui, dans l'esprit de beaucoup et malgré les protestations de convenance, est encore une façon de s'exprimer purement négative ». Voy. encore Michel Virally « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales injonctions) : septième Commission : rapport provisoire », in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 60, no. 1, p. 166-327. Voy. aussi Jorge Castañeda, « Valeur juridique des résolutions des Nations unies », in *Académie de droit international. Recueil des cours*, vol. 129, no. 1, 1970, pp. 205-332 ; Frank Blaine Sloan, « The Binding Force of a Recommendation of the General Assembly of the United Nations », in *British Yearbook of International Law*, vol. 25, 1948, pp. 1-33 ; Filippa Chatzistavrou, « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », in *Le Portique*, no. 15, 2005, p. 2 ; Chittharanjan Felix Amerasinghe, *Principles of the institutional law of international organizations*, Cambridge University Press, 2005 ; José E. Alvarez, *International organizations as law-makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005. Voy. aussi Jutta Brunée, « Sources of international environmental law. Interactional law », in Samantha Besson (dir.) et Jean d'Aspremont (dir.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 973 s., « disagreements remain on what counts as a general principle in the first place. Some commentators ground general principles in natural law [...] ».

⁴⁹⁷ Jean-Louis Bergel, *Op. cit.*, 2012, pp. 91-95. L'auteur constate que, comme il a été établi au sein de plusieurs jurisprudences, les principes généraux du droit sont applicables « même en l'absence d'un texte ». L'auteur mentionne, par exemple, le Code Civil Italien qui recommande au juge de statuer en s'appuyant, en cas d'absence de texte, sur des principes généraux du droit. Dans l'arrêt Aramu du le Conseil d'État du 26 octobre 1945, « [i]l y eut là une innovation, car, jusque-là, le Conseil d'État avait fondé exclusivement ses décisions soit sur des textes, soit sur des règles dont il ne précisait pas l'origine, amis qui étaient de création prétorienne. En droit privé, l'existence d'un arsenal très complet de règles écrites laisse moins de place à des principes généraux non écrits qu'en droit public où, du fait de la répudiation du droit privé par l'arrêt Blanco, il existait une sorte de no man's land juridique et où le juge devait chercher les principes dans une certaine représentation des rapports entre l'homme et le pouvoir ». Selon l'auteur, en France, « [l]e Conseil d'État, s'il est le véritable inventeur des principes généraux du droit, au sens strict, n'a donc plus aujourd'hui le monopole de leur élaboration et de leur utilisation. Le Conseil constitutionnel se sert maintenant de cette théorie dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois ». En outre, « [l]a soumission des autorités administratives aux principes généraux du droit et la multiplication des principes consacrés par le Conseil d'État a pour effet d'enrichir le contenu de la légalité et de réduire d'autant le pouvoir discrétionnaire de l'Administration » (p. 102). La consécration des principes est pour l'auteur « assez récente », compte tenu qu'ils sont « apparus, en Droit international public, au temps de la Société des Nations ; l'art. 38 du statut de la Cour Internationale de Justice, annexé à la Charte des Nations Unies, reconnaît comme source de droit *les principes généraux du droit reconnus par les Nations civilisées* ». Par la suite, l'auteur considère qu'on peut « penser qu'il s'agit de principes en vigueur dans tous les systèmes juridiques ».

⁴⁹⁸ Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008.

⁴⁹⁹ Benjamin Lavergne, *Op. cit.*, Titre premier « Délimitation de la soft law », Chapitre Premier « La Soft Law, Un Concept Indéterminé », Section première « La Soft Law, Un Concept Doctrinal Mal Identifié ».

⁵⁰⁰ Jean-Louis Bergel, *Op. cit.*, 2012, pp. 96-103. Pour l'auteur, les principes « n'ont par eux-mêmes aucune existence propre », parce que « c'est le juge qui leur donne force et vie ». Il en résulte qu'on « ne peut y nier le pouvoir normatif du juge. On peut également admettre que le juge *gouverne* lorsque [...] il peut imposer sa loi au législateur ». Toutefois, il convient de remarquer que « le juge n'est pas libre de créer ou de rejeter tels ou tels principes généraux. Ceux-ci sont le fruit d'aspirations latentes du corps social ou l'expression de l'esprit des lois. Ils s'imposent donc au juge qui se borne à les extraire du donné philosophique, moral et juridique existant. C'est ce qui explique la généralité, la permanence et la transcendance des principes généraux du droit et qui en définit le contenu ». En ce qui concerne l'interprétation des règles, « si la règle s'analyse en une dérogation au principe, il [i.e. le juge] doit en donner une

la confrontation des actes et du droit, celui-ci se réduit en dernière analyse à des principes »⁵⁰¹. Les principes sont donc « à la base de notre droit » et de tous « les champs disciplinaires »⁵⁰².

C'est pour cette raison que concevoir le développement durable sous la forme d'un principe pourrait revêtir une importance cruciale pour parvenir à une réalisation (plus) effective des attentes de protection socio-environnementale. Le développement durable serait, en fait, au sommet de la hiérarchie des normes, comme inspiration et source de droit. Mais, comme on a déjà évoqué, il n'est pas possible de tracer une tendance commune aux diverses échelles spatiales, puisque les approches divergent sur la base des cadres juridiques et des divers domaines auxquels le développement durable est intégré⁵⁰³.

Paragraphe 2 : Le développement durable comme objectif : quelle portée juridique ?

Le développement durable a été souvent qualifié d'objectif tant au niveau national qu'au niveau global. Les exemples à cet égard sont nombreux. À titre illustratif, en 2002, « le Conseil fédéral [de la Suisse] a précisé [...son] mandat général dans sa 'Stratégie pour le développement durable', où il fait du développement durable un objectif de sa politique »⁵⁰⁴. De son côté, le Programme de développement durable à l'horizon 2030 des Nations Unies présente le développement durable comme un ensemble de dix-sept objectifs. À son tour, le préambule de l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce reconnaît expressément l'existence de « l'objectif de développement

interprétation stricte ». En outre, dans les cas de vides juridiques le juge doit se prononcer, « sous peine de déni de justice, [sur] les situations qui lui sont soumises ». En cas de silence ou d'insuffisance de la loi, « c'est à la lumière des principes généraux qu'il découvre la solution. Une fois consacrés et appliqués par la jurisprudence souvent aiguillonnée par la doctrine, les principes généraux et les solutions établies servent de support à d'autres constructions juridiques et participent à la création de nouvelles règles de droit, donc à l'évolution du système juridique. [...] Il est, certes, de grandes révolutions politiques, économique et sociales qui suscitent des principes nouveaux et atteignent les principes traditionnels ». En outre, les principes servent aussi, grâce à leur longévité, « à interpréter les lois nouvelles qui sont aussi intégrées et adaptées à l'ordre juridique, [ils] constituent un facteur de stabilité du droit, tout en permettant l'évolution. [...] La vie juridique est toujours soumise à l'influence conjuguée de plusieurs principes différents qui ont, les uns par rapport aux autres, des rôles techniques déterminants pour la solution juridique qui doit en résulter ».

⁵⁰¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel* (Éd. 1929), 2^e édition, Paris, Hachette BNF, 2018, p. 238.

⁵⁰² « Tous les champs disciplinaires semblent concernés : des plus classiques, comme le droit civil ou le droit administratif, aux plus jeunes, tel le droit communautaire ou le droit de l'environnement ; des plus techniques, comme le droit budgétaire ou le droit des marchés publics, aux plus généraux, tel le droit international ou le droit constitutionnel ». Voy. Sylvie Caudal, « Rapport introductif », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008, p. 1. Voy. aussi Jürgen Schwarze, « Introduction. Les sources et principes du droit administratif européen », in Jean-Bernard Auby (dir.) et Jacqueline Dutheil De La Rochere (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

⁵⁰³ Virginie Barral, *Op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 378. Pour ce qui concerne la « texture » du développement durable, celle-ci « will inevitably vary according to who makes use of it and for what purpose ».

⁵⁰⁴ <https://www.bazl.admin.ch/bazl/fr/home/politique/politique-aeronautique/developpement-durable.html>.

durable »⁵⁰⁵. De même, dans l'arrêt du 20 avril 2010 portant sur l'affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), le développement durable est explicitement qualifié d'objectif par la CIJ⁵⁰⁶. Et encore, une partie de la doctrine affirme que le développement durable est un « objectif que la Communauté Internationale doit s'efforcer d'atteindre »⁵⁰⁷.

Le terme *objectif* semble donc revenir avec une certaine fréquence dans les instruments juridiques, y compris les traités⁵⁰⁸, au point qu'il y a « little doubt » (peu de doute) sur le fait qu'il s'agit d'une des qualifications les plus utilisées au sein de la communauté internationale pour identifier le développement durable⁵⁰⁹. Mais force est de constater que la portée juridique de ce dernier est souvent négligée. Il y a en fait deux possibilités : soit on considère le développement durable en tant qu'objectif politique (A), soit on le qualifie d'objectif juridique (B).

A : Le développement durable comme objectif politique

En tant qu'objectif politique, le développement durable peut influencer le contenu du droit « while remaining separate from it » (tout en restant séparé de lui)⁵¹⁰. Cela est en ligne avec l'approche traditionnelle, selon laquelle les objectifs n'appartiennent pas au droit.

⁵⁰⁵ « Reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique ». OMC, *Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce*, Marrakech, 15 avril 1994 (préambule) ; Organe d'appel de l'Organisation Mondiale du Commerce, *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AV/R, 1998, paragraphes 127-131.

⁵⁰⁶ Cour Internationale de Justice (CIJ), Arrêt du 20 avril 2010, affaire *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, I.C.J. Reports 2010, paragraphe 177.

⁵⁰⁷ Virginie Barral, *Op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 381.

⁵⁰⁸ « Examples include the UNFCCC; the Barcelona Convention for the Protection of the Mediterranean; the Danube River Protection Convention; the ACP-CE Cotonou Agreement; the MERCOSUR; the WTO Agreement; and the Energy Charter Treaty ». Voy. Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 389. L'auteur souligne aussi qu'« in others [legal instruments] it is one [objective] because states parties undertake to 'promote', 'achieve' or 'reach', 'ensure', 'contribute to', 'favour', or 'work towards' sustainable development ».

⁵⁰⁹ Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 388.

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 378.

La question sur la juridicité des objectifs constitue un « trouble [qui] ne date pas d’hier »⁵¹¹ et qui reste encore aujourd’hui très controversé⁵¹². La doctrine traditionnelle considère la catégorie des objectifs comme n’appartenant pas au droit, comme étant une expression de l’extra-juridique⁵¹³ difficilement séparable de la politique pour ses caractères non-prescriptif, non-opposable, (plus ou moins) vague quant au libellé et dont il est « souvent difficile de donner un sens précis »⁵¹⁴. Oscillant entre des « slogans », de simples « professions de foi »⁵¹⁵ et des forces externes au droit (ou « forces sur la norme »⁵¹⁶), les objectifs auraient une valeur simplement politique. Ils ne seraient qu’un moyen pour afficher les intentions politiques « souhaitables »⁵¹⁷ par des déclarations programmatoires ou de principe, et ils constitueraient « un exercice pragmatiquement défectueux de la fonction législative »⁵¹⁸. De ce fait, les objectifs seraient exclus de la catégorie juridique.

⁵¹¹ Jacques Caillosse, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d’objectifs », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, p. 18.

⁵¹² Un colloque sur ce sujet a été organisé en 2005, et un successif ouvrage collectif a été publié : il s’agit notamment de Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*

⁵¹³ Jacques Caillosse, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d’objectifs », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, pp. 18-24. L’auteur rappelle la conception doctrinale selon laquelle le terme *objectif* ne possède « tout simplement pas d’épaisseur juridique. Il ne renvoie à aucun concept établi par le système juridique et ne forge à lui seul aucun régime. Exactement comme le mot *principe*, il est susceptible d’être employé de mille et une façons, au besoin contradictoires, et en tout cas irréductibles à une signification univoque, unanimement partagée et surtout sanctionnée par un traitement particulier dans le monde du droit positif ». On peut se demander donc si « [n]e peut-on pas dire que, dans une large mesure, le droit est ce par quoi le politique parvient à organiser sa propre mise à distance ? Le droit est donc traversé par la politique dont il relève. Le temps de ce passage, le politique se trouve neutralisé. Quant au droit, une fois posé, il n’échappe plus au débat politique qui peut avoir précisément pour objet de le changer. Avec le droit on sort donc de la politique, mais par les voies dessinées par cette dernière ». Il ne semble pas abusif d’affirmer « qu’en parlant droit, les juristes sont conduits, malgré eux le cas échéant, à parler politique. En aucune façon parce qu’ils en viendraient à se prononcer, explicitement ou cauteusement, pour ou contre telle ou telle proposition politique, mais plus simplement parce que la substance même de leur discours est au cœur du politique. Voy. aussi Jean-François Brisson, « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in Bertrand Faure (dir.), *Op. cit.*, pp. 33-34.

⁵¹⁴ Dans la notion de travail décent, voy. Dharam Ghai, « Travail décent: concept et indicateurs », in *Revue internationale du Travail*, vol. 142, no. 2, 2003, pp. 122 et s.

⁵¹⁵ Bertrand Faure, « Introduction », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, p. 3. Pour ce qui concerne la formulation d’objectifs dans des lois d’affichage, « on ne peut négliger le fait qu’elles sont voulues pour assumer vis-à-vis de la société une fonction symbolique, politique. L’État se trouve vis-à-vis de cette dernière en position de pédagogue en expliquant les orientations qu’il poursuit : ce n’est pas la constellation de réglementations éparses qui est important mais l’unité d’inspiration dont elle procède par l’objectif poursuivi ». Voy. aussi Jean-François Brisson, « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in Bertrand Faure (dir.), *Op. cit.*, p. 33. Pour ce qui est de la valeur politique des objectifs, l’auteur souligne que les objectifs peuvent permettre de « prendre de la hauteur, de transcender la complexité technique du droit en vigueur, d’exprimer les valeurs partagées », mais cela signifie que leur fonction est « plus politique que juridique ».

⁵¹⁶ Georges Ripert, *Op. cit.*, pp. 25 et s.

⁵¹⁷ Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, pp. 18-19.

⁵¹⁸ Paul Amsselek, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, pp. 8-9. Voy. aussi Jacques Caillosse, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d’objectifs », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, p. 13. L’auteur se demande si il n’y ait pas une « certaine défaite du juriste » qui reste « condamné à la seule transcription, à la simple mise en forme juridique de programmes politiques ? ». Cela comporterait que « le droit serait parasité par la politique », étant le droit de plus en plus impuissant et « incapable désormais de se libérer du conditionnement ou de l’instrumentalisation politique ? ».

Par ailleurs, il semble opportun de souligner à nouveau qu'utiliser des catégories pour comprendre le réel est loin d'être d'intérêt exclusif des théoriciens du droit. On observe, en fait, que « [I]es catégories sont utiles, et rassurantes : elles permettent de distinguer, de classer, éventuellement de hiérarchiser. Elles donnent la possibilité (ou l'illusion) d'organiser le monde, et surtout les activités humaines. Sans cet ordonnancement, ce ne serait que désordre et désordres, la société même ne pourrait exister »⁵¹⁹. Sur cette base, il apparaît donc nécessaire de comprendre l'importance de ramener les objectifs à la catégorie du droit.

B : Le développement durable comme objectif juridique

En tant qu'objectif juridique, le développement durable peut jouer un rôle à l'intérieur du champ juridique en régulant les conduites des sujets de droit avec des conséquences juridiques directes⁵²⁰.

Différemment de la conception doctrinale dominante, la question de l'appartenance des objectifs au droit peut trouver une réponse affirmative. En ce sens, certains auteurs accordent aux objectifs un véritable statut juridique, tout en s'appuyant sur une « conceptualisation juridique »⁵²¹ capable de reformuler certaines catégories juridiques à l'aide de la dialectique de complémentarité entre droit dur et droit souple, telle qu'évoquée *supra*⁵²².

Une telle reformulation n'est pas rare en droit : « il arrive [en fait] que les catégories soient remises en question », tout comme leur « délimitation [...ou] périmètre », et que l'on procède à « en substituer d'autres »⁵²³. Il arrive ainsi qu'« une distinction qui

⁵¹⁹ Jean-Marie Pontier, « Catégories en miroir : subventions, délégations de service public, marchés publics », in *Mélanges Richer*, Paris, LGDJ, 2013.

⁵²⁰ Virginie Barral, *Op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 390.

⁵²¹ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 73. « [I] ne peut pratiquement plus y avoir de définition nationale autonome.

⁵²² Voy. paragraphe 2 de la section 1 du chapitre 2 du titre 1.

⁵²³ Jean-Marie Pontier, « Catégories en miroir : subventions, délégations de service public, marchés publics », in *Mélanges Richer*, Paris, LGDJ, 2013. « Plus inquiétant, a priori, paraît être le phénomène de dissolution des catégories, par interpénétration de notions que l'on croyait, jusque-là, à la fois bien définies et tout à fait distinctes les unes des autres. D'une autre manière, on pourrait dire que les notions juridiques sont à l'image de la représentation en peinture : selon l'angle sous lequel on les examine, elles présentent des caractéristiques différentes, voire une nature différente. Et peut-être cela révèle-t-il des bases plus instables du droit qu'on n'aurait pu le penser, en particulier du droit administratif dont le fondement des notions paraît se dissoudre au fur et à mesure que l'on cherche à mieux le cerner, à l'approfondir ».

paraissait bien établie s'atténue, se dissout en quelque sorte, tandis que, corrélativement, l'incertitude s'étend »⁵²⁴.

Toutefois, l'inclusion des objectifs dans le champ juridique va de pair avec le doute qu'une certaine doctrine entretient vis-à-vis, d'une part, du faible « degré de précision »⁵²⁵ et de l'absence de force contraignante des objectifs⁵²⁶ (a), et d'autre part de l'instabilité qui les caractérise (b).

Si la première raison d'incertitude se lie à la dialectique entre droit dur et droit souple, la deuxième renvoie au constat que les objectifs ne peuvent pas « porter en [...] eux] la garantie que tout sera fait »⁵²⁷, car « le législateur peut rester libre de renoncer aux propres objectifs qu'il a posé »⁵²⁸.

a : L'imprécision et l'absence de force contraignante des objectifs

Tout en convenant que les objectifs constituent une catégorie hétérogène, on observe que leurs multiples manifestations se voient généralement reprocher d'être

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ Bertrand Faure, « Introduction », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, pp. 5 et s. « Voilà pourquoi il est difficile d'imaginer parler d'objectifs en droit en termes de théorie. Les variations chaotiques de son utilisation ne laisseraient pas intacts les principes généraux d'une théorie. Leur utilisation fait figure de simple routine verbale et n'apparaît pas toujours déterminante d'un corps de règles particulières qui s'identifierait naturellement à leur énoncé ». L'auteur distingue aussi entre deux types principaux d'objectifs : les objectifs liés à l'ordre social et les objectifs liés à l'organisation sociale. Pour ce qui est des premiers, ils manifestent « une supériorité de l'État sur la société et ses composantes. Ils ont valeur de principes transcendants tournés vers la réalisation de l'ordre, ce qui amène à poser des bornes aux libertés des personnes et à leurs activités ». En revanche, les objectifs liés à l'organisation sociale permettraient de souligner la « familiarité entre le développement d'un État Providence et celui d'objectifs dans la production juridique ». Ceux-ci auraient « l'ambition de réaliser une rupture historique en incarnant un progrès pour réaliser une justice concrète, là où le droit abstrait s'attache à une justice formelle ». Ils participeraient donc « d'une doctrine nouvelle qui donne de l'État et de la société une vision plus complexe, une pluralité de groupements destinataires de ces objectifs s'interposant entre les deux (famille, travailleurs, malades, étrangers...) et devant obtenir les moyens de subvenir à leurs propres besoins sans préoccupation de la cohérence d'ensemble ». Voy. aussi Jacques Caillosse, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'objectifs », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, pp. 22-23. Pour l'auteur, il faut « dans toute la mesure du possible, faire l'inventaire des techniques spécifiques qu'appellent le recours aux objectifs : recommandation, incitation, programmation, directive, contractualisation, etc. Mais il faut dans le même temps s'interroger sur le projet politique qui, par ces techniques, s'inscrit dans la juridicité. Or, de ce point de vue, c'est bien une même structure invariante qui est à l'œuvre. Sans doute est-elle susceptible de revêtir des formes multiples. Mais ce ne sont là que variations sur un thème unique : le juridique en tant que forme(s) donnée(s) au politique ». Voy. aussi Jean-François Brisson, « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, p. 33. L'auteur souligne le caractère d'« indétermination intrinsèque des objectifs », lesquels n'ont que « l'apparence de la normativité ».

⁵²⁶ Jacques Caillosse, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'objectifs », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, p. 18. L'auteur mentionne Denys de Béchillon et Philippe Terneyre, qui écrivaient : « L'expérience courante montre d'ailleurs que ce même terme désigne à la fois de véritables règles, très contraignantes (*certain*s objectifs à valeur constitutionnelle par exemple) et de simples applications programmatoires dépourvues d'autorité normative ». Voy. aussi Jean-François Brisson, « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, p. 34, selon lequel : « [i]l est très rare que les objectifs fixés soient à la fois opérationnels et précis ».

⁵²⁷ Bertrand Faure, *Introduction*, in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, p. 5.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 5.

imprécises, vagues et dépourvues de force contraignante. Pour cette raison, une partie de la doctrine considère que « [c]e dont nous avons besoin, c'est d'objectifs contraignants. Toute autre chose (...) revient à repousser les problèmes à demain »⁵²⁹.

Toutefois, les objectifs participent « de ce mouvement général » qui a été nommé par une partie de la doctrine « droit post-moderne »⁵³⁰. Comme déjà précisé, il s'agit d'un droit « marqué par le pragmatisme »⁵³¹, par une « proportion [désormais très] élevée du droit souple dans la production normative »⁵³², par une prolifération d'objectifs ou « objective overload » (surabondance d'objectifs)⁵³³ qui est en ligne avec le droit d'aujourd'hui tant « programmatore »⁵³⁴ que prescriptif. « [D]e plus en plus systématique par/dans les textes perçus comme juridiques »⁵³⁵, l'intégration des objectifs « dans le tissu normatif »⁵³⁶ contribue à donner la direction, à tracer les grandes lignes, à indiquer le but, à fixer l'objectif à atteindre, sans pour autant modeler précisément les conduites.

En ce sens, les objectifs « ne sont pas susceptibles d'application mais de déclinaison » : c'est le régulateur qui « *invente* la solution qui ne sera pas nécessairement

⁵²⁹ Affirmation de Jörg Feddern, expert de l'association Greenpeace sur les questions climatiques, mentionnée par Raphaële Charlier, *Les critères environnementaux dans les marchés publics*, Mémoire de Master II, Université Paris 1, 2016-2017, p. 4, disponible en ligne : http://www.pantheonsorbonne.fr/fileadmin/CERDPE/Memoires_de_Recherche/Contrats_publics/CHARLIER_R._Les_criteres_environnementaux_dans_les_marches_publics.pdf.

⁵³⁰ Jacques Chevallier, « Vers un droit postmoderne ? », in Jean Clam (dir.) et Gilles Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 21, selon lequel la « dynamique post-moderne » agite les sociétés contemporaines et traverse simultanément, et dans un même mouvement, aussi bien le droit que l'État ; voy. aussi Charles-Albert Morand, *Op. cit.*, 1999.

⁵³¹ Charles-Albert Morand, *Op. cit.*, 1999 ; Charles-Albert Morand (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991, p. 252.

⁵³² Hervé Ascensio, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in Hervé Ascensio (dir.), *Op. cit.*, 2013, p. 17. C'est le cas, par exemple, de l'examen par les pairs utilisé au sein, entre autres, de l'OCDE.

⁵³³ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement: Progress since 2008*, Public Governance Reviews, OECD Publishing, 2013, p. 4.

⁵³⁴ Hervé Ascensio, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in Hervé Ascensio (dir.), *Op. cit.*, 2013, p. 17.

⁵³⁵ Jacques Caillosse, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'objectifs », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, pp. 13-18. « Les objectifs sont présents sur tous les supports qu'emprunte le discours juridique : de la circulaire ministérielle jusqu'à la Constitution telle que le Conseil constitutionnel en définit les contours, en passant par la loi, le règlement, mais aussi la jurisprudence et la doctrine. Pas étonnant s'ils jettent un certain trouble dans la théorie du droit, laquelle a bien du mal à leur trouver place dans un système de pensée binaire où l'on sort du droit pour entrer sur les terres du politique et où l'on quitte ces dernières pour faire son entrée dans l'univers du droit ». Voy. aussi Jean-François Brisson « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, p. 29. L'auteur français remarque la « tendance de plus en plus fréquemment à formuler des directives, orientations ou objectifs à atteindre dans le corps même du texte, leur offrant ainsi l'apparence au moins formelle de la norme ». Il précise aussi qu'en 1991, « la revue Droit prospectif a consacré un numéro spécial à la formulation d'objectifs dans les textes législatifs et recensé sur une période de dix ans à peu près deux cents textes de lois contenant l'énoncé d'objectifs. Un rapide recensement des textes adoptés sous l'actuelle législature apprend que le phénomène n'a pas tendance à diminuer, bien au contraire. Que le diagnostic en soit aisé n'implique pas néanmoins que la situation qui en résulte soit facile à appréhender ». Voy. aussi Paul Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », in Charles-Albert Morand (dir.), *Op. cit.*, 1991.

⁵³⁶ Hervé Ascensio, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in Hervé Ascensio (dir.) *Op. cit.*, 2013, p. 8.

la même d'une situation à l'autre »⁵³⁷. De son côté, le juge se trouve avec de « larges espaces d'autonomie » n'étant pas appelé à opérer une « application spécifique de règles générales et abstraites », mais plutôt « de simples objectifs ou valeurs qui doivent guider l'acteur compétent dans les choix auxquels il est confronté »⁵³⁸.

Pour certains auteurs, les objectifs reposeraient, toutefois, sur la « grande illusion » d'être des « super-règles »⁵³⁹ car ils présenteraient des formulations en termes généraux « paradoxalement les plus larges et plus incontestables »⁵⁴⁰ sans cependant conduire à une règle abstraite susceptible de s'appliquer de façon certaine et uniforme.

Par exemple, « la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains »⁵⁴¹ s'est vue récemment attribuer, au sein du cadre juridique français, le statut d'« objectif de valeur constitutionnelle »⁵⁴². Même si cela ne concerne que l'environnement, il semble dans tous les cas une formulation assez inédite dans le panorama juridique au moins européen, mais les incidences juridiques futures découlant d'un tel postulat restent à déterminer.

b : L'instabilité des objectifs

En partant du constat que l'objectif « s'apparente au but et relève d'une finalité à atteindre »⁵⁴³, il n'est pas rare qu'il puisse s'avérer instable. Comme déjà évoqué, l'objectif ne peut pas « porter en lui la garantie que tout sera fait »⁵⁴⁴, car « le législateur peut rester libre de renoncer aux propres objectifs qu'il a posé »⁵⁴⁵. De ce fait, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les objectifs, « entre les créanciers et le débiteur de ces objectifs

⁵³⁷ Gérard Timsit, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », in *Revue Française d'administration publique*, no. 78, 1996, pp. 375-394. Cela est en lien avec la montée en puissance des « droits programmatiques », comme dans le domaine de l'environnement. Voy. aussi Jacques Caillosse, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'objectifs », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, p. 17 (note 16).

⁵³⁸ Jacques Caillosse, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'objectifs », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, p. 20.

⁵³⁹ Bertrand Faure, « Introduction », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, p. 5.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, pp. 7-8. La prolifération d'objectifs « dissimule la versatilité, l'inconstance, l'impuissance qui s'attache à des politiques du moment. Comment ne pas voir qu'on invente des formulations d'objectifs selon de très vagues énoncés pour y rassembler une série de dispositions éparses sans lien évident entre elles [...] ? ».

⁵⁴¹ Conseil Constitutionnel français, Décision no. 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2019823QPC.htm>.

⁵⁴² *Ibid.* Sur le « rapprochement des constitutions et de l'environnement », voy. Laurent Fonbaustier, « L'environnement chuchote à l'oreille des systèmes juridiques. Considérations provisoires sur les enjeux, les conditions et les limites d'une 'Constitution écologique' », in *Revue française de droit constitutionnel* 2020/2, no. 122, pp. 369-389.

⁵⁴³ Jean-François Sestier, « Les principes de la commande publique », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008, p. 196.

⁵⁴⁴ Bertrand Faure, « Introduction », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, pp. 4-5.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

qu'est l'État, c'est le débiteur qui est libre en fonction de ses possibilités budgétaires et de ses intentions politiques réelles »⁵⁴⁶. La mise en œuvre des objectifs demande donc des appareils législatifs ou réglementaires considérables ainsi qu'une certaine « rationalité économique qui commande tout »⁵⁴⁷.

Selon une certaine doctrine, le risque serait cependant que le droit subisse « des mutations non écrites selon la variété des objectifs gouvernementaux et la discontinuité des moyens mis en œuvre par les pouvoirs publics pour l'appliquer »⁵⁴⁸. Cela risquerait de faire perdre au droit « son autonomie »⁵⁴⁹ : « l'accent ne serait plus mis [exclusivement] sur sa compatibilité aux règles supérieures mais [aussi] sur son efficacité au regard de considérations extérieures », telles que celles économiques⁵⁵⁰.

Mais, force est de constater que construire le droit sur des objectifs signifierait penser le droit aussi « en termes de coût et d'efficacité »⁵⁵¹ assurant « au système juridique et à l'action législative l'efficacité dont il a besoin »⁵⁵².

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ *Ibid.* L'auteur mentionne, par exemple, l'objectif de réduction du nombre de chômeurs de 20 % en trois ans, dont la satisfaction dépend de considérations plutôt économiques.

⁵⁴⁸ Jacques Caillosse, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'objectifs », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, p. 17. Tout au long de son existence, « la loi est entraînée par le cinétisme de la société ambiante ». Selon l'auteur, c'est cette mobilité perpétuelle qui devrait conduire à analyser et à percevoir la loi avec les méthodes de la « dynamique des systèmes » plutôt « qu'avec celle de l'exégèse classique ».

⁵⁴⁹ <https://cejep.univ-larochelle.fr/Les-objectifs-dans-le-droit.html>.

⁵⁵⁰ Parmi lesdites considérations extérieures on peut mentionner les considérations économiques, telles que, par exemple, celles portant sur l'impact économique du droit ou l'attractivité du droit face aux investissements et à la croissance économique. Voy. <https://cejep.univ-larochelle.fr/Les-objectifs-dans-le-droit.html>, pour ce qui concerne la présentation du colloque « Les objectifs dans le droit », qui s'est déroulé les 25 et 26 septembre 2009 à l'Université La Rochelle, Centre d'études juridiques. L'organisateur, prof. Bertrand Faure, a ensuite publié un ouvrage collectif portant sur les points focaux du colloque : Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*. Voy. aussi Bertrand du Marais, « Entre la Jamaïque et le Kiribati. Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale », in Conseil d'État français, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Étude Annuelle 2006, La documentation française 2006, p. 377. L'auteur souligne que la publication annuelle, « à partir de l'automne 2003, des rapports *Doing Business* (DB) par la Société financière internationale (SFI), filiale de la Banque mondiale » a mis en exergue (non sans une certaine polémique) la (in)capacité du « droit en général, et du droit français en particulier, à favoriser la croissance économique ». Le droit pourrait, selon cette publication annuelle, constituer « un obstacle aux développements des transactions économiques », en fonction d'un « indicateur synthétique de la facilité à faire des affaires (*ease of Doing Business*) ». Voy. aussi le Programme « Attractivité économique du droit et de la régulation », en ligne : <https://www.fides.institute/programmes-de-recherche/attractivite-economique-du-droit-et-de-la-regulation/>.

⁵⁵¹ Jacques Caillosse, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'objectifs », in Bertrand Faure (dir.) *Op. cit.*, p. 26-27 ; Nicolas Charbir, « Les objectifs du régulateur. Entre recherche d'efficacité et rappel de légalité », in Marie-Anne Frison-Roche (dir.), *Op. cit.*, 2004.

⁵⁵² Jean-Louis Bergel, « Essai de synthèse », *Revue de la Recherche Juridique*, 1989, p. 975, cité par Jean-François Brisson « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in Bertrand Faure (dir.), *Op. cit.*, p. 31.

Conclusion

Défini pour la première fois dans le rapport *Brundtland*, le développement durable reste un concept difficilement saisissable par le droit, en raison aussi de ses caractères vagues et flous. En particulier, la question qui n'a pas encore été pleinement résolue est celle de savoir s'il s'agit d'une notion juridique ou plutôt politique. Une telle interrogation revêt une importance particulière non seulement pour les théoriciens du droit mais aussi pour tous les autres juristes des différents domaines où cette notion intervient.

En fait, en s'appuyant sur une conception plutôt positiviste, certains auteurs argumentent que tout ce qui ne présente pas un caractère contraignant et/ou un caractère obligatoire devrait être exclus du champ juridique. De ce fait, si la notion de développement durable n'est ni contraignante ni obligatoire, alors elle relève du plan simplement politique (et donc externe au droit). Mais si on réduit cette notion à une simple déclaration de bonnes intentions, les effets qu'elle peut déployer dans le monde juridique sont eux-mêmes limités.

En revanche, conformément à une approche doctrinale différente, il est possible d'envisager la notion de développement durable, qu'elle soit qualifiée de principe ou d'objectif, comme relevant du droit. Dans le premier cas, peu de place est laissée au doute, car les principes constituent la base de notre droit, alors que dans le deuxième cas l'appartenance des objectifs au monde juridique reste souvent un sujet controversé.

Toutefois, en raison d'une conception fonctionnelle qui prend en compte le droit souple comme faisant partie du droit en tant que référence et modèle des conduites, la notion de développement durable peut être considérée comme juridique même en l'absence de force contraignante et obligatoire. En ce sens, le droit ne se limite pas à commander, à régir et à réglementer, mais il donne également la direction des conduites et constitue un modèle d'action.

En les comparant avec les principes, on constate aussi que les objectifs peuvent être imprécis et surtout instables : soumis au vouloir du législateur, ils peuvent être facilement modifiés tout comme retirés.

Pour cette raison, la conception de la notion de développement durable sous la forme de principe serait préférable : les principes constituent, en fait, les normes « les

plus indérogeables de notre droit »⁵⁵³, « l’armature de la pensée juridique »⁵⁵⁴. Cela pourrait revêtir une importance cruciale pour parvenir à la stabilité juridique nécessaire à la réalisation effective des attentes de la protection socio-environnementale, tout en contribuant à modeler les comportements des acteurs, inspirer l’interprétation des juges, guider l’action des fonctionnaires, exercer une pression sur le législateur et orienter les choix normatifs.

⁵⁵³ Benjamin Lavergne, *Op. cit.*, Titre premier « Délimitation de la soft law », Chapitre Premier « La Soft Law, Un Concept Indéterminé », Section première « La Soft Law, Un Concept Doctrinal Mal Identifié »).

⁵⁵⁴ Jean-Louis Bergel, *Op. cit.*, 2012, pp. 96-103.

TITRE II.

L'INTÉGRATION DE LA NOTION DE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

L'intégration de la notion multidimensionnelle de développement durable dans les marchés publics peut être analysée comme la « rencontre »⁵⁵⁵ entre des savoirs différents et hétérogènes, qui font des achats publics durables un champ complexe et interdisciplinaire à maîtriser avec professionnalisme par les acheteurs publics (chapitre 1). D'un point de vue juridique, la prise en compte de la notion de développement durable dans le droit des marchés publics renvoie à la question de l'« autorité juridique »⁵⁵⁶ qu'on peut reconnaître à une telle notion, ce qui suit des logiques différentes sur la base du cadre légal spécifiquement examiné (chapitre 2).

Chapitre 1. La question de la complexité des achats publics durables : l'interdisciplinarité et l'équilibre précaire.

Chapitre 2. Les obstacles sur la voie de la reconnaissance de l'« autorité juridique » du développement durable dans les marchés publics.

⁵⁵⁵ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 22.

⁵⁵⁶ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 72. Sur l'utilisation de l'expression « prise en compte », voy. Laurent Fonbaustier, « La place du critère environnemental dans le droit de la commande publique : une exemplarité en trompe-l'œil ? », in Véronique Coq (dir.), *L'éthique en droit des marchés publics*, Paris, LexisNexis, 2020, pp. 27-41.

CHAPITRE 1.

LA QUESTION DE LA COMPLEXITÉ DES ACHATS PUBLICS DURABLES : L'INTERDISCIPLINARITÉ ET L'ÉQUILIBRE PRÉCAIRE

Selon une partie de la doctrine, les marchés publics constituent un domaine complexe⁵⁵⁷ pour une pluralité de raisons. Par exemple, ils comptent des éléments qu'il est parfois difficile de distinguer, ils représentent un processus commercial à l'intérieur d'un système politique⁵⁵⁸, ils constituent à la fois un marché national significatif et un aspect important du commerce international⁵⁵⁹ qui est « shaped » (forgé)⁵⁶⁰ par de nombreux instruments juridiques ayant des provenances et tonalités normatives différentes. En outre, le « système de passation des marchés, est complexe par nature »⁵⁶¹, comme souligné au sein de la Méthodologie d'évaluation des systèmes de passation des marchés (connue sous l'acronyme anglais MAPS) de l'OCDE. Une telle complexité constitue parfois l'un des arguments majeurs de dissuasion pour les réformes des systèmes des marchés publics nationaux, et contribue à affaiblir le niveau d'adhésion et

⁵⁵⁷ Ann Lawrence Durviaux, *Marchés publics et environnement : mise en perspective*, disponible en ligne : <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/117171/2/MP.ENVI.pdf>. L'auteur met en exergue que le droit des marchés publics et le droit à l'environnement, ce dernier comprenant le droit de l'énergie, ont « une composante technique très importante, [ils sont] élaborés par des niveaux de pouvoirs différents (international, européen, national, régional et local), par des spécialistes dans chaque discipline, [ce qui] emporte un degré de complexité qui constitue un défi pour tout législateur, juge ou praticien, en dépit de la multiplication des explications diffusées ». Voy. aussi Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 5. « The issues and considerations which arise in the regulation of procurement are complex and invite a multidisciplinary approach ». Voy. encore Commission européenne, « Strategic public procurement : facilitating green, inclusive and innovative growth », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 220, confirmant que « public procurement is legally and procedurally complex ». De même, Marta Andrecka et Kateřina Peterková Mitkidis, *Op. cit.*, vol. 1, 2017, p. 73. « Public procurement in itself is a complex system of activities that lead to the purchase of works, services and goods ». Pareillement, Lili Jiang, « Developing multilateral rules on government procurement : the value of soft law », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 733, qui précise que « government procurement is a particularly complex area for international regulation and the complexity of issues involved can lead to complex rules, both for international negotiation and for national implementation ». Voy. aussi UN Capital Development Fund (UNCDF), *Procurement for local development a guide to best practice in local government procurement in least developed countries*, 2013, pp. 1-2, disponible en ligne : <https://www.ilo.org/dyn/asist/docs/F-440941482/UNCDF%20Procurement%20guide.pdf>. « The rules governing procurement are seen as complex and obscure. Even where staff, officials, contractors and suppliers are familiar with the steps of the procurement process they may not understand the purpose of some important steps. [...] Complex procedures may be needed for large, high-value investments but most investment expenditures of local administrations in least developed countries are quite small ».

⁵⁵⁸ Traduit de : Wayne A. Wittig, *Building Value Through Public Procurement: A Focus on Africa*, Paper presented to the 9th International Anti-Corruption Conference, World Bank, 1999, cité par Christine Leon de Mariz, Claude Menard, and Bernard Abeillé, *Public Procurement Reforms in Africa. Challenges in Institutions and Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 18. Les marchés publics sont « a business process within political system ».

⁵⁵⁹ https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm. Voy. aussi Pascal Lamy, « Forward », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. xxvi. « In the future, public procurement and related international trade disciplines are likely to be even more important for global economic growth and development than they are at present ».

⁵⁶⁰ Marta Andrecka et Kateřina Peterková Mitkidis, *Op. cit.*, vol. 1, 2017, p. 73. « Further, focusing solely on the legal setting of public procurement, it needs to be underlined how complex it is. The governing setting is shaped by international law, EU law, national laws, governmental policies as well as choices and practices of individual contracting authorities ».

⁵⁶¹ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Méthodologie d'évaluation des systèmes de passation des marchés*, 2018, p. 9, disponible en ligne : <http://www.mapsinitiative.org/fr/methodologie/>.

d'efficacité des règles internationales portant sur les marchés publics⁵⁶². Sans oublier que la complexité semble s'élever au carré⁵⁶³ là où les marchés publics croisent le développement durable⁵⁶⁴ en donnant lieu aux marchés publics durables ou soutenables.

Venant « de *complexus* qui signifie 'ce qui est tissé ensemble', ce que l'on ne peut séparer »⁵⁶⁵ et ce qui, en même temps, « comporte des éléments divers qu'il est difficile de démêler »⁵⁶⁶, le terme complexité appliqué au domaine des marchés publics peut être analysé sous un double point de vue : celui de l'interdisciplinarité qui caractérise la relation entre l'achat public et le développement durable (Section 1), et celui de l'interaction dynamique entre les piliers du développement durable au sein des marchés publics (Section 2).

Section 1 : L'interdisciplinarité caractérisant la relation entre l'achat public et le développement durable

Les achats publics durables sont situés au carrefour des marchés publics et du développement durable, les deux champs se caractérisant par une multiplicité de savoirs et de techniques, ce qui pose la question de leur interdisciplinarité (paragraphe 1). Cette analyse plutôt théorique permet ensuite d'envisager quelles peuvent être les conséquences – de nature principalement pratique – qui découlent de cette interdisciplinarité pour les acheteurs publics (paragraphe 2).

⁵⁶² Lili Jiang, « Developing multilateral rules on government procurement : the value of soft law », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 735.

⁵⁶³ Entre autres, voy. Robert D. Anderson et Kodjo Osei-Lah, « Forging a more global procurement market : issues concerning accessions to the Agreement on Government Procurement », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 85, qui précise que « the interaction of social and environmental policies with government procurement systems raises complex issues ».

⁵⁶⁴ Rita Roos, *Op. cit.*, 2012, p. 1, selon laquelle « sustainable public procurement is where the concept of sustainable development and public procurement meet » ; Marta Andrecka, « Forward », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 217 ; Beatriz Martinez Romera et Roberto Caranta, *Op. cit.*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 282 ; Wayne A. Wittig, *Public Procurement and the Development Agenda*, 2003, disponible en ligne : https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/wkshop_tanz_jan03/itcdemo1_e.pdf.

⁵⁶⁵ Edgar Morin, « Au-delà du réductionnisme et du holisme : la complexité du global », in Michel Wieviorka (dir.), Laurent Lévi-Strauss (dir.), Gwenaëlle Lieppe (dir.), *Penser global. Internationalisation et globalisation des sciences humaines et sociales*, Paris, Éditions de la maison des sciences de l'homme, pp. 441-447.

⁵⁶⁶ Définition tirée du Dictionnaire LaRousse online.

Paragraphe 1 : L'interdisciplinarité des marchés publics durables comme espace commun de savoirs différents

Les achats publics durables appellent à la connaissance de plusieurs disciplines⁵⁶⁷
« que l'on ne peut séparer » aisément⁵⁶⁸ et qui résultent « difficile[s] de démêler »⁵⁶⁹. Il
s'agit d'une véritable « interdisciplinarité »⁵⁷⁰ interprétée non seulement à l'instar d'« une

⁵⁶⁷ Pour la définition du terme « discipline », voy. Maurice Payette, *Op. cit.*, vol. 5, no. 1, 2001, p. 20, disponible en ligne : <https://www.usherbrooke.ca>. « Le mot discipline est issu de disciple et désigne une personne qui suit la doctrine d'un maître et s'y soumet. Une discipline est alors une branche de la connaissance donnant matière à enseignement. [...] Dans une telle perspective, une discipline est un corps de connaissances dont la logique interne et l'articulation imposent des règles auxquelles les disciples ne peuvent déroger; par exemple, les mathématiques, la géométrie, la physique et la chimie sont des disciplines au sens strict. [...] Dans le langage courant, ce sens s'est élargi pour désigner un champ de connaissances et de pratiques qui présente une spécificité socialement reconnue ».

⁵⁶⁸ Edgar Morin, « Au-delà du réductionnisme et du holisme : la complexité du global », in Michel Wieviorka (dir.), Laurent Lévi-Strauss (dir.), Gwenaëlle Lieppe (dir.), *Op. cit.*, p. 441-447.

⁵⁶⁹ Définition tirée du Dictionnaire LaRousse online.

⁵⁷⁰ Sur l'interdisciplinarité en droit, voy. Eleonora Bottini (dir.), Pierre Brunet (dir.), Lionel Zevounou (dir.), *Usages de l'interdisciplinarité en droit*, Paris, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2014. L'interdisciplinarité constitue « une articulation de savoirs, visant au renouvellement des problématiques, dans laquelle chaque discipline tente de dialoguer avec les autres en conservant ses méthodes et son appareil critique. [...] S'entendre sur les concepts des uns et des autres, ce n'est au fond rien d'autre que de savoir et décider la langue que l'on se mettra à parler » (préface). En particulier, voy. dans l'ouvrage Charles-Edouard Sénac, « Les typologies de la recherche interdisciplinaire », p. 19. « Du point de vue épistémologique, deux exigences sont généralement perçues comme contradictoires : d'une part, la spécialisation de la recherche, condition d'une analyse affinée des phénomènes et, d'autre part, l'ouverture de la recherche, préalable à un désenclavement des problématiques. Du point de vue sociologique, le monde de la recherche n'apparaît pas fondamentalement différent des autres. D'un côté, le souci de justifier l'autonomie de la discipline par rapport aux disciplines voisines [...]. On chérit les 'frontières' disciplinaires [...]. De l'autre, la quête d'une science nouvelle et la remise en cause des structures traditionnelles amènent à favoriser le développement des études interdisciplinaires », en permettant en quelque sorte de connecter les savoirs. Une distinction peut aussi être faite entre « pluridisciplinarité », « transdisciplinarité » et « interdisciplinarité ». La première « recouvre les cas où sont juxtaposées [...] une série de disciplines différentes développant leurs points de vue spécifiques, alors que la deuxième tente « d'abandonner les points de vue particuliers de chaque discipline pour produire un savoir autonome d'où résultent de nouveaux objets et de nouvelles méthodes. Il s'agit cette fois d'une *intégration* de disciplines ». En vertu d'une approche axée sur l'interdisciplinarité, la recherche s'opère à partir « du champ théorique d'une des disciplines en présence qui développe des problématiques et des hypothèses qui recoupent partiellement celles qu'élabore, de son côté, l'autre discipline. Il s'agit cette fois d'une articulation de savoirs qui entraîne, par approches successives, comme dans un dialogue, des réorganisations partielles des champs théoriques en présence ». La « question de l'apport des disciplines externes au droit pour sa compréhension et son usage » est aussi analysé par Régis Lanneau, « L'interdisciplinarité comme questionnement : penser et dépasser (?) les limites des approches juridiques traditionnelles », in Eleonora Bottini (dir.), Pierre Brunet (dir.), Lionel Zevounou (dir.), *Usages de l'interdisciplinarité en droit*, Paris, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2014, p. 35-51. La question que l'auteur se pose est celle de savoir si « [l]a seule connaissance du droit est-elle suffisante pour pratiquer et analyser le droit ? ». L'auteur remarque que « la présence de disciplines extérieures au droit permet au juriste d'opérer un retour réflexif sur sa discipline, sur son usage et sur les solutions qu'il avance ; ces disciplines obligent le juriste (théoricien ou dogmaticien) à questionner ses outils, à en identifier les limites et, par cet effort, à les 'dépasser' ». L'auteur met aussi en exergue que l'interdisciplinarité est un « phénomène faussement moderne ». En outre, « [l]e droit semble dès lors susceptible d'embrasser des champs disciplinaires car il peut, potentiellement, avoir une influence sur ces derniers : le droit s'inscrit dans le monde social et il y est imbriqué. Comme telle, toute régulation ne peut pas se penser uniquement de l'intérieure du droit mais en tenant compte de l'ouverture du droit sur le monde. [...] Avec l'apparition de disciplines extérieures au droit mais susceptibles de parler 'du droit' et de ses 'méthodes', les juristes ont pu s'engager sur le front de la réflexivité ». En outre, le monde universitaire est encore souvent « enclavé dans une conception techniciste de la norme : ce qui est enseigné est le contenu du droit plus qu'une façon de penser le droit à travers ses causes, ses conséquences, ses limitations ou son utilisation. [...] Un raisonnement juridique est un raisonnement qui utilise les catégories juridiques pour penser une situation. [...] Le sens des catégories n'est donc pas découvert par une méthode spécifiquement juridique mais par une appréciation multidimensionnelle de la situation ». Voy. encore Marcel Jollivet, « L'évaluation scientifique : mise à l'épreuve et outil de conception de l'interdisciplinarité », in *Natures – Sciences – Sociétés*, vol. 7, no. 4, 1999 ; Gennaro Ferraiuolo, « Rappresentanza politica, dinamica sovratatali, nazionalismi », in *Rivista di Diritti Comparati*, 2020 ; « Mind meld » (Editorial), in *Nature*, 2015, no. 525, pp. 289-290. « Interdisciplinary science must break down barriers between fields to build common ground. [...] The best

pluralité, une juxtaposition » de disciplines (comme ce serait dans le cas de la pluridisciplinarité⁵⁷¹), mais plutôt comme « un espace commun, un facteur de cohésion entre des savoirs différents »⁵⁷², dont l'interaction a un caractère généralement « dynamique »⁵⁷³. Une telle cohésion n'est pas évidente à atteindre dans la mesure où l'un des principaux obstacles de la pratique interdisciplinaire est l'utilisation de concepts dont le sens diffère d'une discipline à l'autre⁵⁷⁴. Sortir du cadre de référence des diverses disciplines, les mettre en relation et les faire interagir est certainement un « défi »⁵⁷⁵, qui cependant pourrait permettre de faire face à « de problèmes complexes »⁵⁷⁶ tels que ceux liés au développement durable.

Dans ce cadre, la question de l'interdisciplinarité peut s'analyser au sein du domaine des marchés publics de manière isolée par rapport au développement durable (A) ainsi qu'à l'intersection entre les deux (B).

A : L'interdisciplinarité du champ des marchés publics

La compréhension des marchés publics s'appuie sur différents domaines ayant leurs propres logiques, fondements et finalités⁵⁷⁷.

Si les juristes y voient un ensemble de règles, principes, objectifs (à moins d'adopter une approche positiviste excluant ces derniers du champ juridique), procédures et

interdisciplinary science comes from the realization that there are pressing questions or problems that cannot be adequately addressed by people from just one discipline ».

⁵⁷¹ Voy. note en bas de page précédente.

⁵⁷² Georges Gusdorf, *Op. cit.*, vol. 43, 1990, p. 872. « Les spécialistes de diverses disciplines doivent être animés ici d'une volonté commune, d'une bonne volonté. Chacun accepte de faire un effort hors de son domaine propre et de son propre langage technique pour s'aventurer dans un domaine dont il n'est pas le propriétaire exclusif. On pourrait parler de copropriété, concernant un territoire épistémologique déterminé. Tout participant à l'entreprise admet le principe d'un enseignement mutuel ; il souhaite être instruit et instruire, dans le cadre d'un régime de cogestion ». Voy. aussi Maurice Payette, *Op. cit.*, vol. 5, no. 1, 2001, p. 23, disponible en ligne : <https://www.usherbrooke.ca>.

⁵⁷³ On peut attribuer au terme *interdisciplinarité* un caractère généralement dynamique d'interaction, alors que la multidisciplinarité est souvent dépourvue de ce caractère. Voy. Maurice Payette, *Op. cit.*, vol. 5, no. 1, 2001, p. 23, disponible en ligne : <https://www.usherbrooke.ca>.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 23. Voy. aussi James Tunney, « The WTO and sustainability after Doha. A time for re-assessment of the relationship between political science and law? », in John Barry (dir.), Brian Baxter (dir.) et Richard Dunphy (dir.), *Op. cit.*, 2004, p. 188, qui souligne « the need to facilitate a triangular dialogue between politics, political science and law: from the politics of sustainability to sustainability and the law ».

⁵⁷⁵ Maurice Payette, *Op. cit.*, vol. 5, no. 1, 2001, pp. 24-27, disponible en ligne : <https://www.usherbrooke.ca>.

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ Christine Leon de Mariz, Claude Menard, and Bernard Abeille, *Public Procurement Reforms in Africa. Challenges in Institutions and Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 4. « Many disciplines (e.g. law, management, industrial organization, and more recently business intelligence) have been mobilized to shed light on various aspects of procurement ».

critères ; les gestionnaires y voient une série d'étapes induisant « un enjeu de gouvernance »⁵⁷⁸, et les économistes une composante importante des budgets publics⁵⁷⁹.

D'un point de vue juridique, l'« objectif premier des acheteurs publics est souvent de sécuriser leurs marchés [...], ce qui les conduit à sous-estimer l'objectif d'optimisation économique »⁵⁸⁰. Toutefois, selon cette dernière perspective, les marchés publics constituent « avant tout un acte économique »⁵⁸¹ qui répond à une logique premièrement d'efficacité économique⁵⁸² c'est-à-dire à un « profit motive » (la recherche du profit) qui

⁵⁷⁸ Jean Tirole, Stéphane Saussier, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », in *Notes du Conseil d'analyse économique 2015/3*, no. 22, 2015, pp. 1-12.

⁵⁷⁹ Chaque année les autorités publiques de l'UE dépensent environ 14 % de leur PIB en marchés publics. Ceci représente plus de 1,9 billion d'euros. Voy. Commission Européenne, *Fiche thématique du Semestre Européen. Les marchés publics*, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_fr.pdf. Voy. aussi Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Études économiques de l'OCDE : Union européenne*, 2012, et Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Marchés publics: En pourcentage du PIB*, 2010 ; PwC EU Services et Ecorys, *Marchés publics : Le coût de la corruption identifier et réduire la corruption dans les marchés publics au sein de l'UE*, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/pwc_olaf_study_fr.pdf. Selon ce rapport, « en 2010, les passations de marchés publics publiées dans le Journal Officiel et dans la base de données TED atteignaient une valeur totale de 447 milliards d'euros (soit 19% de la dépense totale) ». En France, le poids que représentent les marchés publics est de 89,3 milliards d'euros HT pour 163 519 contrats recensés en 2017 par l'observatoire économique de la commande publique (OECF). Pour l'estimation de la valeur totale agrégée des marchés publics dont le montant est supérieur à 90 000 € HT (et donc soumis au recensement obligatoire) pour la période 2014-2016, veuillez consulter aussi Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie et des finances français, *Rapport à la Commission européenne relatif à l'application de la réglementation en matière de marchés publics pour la période 2014-2016*. Voy. https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm. Selon l'OMC, « [g]overnment procurement accounts for 10-15 per cent of the GDP of an economy on average ». Voy. aussi Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 11. « Through precise figures are hard to come by, government procurement expenditure as a proportion of GDP is frequently stated to be in the region of 15 per cent, though this figure may be significantly higher in countries where government demand represents a higher proportion of total demand for goods and services, frequently the case in developing and transition economies. Government is involved in all aspects of life and provides an increasing number of goods and services ». Voy. également, Christine Leon de Mariz, Claude Menard, and Bernard Abeille, *Public Procurement Reforms in Africa. Challenges in Institutions and Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 15. « It [public procurement] is part of the broader public financial system that includes two important phases : budget formulation and budget execution ».

⁵⁸⁰ Martial Bourquin (Rapporteur), *Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME*, Rapport d'information du Sénat français 2015-2016, no. 82, t. I, 2015, p. 123.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 123.

⁵⁸² Les marchés publics constituent « un enjeu économique essentiel », voy. <https://www.economie.gouv.fr/daj/comande-publique>. Voy. aussi Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, pp. 5, 135, 232 et s. « Procurement (purchasing) is primarily an economic activity. It concerns the economic relationship between vendor and purchaser and, to the extent that transactions occur in the context of a market order, that relationship will be determined by the laws of the market ». En outre selon l'auteur « [g]iven the context of procurement as an economic activity, the basis of most procurement regulation is economic ». En ce sens, « the pure theory of economic efficiency is in reality a question of allocative efficiency ». Toutefois, « allocative efficiency may not be the only goal of a country's procurement policy. [...] Economic interdependence brings with it a degree of vulnerability ». Par exemple, « infant industries would scarcely be able to survive if subjected to international competition from long-advantage would allow them to sell the same products at lower prices. Countries who seek to compensate for their vulnerability in this way will also seek to protect these infant industries from international competition and will erect barriers to trade where such trade would introduce unacceptable competition. Linked to this idea is the fact that many developing countries (notably, economies in transition) need to develop a competitive domestic market. [...] Opening up the market to competition may force the most inefficient out of business but it will also serve as an incentive for the remaining producers to invest in new technology or increase productivity to become more efficient ». Voy. encore Christine Leon de Mariz, Claude Menard, and Bernard Abeille, *Public Procurement Reforms in Africa. Challenges in Institutions and Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 21 ss. Selon les auteurs, les marchés publics sont « a significant percentage of GDP » et « a significant part of public spending ».

encourage à économiser et réduire les coûts⁵⁸³. Si, comme pour tout type d'achat, l'économie est donc une question incontournable⁵⁸⁴, le droit et la gestion jouent un rôle également crucial.

Ces trois disciplines n'agissent pas totalement isolément les uns des autres. Par exemple, en plus d'intervenir dans les questions de légalité et de « sécurité juridique »⁵⁸⁵ en mobilisant ainsi l'arsenal juridique nécessaire pour trancher les litiges, le droit est susceptible de concrétiser les préoccupations économiques des marchés publics en termes juridiques, comme c'est le cas dans la formulation de l'objectif de l'efficacité économique. De son côté, la gestion permet un focus tout au long du processus de ce qui concerne l'optimisation de toutes les étapes dans lesquelles l'achat se décompose, c'est-à-dire la planification, la passation et l'adjudication, et l'exécution du contrat⁵⁸⁶, outre les questions de « public management » et, particulièrement, les pratiques financières,

⁵⁸³ Voy. aussi Peter Trepte, *Op. cit.*, pp. 77-78. « If similar economic objectives [of private actors] were assumed to exist in government buyers, the profit motive could be characterised as the need to save money on one transaction in order to be able to carry out further transactions in the public good. Where resources are scarce, as is often the case in developing and transition economies, this becomes imperative ».

⁵⁸⁴ *Ibid.*, pp. 5, 64 et s. « Procurement (purchasing) is primarily an economic activity. It concerns the economic relationship between vendor and purchaser and, to the extent that transactions occur in the context of a market order, that relationship will be determined by the laws of the market ». L'auteur souligne donc que « the very nature of procurement » est celle économique.

⁵⁸⁵ Entre autres, voy. Commission européenne, *Recommandation (UE) 2017/1805 de la Commission du 3 octobre 2017 sur la professionnalisation de la passation des marchés publics. Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics*, JO L 259 du 7 octobre 2017, article 3, paragraphe 8.

⁵⁸⁶ Sue Arrowsmith (dir.), *Public Procurement Regulation: An Introduction*, Nottingham, University of Nottingham, 2011, p. 1, disponible en ligne : <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>. « There are three phases of the public procurement process : i) Deciding which goods or services are to be bought and when (procurement planning) ; ii) The process of placing a contract to acquire those goods or services which involves, in particular, choosing who is to be the contracting partner and the terms on which the goods or services are to be provided ; and iii) The process of administering the contract to ensure effective performance ». Voy. aussi Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 35 ; Olga Martin-Ortega et Claire Methven O'Brien, « Public procurement and human rights: interrogating the role of the state as buyer », in Olga Martin-Ortega (dir.) et Claire Methven O'Brien (dir.), *Public Procurement and Human Rights. Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer*, Edward Elgar, 2019, p. 5. Les trois étapes du cycle des marchés publics sont les suivantes : « procurement planning », « tendering and award », « contract management ». Certains identifient quatre étapes dans les marchés publics, voy. Marta Andrecka et Kateřina Peterková Mitkidis, *Op. cit.*, vol. 1, 2017, p. 69, notamment « the pre-engagement phase, where the organisation defines and specifies what it requires to satisfy its needs (in public procurement that is the pretender stage while in private sphere this can be described as the 'planning phase'); the acquiring phase (in public context, in majority of cases, a competitive tender process; in private context the contract negotiation or pre-contractual phase); the contract execution (concluding/signing the actual contract); and contract implementation (contractual parties carrying out their obligations under the contract) ».

budgétaires et comptables⁵⁸⁷, tout en faisant face à des règles parfois complexes⁵⁸⁸ et parfois contradictoires⁵⁸⁹. À cela s'ajoute le fait que les contrats par lesquels s'établissent les marchés publics « sont sujets [...] à l'incomplétude contractuelle (il est impossible de prévoir tous les événements pouvant survenir durant l'exécution du contrat) » ainsi qu'« aux asymétries d'information (l'entreprise connaît mieux ses coûts et l'environnement économique que la partie publique) »⁵⁹⁰. L'acheteur public est donc appelé à établir – afin d'obtenir le bien, le service ou le travail satisfaisant son besoin – les spécifications techniques⁵⁹¹, les critères de sélection⁵⁹², les critères d'attribution⁵⁹³ et les conditions d'exécution du marché⁵⁹⁴ les plus adaptés à ses exigences, en sachant qu'un bon achat nécessite la prise en compte des règles du jeu formulées en des termes à la fois

⁵⁸⁷ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *La performance environnementale des marchés publics. Vers des politiques cohérentes*, OECD Publishing, 2003, p. 10. Voy. aussi Stephan W. Schill, « The impact of international investment law on public contracts », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Transnational law of public contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 231. L'auteur observe que « [w]henever foreign investors, whether real persons or judicial entities, are involved in contracts with a public entity, whether directly as a co-contracting party or, at times, indirectly as a shareholder or holder of another real interest in the underlying investment project, rules and principles belonging to the field of international investment law can have an effect in internationalizing public contracts ».

⁵⁸⁸ Christopher McCrudden, « Corporate social responsibility and public procurement », in Doreen Mcbarnet (dir.), Aurora Voiculescu (dir.) et Tom Campbell (dir.), *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and The Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 93-117. « The use of public procurement to achieve increased compliance and its relationship to law is complex and multi-faceted ». Par exemple, dans le cadre européen en matière de marchés publics durables, l'auteur souligne que « legal issues will continue to require clarification. A brief and partial list must suffice: the impact of the EC state aid rules on secondary policies in public; the extent to which issues relating to employment conditions are permissible under the new Directives; the legality of attempts to promote gender and racial equality issues using public procurement; issues relating to the new directives' provisions on sheltered workshops and access to disabled users; the legality of SME development policies; the permissibility of incorporating 'sustainable development' in public purchasing; the relationship between procuring renewable energy and the directives; the use of eco-labels and environmental management schemes under the new directives; the extent to which Corporate Social Responsibility impacts differently on procurement in the utilities sector; the impact of the EC procurement directives on 'fair trade' issues ». Voy. aussi Lili Jiang, « Developing multilateral rules on government procurement : the value of soft law », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 733 et s. « [G]overnment procurement is a particularly complex area for international regulation and the complexity of issues involved can lead to complex rules, both for international negotiation and for national implementation. [...] Meanwhile, the complexity of a procurement agreement may also be reflected in the procedural rules governing the award proceedings of public contracts ».

⁵⁸⁹ Lili Jiang, « Developing multilateral rules on government procurement : the value of soft law », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 734, qui met en exergue l'existence de différents « trends towards regulatory diversity in procurement ».

⁵⁹⁰ Jean Tirole, Stéphane Saussier, *Op. cit.*, no. 22, 2015, pp. 1-12.

⁵⁹¹ Les spécifications techniques définissent les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures. Voy. par exemple la définition établie par l'article 42 de la directive 2014/24/UE. « Ces caractéristiques peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs ».

⁵⁹² Les pouvoirs adjudicateurs sont appelés à vérifier l'absence de motifs d'exclusion des opérateurs économiques et le respect des critères de sélection tels qu'établis. Les critères de sélection peuvent avoir trait : a) à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle ; b) à la capacité économique et financière ; c) aux capacités techniques et professionnelles. Au sein de la directive 2014/24/UE, voy. art. 58.

⁵⁹³ Les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/ efficacité, telle que le coût du cycle de vie. Voy. art. 67 et art. 68 de la directive 2014/24/UE.

⁵⁹⁴ Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché. Voy. art. 70 de la directive 2014/24/UE.

juridiques et managériaux⁵⁹⁵ sans oublier l'estimation et la connaissance des éléments économiques du marché pertinents.

B : L'interdisciplinarité des achats publics durables

Tout comme les marchés publics, le développement durable se construit, lui aussi, sur une multiplicité de savoirs et de disciplines. En prévoir une liste exhaustive n'est cependant pas une tâche évidente compte tenu de l'étendue et de la variété des problématiques socio-environnementales à prendre en compte. Il peut s'agir, par exemple, de connaissances en matière environnementale, sociale, scientifique⁵⁹⁶, anthropologique⁵⁹⁷, etc. Lorsqu'on intègre le développement durable dans les marchés publics, on peut donc s'interroger si et jusqu'à quel point les connaissances relatives à la

⁵⁹⁵ « Procurement or purchasing is merely part of the supply management chain »: les marchés publics concernent différentes étapes, qui sont généralement « carried out by different people ». Voy. Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 35. Voy. aussi Christine Leon de Mariz, Claude Menard, and Bernard Abeille, *Public Procurement Reforms in Africa. Challenges in Institutions and Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 18. Les auteurs soulignent que « public procurement involves a complex succession of interdependent transactions, which makes its monitoring and control particularly difficult ». Voy. aussi Ron Watermeyer, *Op. cit.*, 2014, pp. 1-50. Selon l'auteur « procurement is [...] a process, [...] a succession of logically related actions occurring or performed in a definite manner which culminates in the completion of a major deliverable or the attainment of a milestone ».

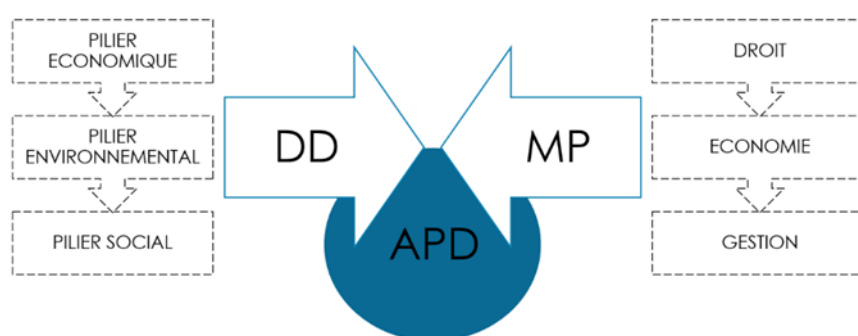
⁵⁹⁶ Viko Lember (dir.), Rainer Kattel (dir.), Tarmo Kalvet (dir.), *Public Procurement, Innovation and Policy. International Perspectives*, Springer, 2014, p. 14 (introduction). Selon les auteurs, la technologie (et les « technological capabilities ») et l'innovation peuvent être prises en compte dans les marchés publics. « The significance and potential of public procurement in inducing innovation has been discussed under many different labels such as 'innovation-oriented public procurement' (Rothwell and Zegveld 1981), 'public procurement for innovation' (Edquist and Zabala-Iturriagoitia 2012), 'public procurement of innovation' and 'innovation-friendly public procurement' (Rolfstam 2012), 'innovative public procurement' (Edler and Georghiou 2007), 'developmental public procurement' (Weiss), 'public technology procurement' (Edquist et al. 2000), 'far-sighted public procurement' (Lucchese and Pianta, 2012), 'forward commitment procurement' (UK DBIS 2011), 'strategic public procurement' (Edler 2010) or 'enlightened public purchasing' (Williams and Smellie 1985). All these various labels – although with somewhat different conceptual nuances and logics – refer to government purchasing activities that foster innovation ». Voy. aussi Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *L'achat public : une réponse aux enjeux climatiques*, 2016, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/guide-climat>, p. 7. « Aborder le changement climatique dans les marchés publics fait appel à différentes notions et compétences complémentaires : juridiques, scientifiques, techniques et économiques ».

⁵⁹⁷ Adalberto Perulli, « Sustainable development, global trade and social rights : an evolutionary perspective », in Adalberto Perulli (dir.) et Tiziano Treu (dir.), *Op. cit.*, 2018, p. 18. « Sustainable Development [...] is [...] an economic theory as well as being juridical and ethical ». Voy. aussi Desmond McNeil, « The concept of sustainable development », in Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 15. L'auteur précise que le développement durable repose sur une pluralité de domaines divers, tels que « ecology, economics and anthropology (or sociology). It should be added that within the field of environmental studies, a whole range of other natural sciences – chemistry, physics, geology, and so on – are predominant. And when one moves from analysis to policy, then others, such as law, become more important, while if one is concerned with fundamental issues then philosophy (whether practical ethics or the philosophy of science) is central. [...] Economics is concerned with the interactions of individuals as rational, self-interested, autonomous, maximising decision-makers. But it treats nature typically as a material resource/constraint. Anthropology regards human beings interacting with one another not only as decision-makers but also as meaning-makers, with the emphasis on the collective. It considers nature both as a resource/constraint and as a locus of meaning. Ecology is concerned with human beings as a species, interacting as biological beings, both with their own and the other species and with the inorganic environment; the emphasis is on the whole as a system ».

durabilité peuvent élargir l'éventail de sujets potentiellement d'intérêt pour les acheteurs publics.

En simplifiant à l'extrême et en considérant que l'espace du développement durable repose sur trois piliers principaux, on peut observer que les achats publics durables (APD) figurent à l'intersection entre cet espace et le domaine des marchés publics, dans une zone où l'interdisciplinarité du développement durable s'ajoute à l'interdisciplinarité des marchés publics⁵⁹⁸.

Figure 3. Interdisciplinarité des achats publics durables (APD)



Sans prétendre à l'exhaustivité, une telle interdisciplinarité peut être représentée, comme dans la figure ci-dessus, à partir de la nature multidimensionnelle qui caractérise à la fois le développement durable et à la fois les marchés publics. D'une part, on a donc le développement durable (abrégé DD dans la figure ci-dessus) qui – avec ses trois piliers économique, environnemental et social – présente une « nature pluridimensionnelle », en raison de laquelle il « supporte [en général] mal d'être un objet d'étude soumis à une contrainte disciplinaire »⁵⁹⁹. De l'autre part, on a les marchés publics (abrégés MP dans

⁵⁹⁸ Tim Stoffel, Carol Cravero, Annamaria La Chimia, Geo Quinot, *Op. cit.*, p. 6. « [T]he complexity increases as the heterogeneous multidimensional nature of sustainability meets the cross-sectional nature of public procurement, which crosses different fields such as law, economics, management, and sustainable development ».

⁵⁹⁹ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuideau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774> ; Marcel Jollivet, « Eléments pour une réflexion interdisciplinaire sur le concept de développement durable », in *Natures – Sciences – Sociétés*, vol. 6, no. 4, 1998, pp. 50-52. Voy. aussi Danièle Bourcier, « Sciences juridiques et complexité. Un nouveau modèle d'analyse. Legal Sciences and Complexity. A New Model », in *Technologies, Droit et Justice*, vol. 61, no. 1, 2011, pp. 37-53, qui souligne « l'impossibilité de réunir tous les textes impliqués dans le traitement d'une matière donnée – par exemple l'environnement, ou l'eau – à l'intérieur d'une *unique compilation*, indépendante, c'est-à-dire non connectée à d'autres corpus. En effet, cette sorte de compilation, utile à l'usage, traverse les frontières qui délimiteraient les sources des textes rassemblés, ou les séparations entre droit interne, communautaire ou international ».

la figure ci-dessus) avec leurs – au moins trois – champs disciplinaires interconnectés, c’est-à-dire le droit, l’économie et la gestion⁶⁰⁰.

En vertu de cette interdisciplinarité caractérisant les achats publics durables, il semble de plus en plus nécessaire d’adopter une approche « comprehensive and cross-sectoral » (globale et transversale)⁶⁰¹ qui puisse tenir compte des divers savoirs⁶⁰² tout en permettant une meilleure maîtrise des questions affectant la bonne réussite d’un achat public. L’objectif n’est pas seulement de faire de *bons* achats sous le point de vue économique, mais de mettre aussi l’accent sur les questions de la sécurité juridique, de la légalité du processus, de la bonne gestion de ce dernier, tout comme de la responsabilité sociale et environnementale⁶⁰³. Autrement dit, un *bon* achat serait celui qui « intègre des dispositions favorisant la protection ou la mise en valeur de l’environnement et du progrès social, et le développement économique ; prend en compte l’intérêt de l’ensemble des parties prenantes concernées par l’acte d’achat ; permet de réaliser des économies ‘intelligentes’ au plus près du besoin et incitant à la sobriété en termes d’énergie et de ressources ; intègre toutes les étapes du marché et de la vie du produit ou de la prestation »⁶⁰⁴. La passation des marchés publics est ainsi « un instrument permettant de parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive » avec « une incidence considérable sur le plan économique en contribuant à mettre en œuvre les priorités [...] dans les domaines de la croissance, de la création d’emplois et des échanges transnationaux » ainsi que de la protection et de la promotion des questions socio-

⁶⁰⁰ Peter Trepte, « Building sustainable capacity in public procurement », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 386. « Strategic procurement also adds new disciplines and competences to the procurement function, such as supply and demand market analysis, supply risk analysis, significant procurement planning, logistic, e-procurement and supply chain management [...] ».

⁶⁰¹ Marco Ceruti, « Sustainable Development and Smart Technological Innovation within PPPs: the Strategic Use of Public Procurement », in *European Public Private Partnership Law Review*, vol. 2, 2017, p. 184.

⁶⁰² Tim Stoffel, Carol Cravero, Annamaria La Chimia, Geo Quinot, *Op. cit.*, p. 6. « [A]dopting a SPP-based approach, requires procurers to have multidisciplinary competences as well as strong and clear political, legal, and institutional frameworks ».

⁶⁰³ Marta Andrecka et Kateřina Peterková Mitkidis, *Op. cit.*, vol. 1, 2017, p. 73. « To be able to conduct a good procurement, not only a legal provisions have to be adhered to but also a sound business decision needs to be made, while at the same time the governmental policy pressures, such as sustainability agenda, need to be considered ». UN Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 6. « The objective of public procurement is often described as ‘Right Item, Right Time, Right Price’ ». Voy. également Tim Stoffel, Carol Cravero, Annamaria La Chimia, Geo Quinot, *Op. cit.*, p. 6. « In other words, when adopting a SPP-based approach, public entities have to look beyond the simple price/cost of the purchases and go beyond a mere economic approach. They have to take into account different kinds of social and environmental considerations without overlooking legal and management issues ».

⁶⁰⁴ Patricia LExcellent, *Op. cit.*, 2018, p. 7.

environnementales⁶⁰⁵, sans oublier le respect du droit auquel personne ne peut se soustraire.

Paragraphe 2 : Les conséquences pratiques de l'interdisciplinarité des APD pour les acheteurs publics : statut et professionnalisation

De l'interdisciplinarité des marchés publics durables – en tant qu'espace commun de savoirs différents –, découle la question des modalités de mise en œuvre par les acheteurs publics de cette complexité intrinsèque. Bien que cela puisse apparaître comme une *intrusion* pratique dans une partie plutôt théorique, il semble quand même important de souligner que les APD – en raison de leur interdisciplinarité – appellent à une pluralité de connaissances tout en exigeant la professionnalisation des acheteurs publics pour pouvoir être conçus et réalisés correctement.

En particulier, force est de constater que des compétences bien précises sont nécessaires « dans toutes les phases du contrat : sélection, suivi de l'exécution du contrat, clôture »⁶⁰⁶. Or, outre les connaissances juridiques, « pour être pleinement compétents, les acheteurs doivent [...] se familiariser avec une « vision économique et gestionnaire lorsqu'ils achètent »⁶⁰⁷, surtout lorsqu'ils sont engagés à « [p]lanifier, budgéter, répartir les risques ou choisir le bon contrat lors de la procédure de passation »⁶⁰⁸, ou encore, à « anticiper les difficultés [lors de l'exécution], maintenir l'équilibre contractuel de départ, réagir correctement aux manquements du titulaire, etc. »⁶⁰⁹. Mais ce n'est pas tout. « Réaliser un achat public nécessite ainsi de connaître l'état de l'offre, les entreprises en mesure de se porter candidates ainsi que les externalités que l'achat implique (participation des PME locales, potentiel d'innovation, impacts sur l'environnement, etc.) »⁶¹⁰. Mais il semble que les acheteurs publics ne soient « pas

⁶⁰⁵ Commission européenne, *Recommandation (UE) 2017/1805 de la Commission du 3 octobre 2017 sur la professionnalisation de la passation des marchés publics. Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics*, JO L 259 du 7 octobre 2017, considérant 1.

⁶⁰⁶ Jean Tirole, Stéphane Saussier, *Op. cit.*, no. 22, 2015, pp. 1-12.

⁶⁰⁷ Jérémy Fass, *La performance de l'achat public*, Mémoire de Master II, Université de Montpellier, 2016, disponible en ligne : https://www.memoireonline.com/04/17/9817/m_La-performance-de-l-achat-public32.html.

⁶⁰⁸ *Ibid.*

⁶⁰⁹ *Ibid.*

⁶¹⁰ Martial Bourquin (Rapporteur), *Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME*, Rapport d'information du Sénat français 2015-2016, no. 82, t. I, 2015, p. 123.

toujours en mesure de maîtriser »⁶¹¹ tous ces savoirs, l'interdisciplinarité des marchés publics n'étant, dans ces cas, qu'un vain mot.

C'est dans ce cadre que la question de la professionnalisation de l'acheteur public peut être traitée sous deux angles : d'une part, on constate une reconnaissance insuffisante du *métier* d'acheteur public (A), et d'autre part il y a une faible attention consacrée au renforcement des capacités des sujets chargés de la passation des marchés publics (B).

A : La reconnaissance du statut d'acheteur public

Tout d'abord, il convient de souligner que « [d]ans la plupart des pays de l'OCDE, le métier d'acheteur public ne bénéficie d'aucune reconnaissance spécifique »⁶¹². Par exemple, « [e]n France, il n'est référencé dans le Répertoire interministériel des métiers que depuis 2010 »⁶¹³. La question du statut des acheteurs est cependant d'une grande importance. Si le « métier d'acheteur public n'est pas reconnu en tant que tel »⁶¹⁴, on risque que le chargé de la passation de marchés publics ne dispose pas de la stabilité professionnelle nécessaire pour accumuler de l'expérience et pour gérer les contrats sur le long terme car appelé, par exemple, « à d'autres fonctions par les dispositifs de mobilité dans la fonction publique »⁶¹⁵, selon un « *turnover* [qui] semble rendre plus difficile l'émergence d'une culture de la commande publique »⁶¹⁶. Il est cependant évident que ladite stabilité doit être pondérée avec l'exigence d'intégrité des acheteurs publics. Car il est notoire que les marchés publics sont une des activités les plus vulnérables et les plus

⁶¹¹ On peut mentionner par exemple la difficulté à maîtriser « la négociation de ses contrats » ou « les sources d'insécurité juridique comme les risques financiers pouvant les affecter ». Sur ce point, voy. entre autres Jean-Marc Sauvé, « Éditorial », in Conseil d'Etat français, *Rapport public 2008 : jurisprudence et avis de 2007 - Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, 30 novembre 2007, p. 9.

⁶¹² Jean Tirole, Stéphane Saussier, *Op. cit.*, no. 22, 2015, pp. 1-12 ; Martial Bourquin (Rapporteur), *Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME*, Rapport d'information du Sénat français 2015-2016, no. 82, t. I, 2015, p. 123. « Bien que le répertoire des métiers du Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) comprenne le poste de 'chargé de la commande publique', il n'existe ni de corps ni de cadre d'emplois spécifiques à l'achat public ». Voy. ainsi Eric Prier, Cliff McCue, Ravi S. Behara, « The value of certification in public procurement: The birth of a profession? », in *Journal of Public Procurement*, vol. 10, no. 4, 2010, pp. 512-540.

⁶¹³ Jean Tirole, Stéphane Saussier, *Op. cit.*, no. 22, 2015, pp. 1-12.

⁶¹⁴ Martial Bourquin (Rapporteur), *Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME*, Rapport d'information du Sénat français 2015-2016, no. 82, t. I, 2015, p. 123.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 123.

⁶¹⁶ *Ibid.* ; Jean Tirole, Stéphane Saussier, *Op. cit.*, no. 22, 2015, pp. 1-12, soulignant que « les changements fréquents d'affectation de ces personnels limitent l'apprentissage 'sur le tas' et la 'mémoire institutionnelle' ».

exposées au risque de corruption en raison de la « close interaction » (interaction étroite) entre les responsables des marchés publics et le secteur privé⁶¹⁷.

Par ailleurs, au regard aux profils des acheteurs publics, une enquête conduite en France par l'Union des groupements d'achats publics (UGAP) estime que 63 % des 370 responsables des achats qui ont répondu en 2011 ont une formation juridique, alors que « seulement 39 % ont suivi une formation [spécifique] au métier d'acheteur »⁶¹⁸. Mais ce n'est pas tout. L'étude indique ainsi que « plus des deux tiers des acheteurs reconnaissent ne pas avoir une bonne connaissance du tissu économique et industriel et près de la moitié d'entre eux affirme ne faire aucune veille économique et technologique »⁶¹⁹. Le même constat peut s'appliquer aux considérations environnementales et sociales, souvent négligées.

Vis-à-vis de la multiplicité de savoirs et de l'interdisciplinarité des marchés publics durables, il semble cependant évident qu'on ne saurait prétendre à avoir de « super-procureurs » (super-acheteurs)⁶²⁰ mais plutôt des équipes d'acheteurs avec des spécialisations diverses en leur sein.

B : Le renforcement de la professionnalisation des acheteurs publics

Comme observé en doctrine et en jurisprudence, une fois embauchés, « les acheteurs publics ne sont, d'une manière générale, pas suffisamment formés »⁶²¹. Or cette situation est susceptible de produire un bon nombre d'effets négatifs dans les marchés publics. Par exemple, les acheteurs publics « ont souvent tendance à lancer des marchés similaires aux précédents afin de ne prendre aucun risque juridique »⁶²². « Cette démarche

⁶¹⁷ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Preventing Corruption in Public Procurement*, OECD Publishing, 2016, p. 6, disponible en ligne : <http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>.

⁶¹⁸ Jean Tirole, Stéphane Saussier, *Op. cit.*, no. 22, 2015, pp. 1-12, mentionnant l'enquête réalisée par l'UGAP et le magazine *Décision Achats* au cours du deuxième trimestre 2011, à laquelle 370 responsables d'achat ont répondu.

⁶¹⁹ *Ibid.*, pp. 1-12, mentionnant l'enquête réalisée par l'UGAP et le magazine *Décision Achats* au cours du deuxième trimestre 2011, à laquelle 370 responsables d'achat ont répondu.

⁶²⁰ Albert Sanchez-Graells, *The European Commission's Recommendation on procurement professionalisation: show me the money* (blog), 2017, disponible en ligne: <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/10/12/the-commissions-recommendation-on-professionalisation-of-public-buyers-show-me-the-money> ; Pedro Telles, *The Commission's recommendation on professionalisation of public procurement* (blog), 2017, disponible en ligne : <http://www.telles.eu/blog/2017/10/10/the-commissions-recommendation-on-professionalisation-of-public-procurement>.

⁶²¹ Martial Bourquin (Rapporteur), *Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME*, Rapport d'information du Sénat français 2015-2016, no. 82, t. I, 2015, p. 123 ; Jean Tirole, Stéphane Saussier, *Op. cit.*, no. 22, 2015, pp. 1-12.

⁶²² *Idem*, p. 123.

‘du précédent’ nuit toutefois à la qualité et à l’adaptabilité de l’achat public, car elle ne permet pas de s’adapter aux évolutions du besoin des acheteurs »⁶²³. En outre, il « semble également que certains outils du code des marchés publics soient sous-utilisés » : tel est par exemple « le cas des critères d’attribution que les acheteurs ont tendance à résumer aux critères ‘prix’ et ‘valeur technique’ », alors que d’autres possibilités existent comme le « caractère esthétique et fonctionnel de l’achat, performances environnementales », etc.⁶²⁴

Il apparaît donc crucial d’intervenir sur la « professionnalisation »⁶²⁵ des acheteurs publics, cette notion désignant « le fait de s’assurer que les pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices possèdent les bons outils et les bonnes connaissances pour mener des procédures de passation de marchés et conclure des marchés efficacement, dans l’objectif général de garantir la durabilité des biens, services et travaux achetés tout en contribuant en même temps à la mise en œuvre globale d’une stratégie en matière de passation des marchés publics »⁶²⁶.

En 2017, la même Commission européenne s’est intéressée au sujet de la professionnalisation des acheteurs publics, tout en identifiant trois axes principaux d’action, à savoir : la structure – c’est-à-dire « l’attribution claire des responsabilités et

⁶²³ *Idem*, p. 123.

⁶²⁴ *Idem*, p. 123.

⁶²⁵ « Il est essentiel de mettre en place des politiques de professionnalisation au niveau national pour faire en sorte que les acheteurs disposent des qualifications, des connaissances et de l’intégrité nécessaires. Ces politiques doivent prendre en considération la formation et la gestion de carrière des personnes chargées des marchés publics, et leur fournir des outils pour rendre plus efficace le processus d’attribution des marchés (outils de passation électronique de marchés, lignes directrices et modèles, par exemple) ». À cela s’ajoutent les « systèmes et outils » faisant « référence à la disponibilité d’instruments, de méthodes, de lignes directrices, de manuels, de systèmes, de procédures, de formulaires, etc. En résumé, il s’agit de l’ensemble des procédures et mécanismes à même d’améliorer l’efficacité du fonctionnement d’un système de passation de marchés publics ». Voy. https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers_fr. Voy. aussi Commission européenne, *Recommandation (UE) 2017/1805 de la Commission du 3 octobre 2017 sur la professionnalisation de la passation des marchés publics. Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics*, JO L 259 du 7 octobre 2017. Il y a « un ensemble de tâches et de fonctions liées à l’utilisation des dépenses publiques, notamment la gestion, la programmation, la mise en œuvre, l’évaluation, le suivi, la gestion financière, le contrôle et l’interopérabilité des systèmes ». Voy. encore Commission européenne, *Recueil d’outils et de bonnes pratiques accompagnant la recommandation de la Commission européenne sur la professionnalisation de la passation des marchés publics. Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics*, 2017, disponible en ligne : <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/32184>. Voy. ainsi Johanna Badenhorst-Weiss, Guy Callender, et Jim McGuire, « Building the procurement profession : A comparative review », in Khi V. Thai (dir.), *Towards new horizons in public procurement*, United States, PrAcademic Press, 2011, pp. 22-41.

⁶²⁶ Commission européenne, *Recueil d’outils et de bonnes pratiques accompagnant la recommandation de la Commission européenne sur la professionnalisation de la passation des marchés publics. Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics*, 2017, disponible en ligne : <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/32184> ; Commission européenne, *Recommandation (UE) 2017/1805 de la Commission du 3 octobre 2017 sur la professionnalisation de la passation des marchés publics. Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics*, JO L 259 du 7 octobre 2017

des tâches aux institutions » –, les ressources humaines effectivement chargées de la passation de marchés publics, et les systèmes et outils d'appui à leurs activités⁶²⁷.

À cet égard, il y a donc un potentiel encore à développer pour parvenir à « l'amélioration générale de l'ensemble des compétences, aptitudes, connaissances et expériences professionnelles des personnes qui accomplissent des tâches liées à la passation de marchés publics ou participent à celles-ci »⁶²⁸. Déjà souligné en 2008 par Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État français, « le développement des procédés contractuels suppose un professionnalisme exemplaire de l'administration »⁶²⁹. Toutefois, « [l]es compétences et les incitations de l'acheteur public » restent, en général, « trop limitées dans un environnement où les asymétries d'information sont omniprésentes et où les détails contractuels sont importants »⁶³⁰. Si « [u]ne personne publique ne saurait être en position d'infériorité par rapport à son cocontractant », alors « des mises à niveau sont nécessaires dans les collectivités publiques »⁶³¹ pour éviter qu'« il demeure un véritable décalage » entre les deux⁶³². La compréhension et la maîtrise de divers savoirs par les acheteurs publics impliquent donc que ceux-ci soient dûment formés à ces fins.

C'est d'autant plus important face aux « nouveaux défis [qui] surgissent dans le domaine des marchés publics », étant donné que, comme la Commission européenne l'a souligné, « l'on attend toujours davantage de ceux-ci qu'ils démontrent une utilisation optimale des deniers publics dans des contextes budgétaires de plus en plus serrés; qu'ils exploitent les possibilités offertes par la numérisation et l'évolution des marchés; qu'ils apportent une contribution stratégique aux objectifs horizontaux et aux valeurs sociétales, tels que l'innovation, l'inclusion sociale et la durabilité économique et environnementale; qu'ils soient aussi accessibles que possible, qu'ils responsabilisent les acteurs quant à la

⁶²⁷ Commission européenne, *Recueil d'outils et de bonnes pratiques accompagnant la recommandation de la Commission européenne sur la professionnalisation de la passation des marchés publics. Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics*, 2017, disponible en ligne : <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/32184> ; Commission européenne, *Recommandation (UE) 2017/1805 de la Commission du 3 octobre 2017 sur la professionnalisation de la passation des marchés publics. Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics*, JO L 259 du 7 octobre 2017

⁶²⁸ Commission européenne, *Recommandation (UE) 2017/1805 de la Commission du 3 octobre 2017 sur la professionnalisation de la passation des marchés publics. Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics*, JO L 259 du 7 octobre 2017, considérant 5.

⁶²⁹ Jean-Marc Sauvé, « Éditorial », in Conseil d'Etat (FR), *Rapport public 2008 : jurisprudence et avis de 2007 - Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, 2008, p. 9.

⁶³⁰ Jean Tirole, Stéphane Saussier, *Op. cit.*, no. 22, 2015, pp. 1-12.

⁶³¹ Jean-Marc Sauvé, « Éditorial », in Conseil d'Etat (FR), *Rapport public 2008 : jurisprudence et avis de 2007 - Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, 2008, p. 9.

⁶³² Jérémy Fass, *Op. cit.*, disponible en ligne : https://www.memoireonline.com/04/17/9817/m_La-performance-de-l-achat-public32.html.

réduction au minimum de l'inefficacité, du gaspillage, des irrégularités, de la fraude et de la corruption, et qu'ils permettent la mise en place de chaînes d'approvisionnement responsables »⁶³³.

Section 2 : L'interaction complexe des piliers du développement durable dans les marchés publics

Comme précisé *supra*⁶³⁴, le développement durable constitue un concept général *attrape-tout* (ou comme les anglophones le diraient, « all-encompassing »⁶³⁵ ou « umbrella »⁶³⁶) se caractérisant par une ambition voire une utopie de l'unité par rapport aux nombreuses questions socio-environnementales qu'il recouvre. À partir de la notion de développement durable en général et de l'hétérogénéité externe et interne à ses trois piliers, on observe que les achats publics durables permettent eux-aussi de prendre en compte une multiplicité de considérations socio-environnementales (paragraphe 1). En outre, la confusion inhérente aux composantes du développement durable se répercute également sur les achats publics durables, qui semblent en cristalliser les relatives contradictions, avec un certain nombre de difficultés lorsqu'on recherche un équilibre (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La multiplicité des considérations socio-environnementales dans les marchés publics durables

L'intégration du développement durable dans les marchés publics appelle à la prise en compte d'une multiplicité de considérations⁶³⁷ à coloration sociale (A) et

⁶³³ Commission européenne, *Recommandation (UE) 2017/1805 de la Commission du 3 octobre 2017 sur la professionnalisation de la passation des marchés publics. Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics*, JO L 259 du 7 octobre 2017, considérant 2.

⁶³⁴ Voy. Chapitre 1 du Titre 1 de la Partie première de la présente thèse.

⁶³⁵ Nico J. Schrijver, *Op. cit.*, vol. 329, 2007, p. 373.

⁶³⁶ Christopher McCrudden, *Op. cit.*, no. 28, 2004, p. 266.

⁶³⁷ Voy. entre autres Nicolas Boulouis, *Op. cit.*, no. 4, 2014, p. 617. L'achat public durable « englobe, sous l'expression 'développement durable', des préoccupations sociales, elles-mêmes diverses (emploi, insertion des personnes handicapées, lutte contre les discriminations) et des préoccupations environnementales ». Selon l'auteur, l'achat public peut « courir plusieurs lièvres à la fois : satisfaire le besoin de l'administration qui passe le marché, mais aussi améliorer l'accès de certaines personnes à l'emploi, préserver l'environnement, soutenir l'économie locale, notamment en renforçant le tissu des petites et moyennes entreprises locales, lutter contre l'emploi d'une main-d'œuvre infantine, ou encore « faire avancer » l'égalité hommes-femmes ? ». Voy. ainsi Roberto Caranta (dir.), Martin Trybus (dir.), *The law of green and social procurement in Europe*, Copenhagen, Djøf, 2010. Selon Laurent Fonbaustier, « La place du critère

environnementale (B), tout en sachant qu'il n'est pas toujours possible de ramener certaines de ces préoccupations à un pilier précis du développement durable en raison de leur caractère transversal.

A : L'éventail des aspects sociaux dans les marchés publics

Tout comme le développement durable englobe de nombreuses préoccupations socio-environnementales, la catégorie des marchés publics socialement responsables se caractérise par un bon nombre de considérations allant de la protection de certains acquis sociaux à la promotion d'aspects d'inclusion sociale et de réduction des inégalités. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'intégration du pilier social dans les marchés publics implique que les acheteurs publics peuvent être appelés à : veiller au respect des droits des travailleurs conformément aux normes du travail⁶³⁸ et à la notion de travail décent⁶³⁹ ;

environnemental dans le droit de la commande publique : une exemplarité en trompe-l'œil ? », in Véronique Coq (dir.), *L'éthique en droit des marchés publics*, Paris, LexisNexis, 2020, pp. 27-41, il serait « fâcheux » de « confondre protection de l'environnement et développement durable ».

⁶³⁸ Visant par exemple la santé et la sécurité au travail des travailleurs, le respect de la législation nationale et des conventions collectives en vigueur. L'annexe X de la directive 2014/24/UE sur les marchés publics établit la liste des Conventions Internationales dans les domaines social et environnemental qui sont visées à l'article 18, paragraphe 2 et qui constituent une référence pour « [l]es États membres [pour qu'ils] prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail ». Dans le domaine du droit du travail, on peut mentionner les obligations découlant de : Organisation internationale du travail (OIT), Convention no. 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 ; Organisation internationale du travail (OIT), Convention no. 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 ; Organisation internationale du travail (OIT), Convention no. 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, 1973 ; Organisation internationale du travail (OIT), Convention no. 111 concernant la discrimination (emploi et profession), 1958 ; Organisation internationale du travail (OIT), Convention no. 100 sur l'égalité de rémunération, 1951. Voy. aussi Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, pp. 169-170. L'auteur tente de lister « the most common policies » qui se focalisent « in varying degrees », sur « the protection or enhancement of employment rights and conditions, human rights, social (gender and racial) equality in employment, minority interest rights (for example business owned or operated by minorities groups based on race, gender and degree of disability), small business ». Voy. Albert Sanchez-Graells, « Regulatory substitution between labour and public procurement law: the EU's shifting approach to enforcing labour standards in public contracts », in *European Public Law Journal*, vol. 24, no. 2, 2018, pp. 229-254 ; Albert Sanchez-Graells (dir.), *Op. cit.*, 2018 ; Grith Skovgaard Ølykke, « The provision on abnormally low tenders : a safeguard for fair competition ? », in Grith Skovgaard Ølykke (dir.) et Albert Sanchez-Graells (dir.), *Reformation or deformation of the EU public procurement rules*, Edward Elgar, 2016, pp. 146-169.

⁶³⁹ « Ce concept universel repose sur la conviction que les personnes ont droit à un emploi productif dans des conditions de liberté, d'égalité, de sécurité et de respect de la dignité humaine. Le programme pour un travail décent repose sur quatre piliers d'égale importance et interdépendants : le droit à un travail productif librement choisi, les principes et droits fondamentaux au travail, un emploi assurant un revenu décent et enfin la protection sociale et le dialogue social ». Commission Européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, p. 7. Sur cette notion, voy. aussi les initiatives de l'OIT en matière de travail décent, comme entre autres Conférence internationale du Travail, Organisation internationale du travail (OIT), *Déclaration du centenaire de l'OIT pour l'avenir du travail*, 21 juin 2019 à l'occasion de sa cent huitième session. Voy. aussi l'objectif de développement durable (ODD) n. 8 sur le travail décent et croissance économique au sein du programme de développement durable à l'horizon 2030. Voy. aussi Commission européenne, *Promouvoir un travail décent pour tous La contribution de l'Union à la mise en œuvre de l'agenda du travail décent dans le monde*, COM(2006) 249, 24 mai 2006, p. 2 : « Combiner ainsi compétitivité économique et justice sociale est au centre du modèle de développement européen. Contribuer activement à la promotion du travail décent fait partie intégrante de l'Agenda social européen et des efforts de l'UE pour projeter ses valeurs et faire partager son

s'assurer de la non-violation des droits de l'homme⁶⁴⁰ ; promouvoir l'inclusion sociale⁶⁴¹ ; promouvoir la représentation équilibrée des femmes et des hommes⁶⁴² parallèlement à la non-discrimination ; encourager la prise en compte des considérations relatives au commerce équitable⁶⁴³ ; promouvoir le développement des petites-moyennes

expérience et son modèle de développement économique et social intégré ». Voy. aussi Commission européenne, *Un agenda social renouvelé: opportunités, accès et solidarité dans l'Europe du XXIe siècle*, COM(2008) 412 final, juillet 2008.

⁶⁴⁰ Olga Martin-Ortega et Claire Methven O'Brien, « Public procurement and human rights: interrogating the role of the state as buyer », in Olga Martin-Ortega (dir.) et Claire Methven O'Brien (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 3 ss. « Human rights recognise the inalienable dignity and equality of all human beings and their correlate basic entitlements ». Voy. aussi Olga Martin-Ortega et Andy Davies (MBA FCIPS), *Protecting human rights in the supply chain. A guide for public procurement practitioners*, 2017, disponible en ligne : <http://www.hrprocurementlab.org/wp-content/uploads/2017/06/KnowledgeLUPC-ProtectingHumanRightsintheSupplyChain2.pdf> ; International Learning Lab on Public Procurement and Human Rights, *Public Procurement and Human Rights : a survey of twenty jurisdictions*, disponible en ligne : <https://www.hrprocurementlab.org/resources/>. L'annexe X de la directive 2014/24/UE sur les marchés publics établit la liste des Conventions Internationales dans le domaine social et environnemental visées à l'article 18, paragraphe 2. Cet article prévoit que « [l]es États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe X ». Dans cet annexe, les Conventions visant les droits de l'homme formulées au sein de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) sont : la Convention no. 29 sur le travail forcé, la Convention no. 105 sur l'abolition du travail forcé, Convention no. 182 sur les pires formes de travail des enfants. Pour ce qui concerne le respect des droits de l'homme de la part des entreprises dans leurs activités, voy., entre autres, Conseil des droits de l'homme (CDH) des Nations unies, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*, UN. Doc. A/HRC/17/31, 21 mars 2011 ; Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, OECD Publishing, 2011, disponible en ligne : <https://www.oecd.org/fr/gouvernementdentreprise/mne/>. Les Principes directeurs sont des « recommandations que les gouvernements adressent aux entreprises multinationales afin de favoriser une conduite raisonnable des entreprises dans les domaines des relations professionnelles, des droits de l'homme, de l'environnement, de la fiscalité, de la publication d'informations, de la lutte contre la corruption, des intérêts des consommateurs, de la science et de la technologie, et de la concurrence ». Voy. aussi Carol Cravero, « Promoting Supplier Diversity in Public Procurement: A Further Step in Responsible Supply Chain », in *European Journal of Sustainable Development Research*, vol. 2, no. 1, 2018, p. 5, qui précise « when combining human rights with public procurement, the issue is no longer just the promotion of decent, fair and safe work in business, but it calls into questions the potential role and liability of the public buyer.³⁰ In other words, if we require that what the contracting authority is buying (and its supply chain) has to respect human and labour rights, we should also ask ourselves to what extent the contracting authority has or can play an active role in checking the compliance with these rights as well as its potential power of sanction in case of non-compliance on the company's side having successfully awarded the public contract ». Voy. aussi Richard Craven, « The role of public procurement in the fight to eradicate modern slavery in the UK construction industry » in Gustavo Piga (dir.) et Tunde Tatrai (dir.), *Op. cit.*, 2016, pp. 22-37.

⁶⁴¹ « Le soutien de l'inclusion sociale et promotion des organisations d'économie sociale, notamment : – égalité d'accès aux appels d'offres pour les entreprises dont les propriétaires ou les employés sont issus de minorités ethniques ou autres (coopératives, entreprises sociales et organisations sans but lucratif, par exemple) ; – promotion du soutien à l'emploi des personnes handicapées, y compris sur le marché du travail ouvert ». Voy. Commission Européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, p. 8.

⁶⁴² « La notion de représentation équilibrée des femmes et des hommes s'applique non seulement à la sous-représentation des femmes dans certains secteurs, mais aussi à la sous-représentation des hommes dans les secteurs «féminisés» comme la garde d'enfants ou l'enseignement scolaire de base ». Voy. Commission Européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, p. 7 (note en bas de page no. 9).

⁶⁴³ La problématique de la prise en compte des considérations relatives au commerce équitable dans les marchés publics a été abordée dans Commission européenne, *Contribuer au développement durable: le rôle du commerce équitable et des systèmes non gouvernementaux d'assurance de la durabilité liés au commerce*, COM(2009) 215, 5 mai 2009. Au sein de l'UE, on prévoit la possibilité, sous certaines conditions, de tenir compte des questions de commerce équitable dans les spécifications des appels d'offres et les conditions des marchés. « Un pouvoir adjudicateur peut souhaiter acheter des produits apportant une contribution au développement durable (ci-après dénommés 'produits issus du commerce équitable'). Si c'est le cas, il intégrera aux spécifications de son appel d'offres des considérations à l'avenant, mais ne pourra pas exiger que les produits portent un label ou une certification de commerce équitable spécifique, car

entreprises (PME)⁶⁴⁴ dont le personnel est, au moins en partie, issues de couches sociales défavorisées ; favoriser le « plus grand respect volontaire de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) »⁶⁴⁵ en lien avec les questions de « business ethics »⁶⁴⁶ ; accroître les possibilités d'emploi pour les personnes qui en sont éloignées pour de multiples raisons, comme c'est le cas, par exemple, des jeunes, des personnes issues de groupes défavorisés⁶⁴⁷, des personnes en situation d'handicap⁶⁴⁸, des chômeurs de longue durée (auxquels les règles françaises portant sur les marchés publics s'adressent depuis les années 1990, même si avec quelques fluctuations⁶⁴⁹), etc.

cela empêcherait les produits sans certification d'accéder au marché, même s'ils répondent à des critères de commerce durable similaires. Il s'agit là d'un principe global qui ne s'applique pas uniquement aux labels de commerce équitable, mais à tous les labels exigeant une certification préalable de l'opérateur économique ou de ses produits. De même, un pouvoir adjudicateur qui souhaite acheter des produits 'bio' ne peut pas exiger un éco-label spécifique mais peut demander, dans le cahier des charges, le respect de critères spécifiques d'agriculture biologique ». Voy. Commission Européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, pp. 31-32. Ce guide présente l'exemple de la Ville de Düsseldorf (Allemagne), en précisant que « [s]i un pouvoir adjudicateur souhaite acheter du café ou des fruits issus du commerce équitable, il peut par exemple insérer dans les conditions d'exécution du contrat de marché public une clause demandant que le fournisseur accorde aux producteurs une rémunération leur permettant de couvrir les coûts d'une production durable: ceux que représentent des salaires et des conditions de travail décentes pour les travailleurs concernés, des méthodes de production respectueuses de l'environnement et des mesures permettant d'améliorer les processus de production et les conditions de travail ».

⁶⁴⁴ On peut favoriser l'accès des PME aux marchés publics « grâce à la réduction du coût et/ ou de la charge [administrative potentielle] ». Pour cela, il est par exemple possible, le cas échéant, « de faire en sorte que la taille des marchés ne soit pas en soi un obstacle à la participation des PME en leur donnant suffisamment de temps pour préparer leurs offres, en effectuant les paiements en temps et en heure, en définissant des exigences proportionnées sur le plan économique et des qualifications, etc.; – égalité des chances en améliorant la visibilité des offres de sous-traitance ». Commission Européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, p. 8 ; Martin Trybus et Marta Andrecka, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU? », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, pp. 224-238 ; Martin Trybus, « The promotion of small and medium sized enterprises in public procurement : a strategic objective of the new public sector directive ? », in Roberto Caranta (dir.), François Lichère (dir.), et Steen Treumer (dir.), *Modernising public procurement : the new directive*, Copenhagen, Djøf, 2014, pp. 255-280 ; Sarah Schoenmaekers, « The role of SMEs in promoting sustainable procurement », in Beate Sjøfjell (dir.) et Anja Wiesbrock (dir.), *Op. cit.*, 2015, pp. 160-181.

⁶⁴⁵ Commission Européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, p. 9, qui précise la possibilité de « [d]éveloppement de l'engagement volontaire en faveur de la 'responsabilité sociale des entreprises' (RSE), ce qui suppose que les entreprises acceptent de leur plein gré de devancer la législation et d'agir en faveur des objectifs environnementaux et sociaux dans leurs activités quotidiennes ». L'objectif serait dans ce cas « de travailler avec les fournisseurs pour faciliter le respect des principes de travail décent et de responsabilité sociale d'entreprise tout au long de la chaîne d'approvisionnement ».

⁶⁴⁶ Marta Andrecka et Katerina Peterková Mitkidis, *Op. cit.*, vol. 1, 2017, p. 64 ; Christopher McCrudden, « Corporate social responsibility and public procurement », in Doreen Mcbarnet (dir.), Aurora Voiculescu (dir.) et Tom Campbell (dir.), *Op. cit.*, pp. 93-117. « The integration of social and environmental concerns in business operations, as CSR has sometimes been defined, is nothing new ».

⁶⁴⁷ Il s'agit, par exemple, de : « travailleurs migrants, minorités ethniques, minorités religieuses, personnes présentant un faible niveau d'éducation, etc ». Voy. Commission Européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, p. 7. Voy. ainsi Christopher McCrudden et Stuart G. Gross, « WTO Government procurement rules and the local dynamics of procurement policies : a Malaysian case study », in *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, p. 151.

⁶⁴⁸ Christopher McCrudden, « Corporate social responsibility and public procurement », in Doreen Mcbarnet (dir.), Aurora Voiculescu (dir.) et Tom Campbell (dir.), *Op. cit.*, pp. 93-117. « As regards the use of procurement for meeting the needs of those who are disabled, the Commission has supported the establishment of a Pilot Project ("Build for All") to mainstream disability policies, in particular promoting accessibility to the built environment ».

⁶⁴⁹ Voy. Circulaire interministérielle française, *Prise en compte de critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics*, 29 décembre 1993 adopté suite à la réunion du Comité Interministériel pour la Ville du 29 juillet 1993 dans l'objectif de favoriser le développement d'activités dans les quartiers difficiles ou au bénéfice

Ces considérations rentrent dans la catégorie générale des marchés dits *sociaux* ou *socialement responsables*, et peuvent être regroupées en trois sous-catégories principales, notamment le volet *éthique* (portant, entre autres, sur le respect des droits de l'homme), le volet *équitable* (lié aux questions de commerce équitable telle que la rémunération du producteur initial dans des conditions satisfaisante), et le volet de *promotion sociale* (visant à l'inclusion des groupes défavorisés, des personnes vulnérables, *etc.*).

Vis-à-vis de cette liste (non exhaustive) de préoccupations sociales, il existe un arsenal juridique et opérationnel assez varié à la disposition de l'acheteur public, allant de la formulation de spécifications techniques, de critères de sélection, de conditions d'exécution alignés aux besoins sociaux, jusqu'à la réservation du marché, pour ne citer qu'eux. L'application de toutes ces considérations nécessite cependant un bon nombre de connaissances de la part des acheteurs publics, qui peuvent être acquises soit à travers des formations spécifiques et continues soit à travers « l'apprentissage 'sur le tas' et la 'mémoire institutionnelle' »⁶⁵⁰. Bâtir une « culture »⁶⁵¹ de l'achat public social est bien évidemment crucial afin de parvenir à une meilleure maîtrise des multiples enjeux dans un domaine qui « a la réputation d'être très fonctionnel, technique »⁶⁵². C'est d'autant plus vrai à la lumière du constat que « l'intégration du critère social reste compliquée. Tous les marchés ne s'y prêtent [peut-être] pas »⁶⁵³.

de leurs habitants. Suivant cette finalité, il est possible d'introduire, au sein des procédures d'appel à la concurrence prévues par le code des marchés publics, une clause liant l'exécution des marchés de travaux publics à une action locale de lutte contre le chômage et pour l'insertion professionnelle ». Voy. également Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), arrêt du 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff. C-31/87 ; Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), arrêt du 26 septembre 2000, *Commission c/France*, aff. C-225/98, ce dernier pour ce qui concerne l'utilisation du « critère additionnel » relatif à l'emploi par la Région Nord-Pas-de-Calais. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent « utiliser comme critère une condition liée à la lutte contre le chômage pourvu que cette condition respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et notamment le principe de non-discrimination tel qu'il découle des dispositions du traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services » (point 50). Toutefois, en droit interne français, le Conseil d'État condamne explicitement le critère social en 2001, voy. Conseil d'État français, 25 juillet 2001, Commune de Gravelines, selon lequel « le critère additionnel retenu par la commune était sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution ». L'idée que le critère social peut être utilisé dans le cadre de marchés dont l'objet n'est pas uniquement social a pris du temps avant de s'affirmer totalement.

⁶⁵⁰ Jean Tirole, Stéphane Saussier, *Op. cit.*, no. 22, 2015, pp. 1-12.

⁶⁵¹ Martial Bourquin (Rapporteur), *Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME*, Rapport d'information du Sénat français 2015-2016, no. 82, t. I, 2015, p. 123 ; Jean Tirole, Stéphane Saussier, *Op. cit.*, no. 22, 2015, pp. 1-12, soulignant que « les changements fréquents d'affectation de ces personnels limitent l'apprentissage 'sur le tas' et la 'mémoire institutionnelle' ».

⁶⁵² Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 20. Contrairement, Philippe Rees, « Le droit de la commande publique en état d'urgence », in *Contrats et Marchés publics*, no. 5, mai 2020, repère 5, selon lequel « on peut observer que les règles de la commande publique n'ont pas la rigidité qu'on semble leur prêter », surtout dans une situation de crise sanitaire. Pour ce qui concerne la crise sanitaire et le droit des marchés publics, voy. deuxième chapitre, deuxième titre de la deuxième partie.

⁶⁵³ Voy. les paroles de Sébastien Taupiac de l'UGAP, <https://www.decision-achats.fr/Decision-Achats/Article/Acheteur-public-un-metier-qui-se-professionnalise-41681-1.htm>. Voy. ainsi Josephine Barraket, Robyn Keast et Craig Furneaux, *Social Procurement and New Public Governance*, Londres et New York, Routledge, 2016.

B. L'éventail des aspects environnementaux dans les marchés publics

À son tour, l'intégration du pilier environnemental dans les achats publics signifie prendre en compte une multiplicité de considérations divergentes les unes des autres mais contribuant toutes au phénomène de « verdissement »⁶⁵⁴, d'« écologisation »⁶⁵⁵, d'« environnementalisation »⁶⁵⁶ des marchés publics (en anglais, « process of greening public purchases »⁶⁵⁷), ce qui est en lien avec les défis « relatifs au changement climatique, à l'utilisation des ressources et à la consommation et à la production durables »⁶⁵⁸.

Dans ce cadre, les considérations environnementales intégrées dans les marchés publics couvrent, entre autres, la réduction des émissions de gaz à effet de serre - GES (par ex. CO₂), des fumées, poussières et émissions polluantes (par ex. NO_x, HCNM et

⁶⁵⁴ Catherine Ribot, « La commande publique écoresponsable », in *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, t. 2, Université Montpellier I, 2007, pp. 283-301 ; Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, disponible en ligne : fhalshs-00673124, p. 14.

⁶⁵⁵ Le terme « écologisation » est utilisé surtout par rapport aux politiques publiques. Voy. par exemple Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, « Écologisation des pratiques et territorialisation des activités : une introduction », in *Développement durable et territoires*, vol. 11, no. 1, avril 2020, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>. Par écologisation, les auteurs entendent toute « entreprise de recadrage cognitif et normatif – un changement dans la manière de penser et de juger une conduite sociale – visant à une inflexion écologique plus ou moins forte des normes (légalles ou implicites) et pratiques sociales en vigueur dans le domaine considéré. [...] L'écologisation peut s'appuyer sur des normes précises (par exemple, la définition de seuils pour évaluer la qualité de l'environnement ; les zonages et quotas pour préserver les ressources naturelles, etc.), généralement portées par des acteurs institutionnels, ou bien être menée de façon plus informelle par des acteurs divers (institutions, associations, usagers, citoyens...) se référant à différents registres (éthiques environnementales, écologie scientifique ou militante...), souvent imbriqués en situation ».

⁶⁵⁶ On reprend ici le terme déjà utilisé au sein du colloque « L'environnementalisation du droit » qui s'est déroulé vendredi 1 juin 2018 à Lyon, <https://univ-droit.fr/actualites-de-la-recherche/manifestations/26790-1-environnementalisation-du-droit>. « Manifestation de l'hétéronomie du droit et de la pénétration croissante de ses sources matérielles, l'environnementalisation du droit constitue un phénomène transversal gagnant sans cesse en amplitude. Ce mouvement affecte aujourd'hui l'ensemble de ses branches, autant que les principes, techniques et concepts mis au service de la finalité environnementale ». Il en résulte une véritable hybridation propre à la pensée écologique.

⁶⁵⁷ Andrea Appoloni, Alessio D'Amato et Cheng Wenjuan, *Is Public Procurement Going Green? Experiences and Open Issues*, Munich Personal RePEc Archive Papers, no. 35346, 2011, p. 3. Voy. ainsi Peter Kunzlik, « Making the market work for the environment : acceptance of (some) 'green' contract award criteria in public procurement », in *Journal of environmental law*, vol 15, no. 2, 2003, pp. 175-201.

⁶⁵⁸ Commission Européenne, *Acheter vert. Un manuel sur les marchés publics écologiques*, 3e édition, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2016, p. 4 ; Donald Marron, « Les achats publics plus écologiques en tant qu'instrument de la politique environnementale », in *Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire*, vol. 3/4, 2004 ; Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Marchés publics et environnement : problèmes et solutions pratiques*, OECD Publishing, Paris, 2000 ; United Nations Environment Programme (UNEP), United Nations Office for Project Services (UNOPS), International Labour Organisation (ILO), and the ILO'S International Training Center (ITC/ILO), *Buying for a Better World. A Guide on Sustainable Procurement for the UN System*, 2011.

particules)⁶⁵⁹ ; la réduction de l'utilisation de certains matériaux, comme la plastique⁶⁶⁰ ; la restriction des substances dangereuses et toxiques⁶⁶¹ ; l'augmentation des économies en énergie ou en eau⁶⁶² ; la fixation de niveaux de consommation maximaux ; la prise en compte de la performance environnementale des produits ; la promotion de l'utilisation d'énergies renouvelables ; la réduction de la production de déchets et l'économisation de matières premières ; la réutilisation des produits ; le recyclage des matériaux (par ex.

⁶⁵⁹ Les émissions de gaz à effet de serre (GES) et les émissions polluantes sont générées par « tous les secteurs de l'économie [...] pour la production, l'emballage, le transport, l'utilisation et la gestion en fin de vie des produits, biens et services que nous consommons tous les jours ». Pour ce qui est des GES, comme il a été mis en exergue à plusieurs niveaux, « [d]e plus en plus d'organisations réalisent le bilan des émissions GES de leurs activités, ce bilan étant obligatoire dans certains cas ». Par rapport à ce bilan, il est évident que « [l]es achats peuvent représenter une contribution significative des émissions de GES associées au fonctionnement » de l'autorité publique, laquelle peut faire une véritable « cartographie GES de ses achats et ainsi hiérarchiser les familles à enjeux ». Voy. Direction des Affaires Juridiques, Op. cit., 2016, p. 10, disponible en ligne: <https://www.economie.gouv.fr/daj/guide-climat>.

⁶⁵⁹ <https://gpp2020.eu/home/>.

⁶⁶⁰ Par « plastique » on entend « un matériau constitué d'un polymère tel que défini à l'article 3, point 5, de : Parlement Européen et le Conseil de l'Union Européenne, *Règlement no. 1907/2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une agence européenne des produits chimiques*, 18 décembre 2006. À ce polymère, des additifs ou autres substances peuvent être ajoutés. Voy. le Décret français no. 2019-1451 du 24 décembre 2019 portant sur l'interdiction de certains produits en plastique à usage unique à partir du premier janvier 2020 et d'autres en 2021. Le produit en plastique à usage unique est défini par le même décret comme le « produit fabriqué entièrement ou partiellement à partir de plastique et qui n'est pas conçu, créé ou mis sur le marché pour accomplir, pendant sa durée de vie, plusieurs trajets ou rotations en étant retourné à un producteur pour être rempli à nouveau, ou qui n'est pas conçu, créé ou mis sur le marché pour être réutilisé pour un usage identique à celui pour lequel il a été conçu ». Il s'agit, par exemple, des assiettes, gobelets, pailles, couverts jetables composés entièrement de plastique. L'interdiction légale d'utiliser la plastique, là où elle est établie, s'applique bien évidemment à tous les secteurs d'activité, y compris les marchés publics. Sur cette base, la Tanzanie, l'Afrique du Sud, le Kenya et d'autres États africains ont banni les sachets en plastique de petite taille. Voy. respectivement Tanzanian Government Notice n. 394 de 2019, Plastic Bags Prohibition Regulations, 17 mai 2019 ; Department of environmental affairs and tourism of South Africa, Regulations under section 24 (d) of the-environment conservation Act (act no. 73 of 1989) - Plastic carrier bags and plastic flat bags, 9 May 2003 ; Reviva Hasson, Anthony Leiman, Martine Visser, « The economics of plastic bag legislation in South Africa », in *South African Journal of Economics*, vol. 75, no. 1, 2009, pp. 66-83.

⁶⁶¹ Par exemple, en vertu de l'article 18, paragraphe 2 de la directive de l'Union européenne 2014/24/UE les « États membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics, les opérateurs économiques se conforment aux [...] dispositions internationales en matière de droit environnemental [...] énumérées à l'annexe X », telle que la Convention de Rotterdam du 10 septembre 1998 sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international (PNUE/FAO) (Convention PIC), et ses trois protocoles régionaux, ainsi que la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (convention de Bâle).

⁶⁶² En Europe, par exemple, la « décision n. 1600/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juillet 2002 établissant le sixième programme d'action communautaire pour l'environnement reconnaît la nécessité d'adopter des mesures spécifiques en faveur de l'efficacité énergétique et des économies d'énergie ». De même, « la communication de la Commission du 10 janvier 2007 intitulée 'Une politique de l'énergie pour l'Europe' a proposé que l'Union européenne s'engage à parvenir à [...] améliorer l'efficacité énergétique de 20 %, à augmenter la part des sources d'énergie renouvelables à 20 % et la part des énergies renouvelables dans le transport à 10 %, pour améliorer entre autres la sécurité de l'approvisionnement en énergie grâce à la diversification du bouquet énergétique ». Directive 2009/33/CE du 23 avril 2009 relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie, considérant 3 et 4.

d'emballage) et des produits en fin de vie⁶⁶³ ; la promotion de produits « bio » (issus de l'agriculture biologique)⁶⁶⁴ et locaux⁶⁶⁵, etc.

Ces considérations rentrent dans la catégorie des marchés publics dits *écologiques*, *verts*, ou *écoresponsables*, dont les plus répandus en Europe semblent être le « low-carbon procurement »⁶⁶⁶ et les marchés d'« ordinateurs éco-énergétiques, mobilier de

⁶⁶³ Le triptyque de (i) réduction de déchets et économisation de matières premières, (ii) réutilisation des produits pour prolonger leur durée de vie, (iii) recyclage des matériaux (par ex. d'emballage) et des produits en fin de vie, forme la base de la règle très connue dite des « trois R » à la base d'une économie circulaire. Le modèle d'économie circulaire, qui constitue « un concept relativement récent », s'oppose au modèle de consommation linéaire. Ce dernier, qui est généralement décrit selon le triptyque de « take, make, dispose », ne semble plus soutenable « compte tenu du caractère limité des ressources ». Les marchés publics peuvent jouer un rôle important dans la promotion du développement d'une économie circulaire. Au sein des marchés publics, l'approche circulaire « suppose de voir plus loin que les besoins à court terme et d'envisager les incidences à plus long terme de chaque acquisition, ce qui implique également de s'interroger sur la nécessité même de l'acquisition », de « se concentrer sur la conception du produit, sa phase d'utilisation et sa fin de vie (en optant pour les transactions d'achat/revente et les systèmes produits-services) », tout en s'engageant « avec les fournisseurs et les acteurs du marché au sens large à définir des solutions circulaires ». Commission européenne, *Des marchés publics pour une économie circulaire. Bonnes pratiques et orientations*, 2018, p. 13, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/cp_european_commission_brochure_fr.pdf. Pour la définition d'économie circulaire, voy. SPP Regions (Sustainable Public Procurement Regions) Project Consortium, *Circular Procurement Best Practice Report*, 2017, p. 1, disponible en ligne : http://www.sppregions.eu/fileadmin/user_upload/Resources/Circular_Procurement_Best_Practice_Report.pdf ; Jan Bart Jutte, Royal HaskoningDHV, *Procurement of Innovative Products: Bio-Based Products in Procurement. A guidance on bio-based products in procurement*, disponible en ligne : <http://www.biobasedinprocurement.eu/>.

⁶⁶⁴ Voy. entre autres Jan Bart Jutte, Royal HaskoningDHV, *Procurement of Innovative Products: Bio-Based Products in Procurement. A guidance on bio-based products in procurement*, disponible en ligne : <http://www.biobasedinprocurement.eu/> ; François Souty, *Droit de la commande publique, circuits courts, proximité, développement durable et concurrence*, présentation au sein du Séminaire « Restauration collective locale et durable-problèmes juridiques », Nantes, MSH Ange-Guépin, 2016, disponible en ligne : https://lascaux.hypotheses.org/files/2016/06/Séminaire_RestoCo_Commande-publique-circuits-courts-et-de-proximité.pdf ; Raphael Apelbaum et Edouard Clot, « Marchés publics Agriculture : la mise en œuvre de circuits courts », in *La Gazette*, no. 54, avril 2019, disponible en ligne : http://www.earthavocats.com/fichier/Agriculture_et_circuits_courts.pdf ; Angela Tregear, Maysara Sayed, Mary Brennan, et al., *Evaluation of environmental, economic and social impacts of different models of PSFP in a school context. Final Report*, 2019, disponible en ligne : <https://www.strength2food.eu/wp-content/uploads/2019/03/D6.3-Evaluation-of-environmental-economic-and-social-impacts-of-different-PSFP-models-compressed.pdf> ; Angela Tregear, Maysara Sayed, Mary Brennan, *Sustainability on the plate?: assessing the impacts of different models of school meals procurement*, Présentation au sein de la conférence RGS-IBG Annual International Conference, London, 2019, disponible en ligne : <http://conference.rgs.org/AC2019/b3dc2101-974f-4a1c-adc7-fb0d8df427a1>.

⁶⁶⁵ Angela Tregear, Maysara Sayed, Mary Brennan, et al., *Op. cit.*, 2019, p. 227, disponible en ligne : <https://www.strength2food.eu/wp-content/uploads/2019/03/D6.3-Evaluation-of-environmental-economic-and-social-impacts-of-different-PSFP-models-compressed.pdf>.

⁶⁶⁶ Par exemple, on peut éviter « les achats d'adaptation qui engendrent une aggravation du changement climatique », comme dans le cas de « recours aux technologies de climatisation sans s'appuyer sur les dispositifs qui n'émettent pas de gaz à effet de serre tels que l'ombrage, la ventilation naturelle ou renforcée ». En Europe, l'utilisation d'un « low-carbon procurement » se situe dans le cadre des objectifs généraux et transversaux élaborés par le Conseil européen à l'horizon 2020 puis 2030, prévoyant des pourcentages de réduction des émissions de GES (outre les pourcentages relatifs à l'utilisation d'énergies renouvelables et à la performance environnementale), en ligne avec l'objectif de température à long terme énoncé par l'article 2 de l'Accord de Paris. Il s'agit des « objectifs à l'horizon 2020 [qui] avaient été définis par le Conseil européen en 2009 autour des cibles '3 x 20' : 20 % d'énergies renouvelables (EnR) dans le mix énergétique européen, une amélioration de 20 % de l'efficacité énergétique (soit une réduction de la consommation d'énergie primaire de 20 % par rapport à un scénario tendanciel établi en 2005) et une réduction de 20 % des émissions de GES par rapport à leurs niveaux de 1990 on observe que le degré de normativité augmente et la difficulté de les intégrer dans les marchés publics diminue ». Il est à noter que lesdits objectifs ont été « actualisés et rehaussés à l'horizon 2030 lors du Conseil européen d'octobre 2014 qui s'est accordé sur : un objectif contraignant de réduction des émissions de GES dans l'UE d'au moins 40 % par rapport aux niveaux de 1990 ; un objectif d'au moins 27 % pour la part des EnR dans la consommation énergétique de l'UE. Selon l'évaluation d'impact de la Commission européenne, un objectif de réduction des émissions de 40 % implique automatiquement cette part d'EnR dans le mix énergétique de l'UE ; un objectif indicatif d'amélioration de l'efficacité énergétique d'au moins 27 % par rapport au scénario de référence de 2007 qui sera révisé en 2020 ». Voy. sur cela la reconstruction faite par Direction des Affaires

bureau en bois durable, bâtiments basse énergie, papier recyclé, services de nettoyage à l'aide de produits respectueux de l'environnement, véhicules électriques, hybrides ou à faibles émissions, électricité de sources d'énergie renouvelables »⁶⁶⁷.

Paragraphe 2 : Les contradictions entre les piliers du développement durable rejaillissent sur les APD

À la lumière de ces multiples considérations socio-environnementales, dont la liste n'est pas exhaustive, il peut y avoir une certaine confusion à propos de ce qui doit être « sustained » dans les marchés publics⁶⁶⁸.

Cette confusion découle, en partie, de la notion même de développement durable, qui – comme déjà précisé –, se compose d'une pluralité de considérations hétérogènes qui peuvent même se contredire⁶⁶⁹. Cela se reflète fatalement dans les marchés publics, au sein desquels on constate l'existence à la fois de superpositions entre considérations socio-environnementales différentes (A) et un manque d'homogénéité qui rend difficile la recherche d'un équilibre (B).

Juridiques, Op. cit., 2016, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/guide-climat>. Voy. également l'article 2 de l'Accord de Paris énonce : « Le présent Accord, en contribuant à la mise en œuvre de la Convention, notamment de son objectif, vise à renforcer la riposte mondiale à la menace des changements climatiques, dans le contexte du développement durable et de la lutte contre la pauvreté, notamment en : a) Contenant l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels et en poursuivant l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels, étant entendu que cela réduirait sensiblement les risques et les effets des changements climatiques; b) Renforçant les capacités d'adaptation aux effets néfastes des changements climatiques et en promouvant la résilience à ces changements et un développement à faible émission de gaz à effet de serre, d'une manière qui ne menace pas la production alimentaire; c) Rendant les flux financiers compatibles avec un profil d'évolution vers un développement à faible émission de gaz à effet de serre et résilient aux changements climatiques ».

⁶⁶⁷ Commission Européenne, *Acheter vert. Un manuel sur les marchés publics écologiques*, 3e édition, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2016, p. 4 ; Jas Singh, Alicia Culver et Melis Bitlis, *Public procurement of energy efficient products. Lessons from around the world. Energy Sector Management Assistance Program (ESMAP)*, Technical Report 003/12, World Bank, Washington DC, 2012.

⁶⁶⁸ Tiré et partiellement traduit de : Michael Redclift, « Sustainable Development (1987–2005): An Oxymoron Comes of Age », in *Sustainable Development*, vol. 13, 2005, p. 214. « There is still considerable confusion surrounding what is to be sustained that different discourses of sustainable development sometimes fail to address ».

⁶⁶⁹ Abby Semple, « Socially Responsible Public Procurement (SRPP) under EU Law and International Agreements The GPA, CETA and the EU-Ukraine Deep and Comprehensive Free Trade Area », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 294, qui admet « that there is naturally often an overlap between these three pillars of sustainability ».

A : Les superpositions des piliers : quelques exemples dans les achats publics durables

Le constat des superpositions permet de mettre en exergue la difficulté à procéder à une répartition claire et nette entre l'économie, l'environnemental et le social, car ce n'est pas toujours possible de cataloguer une considération dans tel ou tel pilier du développement durable. En fait, comme la doctrine l'observe, il y a « naturellement »⁶⁷⁰ un chevauchement entre les trois piliers du développement durable, même si les approches utilisées pour les achats verts et pour les achats sociaux sont différentes les unes des autres⁶⁷¹.

À titre illustratif, l'existence desdits chevauchements⁶⁷² se manifeste lors du recours aux circuits courts (a) et dans la responsabilité sociale des entreprises – RSE (b). Un autre exemple est celui de la superposition au sein du pilier social entre les droits de l'homme et les droits des travailleurs (c).

a : Définir les circuits courts entre l'économie, l'environnemental et le social

Définit comme un mode « de commercialisation des produits agricoles qui s'exerce soit par la vente directe du producteur au consommateur, soit par la vente indirecte, à condition qu'il n'y ait qu'un seul intermédiaire entre l'exploitant et le consommateur »⁶⁷³, le concept de circuits courts oscille entre l'environnemental, le social et l'économie.

⁶⁷⁰ Traduit de : *Ibid.*, p. 293 (note en bas de page no. 1).

⁶⁷¹ Tiré et partiellement reformulé de : *Ibid.*, p. 293 (note en bas de page No. 1). « Accepting that there is naturally often an overlap between these three pillars of sustainability, a distinction between industrial/economic, environmental and social policies in procurement is warranted by the different approaches to each of these matters taken under the instruments discussed here ».

⁶⁷² *Ibid.*, p. 294.

⁶⁷³ Sénat français, Question écrite no. 09159 de Mme Nadia Sollogoub, publiée dans le JO Sénat du 28/02/2019, p. 1083, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/questions/base/2019/qSEQ190209159.html>. Voy. aussi Comité des régions français, Avis du Comité des régions sur le thème « Systèmes agroalimentaires locaux », (2011/C 104/01), 88e session plénière, 27-28 janvier 2011, précisant que « il est nécessaire d'adopter une définition commune du concept de 'produit agroalimentaire local'. À partir du moment où tous les aliments sont produits ou transformés localement, il faut définir des caractéristiques ou des traits de différenciation pour les 'produits locaux'. Ces critères doivent être simples et clairs, afin d'éviter des procédures d'enregistrement et de contrôle complexes ». Pour ce qui concerne la définition, il est prévu que « un produit agroalimentaire local : 1. est produit au niveau local/régional ; 2. contribue à la stratégie de développement rural locale/régionale ; 3. est vendu aux consommateurs dans le cadre d'une chaîne la plus courte possible, rationnelle et efficace, c'est-à-dire ne comportant pas plus de parties que: a) le producteur ou l'organisation locale de producteurs; b) la partie ou la coopérative de parties chargée de mettre en relation l'offre et la demande; et c) le consommateur ; 4. peut être vendu dans un magasin de détail ou un marché de plein-air local sur la base d'un contrat local, mais ne peut pas être vendu sous l'étiquette 'produit local' à une centrale d'achat fournissant des magasins de détail ; 5. est adressé aux consommateurs avec un ou plusieurs argument(s) de vente spécifique(s) tels que: le goût, la fraîcheur, la qualité élevée, la motivation culturelle, la tradition locale, la spécialité locale, le bien-être des animaux, le respect de l'environnement, des caractéristiques touchant à la santé ou à un mode de production

Tel qu'intégré dans les marchés publics, le circuit court vise principalement à dynamiser le tissu économique local⁶⁷⁴, mais il peut être utilisé aussi afin de favoriser certaines PME de proximité (y compris celles ayant un caractère social)⁶⁷⁵, et/ou de produire des bénéfices environnementaux⁶⁷⁶.

Sur une telle base, sont établis des critères de traçabilité des matières premières s'appuyant, par exemple, sur l'identification des sites de production et des sites de stockages, ainsi que sur la mention précise de la date d'approvisionnement et du délai entre la récolte et l'approvisionnement⁶⁷⁷. De même, on peut retrouver des critères de performance environnementale se focalisant sur le mode de production, l'emballage des produits, la gestion des déchets et la prise en compte des externalités liées au transport⁶⁷⁸. En outre, des mécanismes pour l'inclusion de certaines PME de proximité peuvent être adoptés (de la marge de préférence aux marchés réservés, si les cadres juridiques le permettent)⁶⁷⁹.

durable ; 6. est commercialisé le plus près possible, suivant un critère de rationalité et d'efficacité : le paramètre de la distance pourra varier suivant le produit, la région et les conditions, mais revient à cette question fondamentale: le point de vente est-il le plus proche auquel le consommateur ait accès (ce qui peut varier de 1 à plus de 50 km) ; 7. est lié à un système agroalimentaire local ».

⁶⁷⁴ Sénat français, Question écrite no. 09159 de Mme Nadia Sollogoub, publiée dans le JO Sénat du 28/02/2019, p. 1083, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/questions/base/2019/qSEQ190209159.html>. En France, les exemples sont assez nombreux. On peut mentionner, entre autres, le projet alimentaire de territoire « 06 à table » mené par le Département des Alpes-Maritimes avec la Chambre d'agriculture, voy. Département des Alpes-Maritimes et Chambre d'agriculture, Projet alimentaire de territoire « 06 à table » pour fournir des produits de qualité pour les collégiens du Département, <https://www.departement06.fr/agriculture/06-a-table-14331.html>.

⁶⁷⁵ Martin Trybus, « The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement: A Strategic Objective of the New Public Sector Directive? » in Roberto Caranta (dir.), François Lichère (dir.), et Steen Treumer (dir.), *Op. cit.*, pp. 255-280.

⁶⁷⁶ On prévoit expressément l'objectif de « épargner l'environnement en limitant fortement les transports de produits et en privilégiant les produits de saison » dans Département des Alpes-Maritimes et Chambre d'agriculture, Projet alimentaire de territoire « 06 à table » pour fournir des produits de qualité pour les collégiens du Département, <https://www.departement06.fr/agriculture/06-a-table-14331.html>.

⁶⁷⁷ Exemples tirés de l'expérience de la restauration scolaire de Mouans-Sartoux vers le 100% bio, https://movilab.org/index.php?title=La_restaurant_scolaire_durable_et_la_r%C3%A9gie_agricole_municipale#Comprendre_la_ville_pour_comprendre_1.27.C3.A9volution_de_la_restaurant_scolaire.

⁶⁷⁸ Exemples tirés de l'expérience de la restauration scolaire de Mouans-Sartoux vers le 100% bio, https://movilab.org/index.php?title=La_restaurant_scolaire_durable_et_la_r%C3%A9gie_agricole_municipale#Comprendre_la_ville_pour_comprendre_1.27.C3.A9volution_de_la_restaurant_scolaire

⁶⁷⁹ Martin Trybus, « The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement: A Strategic Objective of the New Public Sector Directive? » in Roberto Caranta (dir.), François Lichère (dir.), et Steen Treumer (dir.), *Op. cit.*, pp. 255-280 ; Pierre-Henri Morand, « Accès des PME aux marchés publics : allotissement ou groupement ? », in *Economie publique*, vol. 10, no. 1, 2002, pp. 73-100 ; Andrew G. Sakallaris, « Questioning the sacred cow: reexamining the justification for small business set asides », in *Public Contract Law Journal*, vol. 36, no. 4, 2007, pp. 685-699 ; Yuhua Qiao, Khi V. Thai and Glenn Cummings, « State and local procurement preferences: a survey », in *Journal of Public Procurement*, vol. 9, 2009, pp. 371-410 ; William Kirkwood, « The evolution of small business preferences in the United States and selected lessons learned for the European Union », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 4, 2016, p. 312 ; Hersh Friedman, « Why small business self-certification should be abolished and replaced: a case against fraud », in *Journal of Contract Management*, vol. 12, 2014, p. 50 ; John Mark Clapp, *Are Small Business Set-Asides Successful?*, disponible en ligne : http://www.academia.edu/7353444/Are_Small_Business_Set-Asides_Successful, p. 1 ; Carol Cravero, « Socially Responsible Procurement and Set-Asides: a Comparative Analysis of the US, Canada and the EU », in *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 8, 2017 ; Stéphane Saussier, *L'accès des PME aux marchés publics : une analyse*

De ce fait, il ne semble pas possible de pouvoir ramener les circuits courts à tel ou tel pilier du développement durable, dans la mesure où ils illustrent une question plutôt transversale.

b : Les « échos » entre la RSE et le développement durable

Pareillement, des chevauchements entre les trois piliers du développement durable peuvent être remarqués lorsqu'on intègre la notion de responsabilité sociale des entreprises – RSE (en anglais, *corporate social responsibility* – CSR) dans les marchés publics.

Tout d'abord, il convient de mettre en exergue que la possibilité d'intégrer la RSE dans les marchés publics peut varier d'un cadre juridique à l'autre. Même si avec une certaine hésitation et de nombreuses objections⁶⁸⁰, il est dans certains cas reconnu que les pouvoirs adjudicateurs peuvent se voir attribuer la faculté d'« encourager l'engagement en faveur des valeurs de la RSE »⁶⁸¹, tout en utilisant les marchés publics comme une forme de « (market-based) incentives », et « en liant ces obligations [de RSE] à l'accès aux contrats gouvernementaux »⁶⁸². Toutefois, cela s'oppose à la limite – prévue entre

économique, disponible en ligne : <https://www.webssa.net/files/MARCHEPUB-VFINALE.pdf> ; Direction des Affaires Juridiques, Ministère de l'économie et des finances français, *Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique*, 2019, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/daj-publication-guide-pratique-faciliter-acces-des-tpe-pme-a-commande-publique> ; Direction des Affaires Juridiques, Ministère de l'économie et des finances français, *Fiche. Allotissement dans les marchés*, 2019, disponible en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/allotissement-dans-marches-2019.pdf ; Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2011) 0078 final, *Réexamen du «Small Business Act» pour l'Europe*, 2011 ; Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2008) 394 final, *«Think Small First»: Priorité aux PME. Un «Small Business Act» pour l'Europe*, 2008.

⁶⁸⁰ Pour ce qui concerne les objections, selon la directive 2014/24/UE (considérant 97), la limite de l'existence d'un lien avec l'objet du marché permet d'exclure, entre autres, « les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés ».

⁶⁸¹ Commission Européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, pp. 9 et s.

⁶⁸² Traduit librement de : Christopher McCrudden, « Corporate social responsibility and public procurement », in Doreen Mcbarnet (dir.), Aurora Voiculescu (dir.) et Tom Campbell (dir.), *Op. cit.*, pp. 93-117. Toutefois, selon l'auteur « the relationship between public procurement and CSR cannot only be seen as a compliance-gap-filling measure. The relationship between procurement and CSR is more complex than this suggests ». En outre, pour l'auteur « [o]ne way of viewing the relationship between public procurement requirements and the law is by seeing to what extent such procurement requirements go beyond the law, requiring companies to take action that they would not otherwise have been required to take. [...] The extent to which public procurement requires corporations with which government is contracting to go beyond what is otherwise legally required or to merely comply with the law, depends crucially on how far particular legal systems incorporate into law requirements that in other jurisdictions are left instead to the private sector to deal with on a voluntary basis. [...] If we define CSR as involving businesses going beyond the law, then CSR procurement will differ significantly from jurisdiction to jurisdiction depending on the extent of social and environmental legislation otherwise applicable in that jurisdiction ».

autres dans le système européen – de l'exigence du *lien avec l'objet du marché*. En vertu de ce dernier, les pouvoirs adjudicateurs ne devraient pas être autorisés à exiger des soumissionnaires qu'ils aient mis en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale d'entreprise, « sauf le cas où l'objet même du contrat est social ou environnemental, pour la prise en compte à ce stade d'objectifs de développement durable »⁶⁸³.

Là où elle est permise, la référence à la RSE implique la prise en compte de plusieurs considérations que les entreprises et les opérateurs économiques peuvent intégrer sur une base généralement volontaire⁶⁸⁴. Il s'agit, entre autres, de la protection de l'environnement, la promotion de l'intégrité et la prévention de la corruption, le respect et la promotion des questions éthiques et des droits de l'homme. En analysant les considérations couvertes par la RSE, la doctrine a souligné qu'il y a une sorte d'« écho »⁶⁸⁵, une « connexion étroite »⁶⁸⁶ et, parfois, même une synonymie⁶⁸⁷ entre la

⁶⁸³ Nicolas Boulouis, *Op. cit.*, no. 4, 2014, pp. 617 et s. « La prise en compte de la politique de développement durable d'un candidat ou sa politique sociale dans le processus de choix est donc impossible », étant les limites bien établies, à savoir « l'objet du marché et la nature des prestations ».

⁶⁸⁴ À noter que « [i]n literature, there is no common agreement on the question if CSR should be defined as a purely voluntarily concept or an approach which should be strictly regulated and to which companies should be obliged ». Sur ce point, voy. Daniela Ebner et Rupert J. Baumgartner, *The relationship between Sustainable Development and Corporate Social Responsibility*, paper présenté lors de la Conférence sur Corporate Responsibility Research Conference, 2006, Dublin, p. 7 ; Christopher McCrudden, « Corporate social responsibility and public procurement », in Doreen Mcbarnet (dir.), Aurora Voiculescu (dir.) et Tom Campbell (dir.), *Op. cit.*, pp. 93-117. L'auteur souligne que « 'voluntary' in this context does not necessarily mean 'motivated by philanthropy' but rather that it should not be legally required ». De ce fait, « CSR grew as a set of expectations on business. [...] Companies were held responsible in the court of public opinion for what happened in factories in developing countries that supplied it with products. [...] There are clear limits, however, to such 'voluntary' approaches. They rely heavily on consumers having the desire to put pressure on companies, where to do so might result in more expensive products. As importantly, even where consumers willing to do so, the pressure was likely to be greatest in those markets where reputation was important. [...] CSR suggests to the private sector that business should go beyond purely economic considerations, and go beyond strictly legal obligations, appreciating the social and environmental externalities involved in its operations, including its supply chain ».

⁶⁸⁵ Voy. Christopher McCrudden, « Corporate social responsibility and public procurement », in Doreen Mcbarnet (dir.), Aurora Voiculescu (dir.) et Tom Campbell (dir.), *Op. cit.*, pp. 93-117. L'auteur met en exergue que « the content of the CSR principles that are 'enforced' by public procurement echoes the content of many of the social linkages over the past two hundred years ».

⁶⁸⁶ Traduit de : Marta Andrecka et Kateřina Peterková Mitkidis, *Op. cit.*, vol. 1, 2017, p. 62. « Despite having independent origins, the concepts of sustainability and CSR have a close connection. They are both based on the triple-bottom line balancing economic, social and environmental interests, though at different levels ». Voy. aussi Daniela Ebner et Rupert J. Baumgartner, *The relationship between Sustainable Development and Corporate Social Responsibility*, paper présenté lors de la Conférence sur Corporate Responsibility Research Conference, 2006, Dublin, qui « intend to clarify whether CSR [c'est-à-dire RSE] correlates with the social dimension of SD as defined by Brundtland and the model of the triple-bottom-line; whether CSR represents SD on a corporate level; whether SD and CSR are used synonymously; or whether articles exist which focus especially on the social dimension of SD but do not use terms such as CSR ». En particulier, les auteurs remarquent qu'entre le développement durable et la responsabilité sociale « often no visible differentiation between these terms is made ».

⁶⁸⁷ Une partie de la doctrine utilisent les termes de développement durable et de RSE comme étant des synonymes. Pour une reconstruction sur cet usage, voy. Daniela Ebner et Rupert J. Baumgartner, *The relationship between Sustainable Development and Corporate Social Responsibility*, paper présenté lors de la Conférence sur Corporate Responsibility Research Conference, 2006, Dublin. Les auteurs remarquent que « 16 of 43 articles [analysed...] indicate that the terms SD and CSR (or others such as Corporate Sustainability or Corporate Responsibility) can be used synonymously. It is surprising that such a huge amount of scientific papers is based on this hypothesis. [...] Other

RSE et le développement durable. En fait, tous les deux visent à trouver un équilibre entre le choix du profit et la protection du bien-être environnemental et social : les décisions de nature économique de l'acheteur public – tout comme de l'entreprise – ne devraient pas être adoptées au détriment des préoccupations environnementales ou sociales. De la même manière que le développement durable, la RSE repose donc sur un modèle à trois piliers (*triple-bottom-line*), se fondant sur la protection de l'environnement, les questions sociales (et éthiques), et les questions économiques. Toutefois, une partie de la doctrine remarque que la RSE et le développement durable ne partagent pas exactement la même perspective : le développement durable repose sur une perspective plutôt macroéconomique, alors que la RSE constitue une approche principalement microéconomique par rapport à la conduite d'une entreprise spécifique⁶⁸⁸.

c : Les superpositions entre les droits de l'homme et les droits des travailleurs

Comme déjà précisé, les confrontations et les chevauchements ne concernent pas seulement les trois piliers du développement durable entre eux, mais également chaque pilier dans son contenu. Par exemple, au sein du volet social, la doctrine a remarqué que « some human rights materially overlap » (certains droits de l'homme se superposent sur un plan matériel à) certaines autres considérations sociales comme les droits du travail⁶⁸⁹. Si pour certains auteurs les droits de l'homme et les droits du travail ont un « caractère

scientists do not indicate that SD and CSR are used as synonyms but characterize CSR as a three-dimensional-model (which is commonly seen as SD) ».

⁶⁸⁸ Marta Andrecka et Kateřina Peterková Mitkidis, *Op. cit.*, vol. 1, 2017, p. 62. « CSR is focused on individual business units, approaching the issue from a microeconomic perspective and, thus, constituting one aspect of sustainable development that takes the macroeconomic point of view ». Voy. aussi Daniela Ebner et Rupert J. Baumgartner, *The relationship between Sustainable Development and Corporate Social Responsibility*, paper présenté lors de la Conférence sur Corporate Responsibility Research Conference, 2006, Dublin. Selon les auteurs, « it very difficult to emphasize a common 'direction' » entre les deux. Comme résultat, ils observent que « the terms [développement durable et RSE] should be used in their original semantic sense. Scientists, who use CSR synonymously for SD or argue that SD is the basis for CSR, mix up terms and alter their original meaning ».

⁶⁸⁹ Albert Sanchez-Graells, « Public procurement and 'core' human rights: a sketch of the European Union legal framework », in Olga Martin-Ortega (dir.) et Claire Methven O'Brien (dir.), *Public Procurement and Human Rights. Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer, Corporations*, Edward Elgar, 2019, p. 97.

distinct »⁶⁹⁰, pour une autre doctrine une telle distinction est « obsolète et artificielle »⁶⁹¹. Conformément à cette dernière approche, « les droits du travail sont des droits de l'homme »⁶⁹², étant ces derniers une notion plus large qui englobe non seulement « un large éventail d'autres droits, économiques, sociaux, culturels, politiques ou autres », mais aussi les droits des travailleurs⁶⁹³.

Reflétée dans certains instruments juridiques portant sur les marchés publics, les droits de l'homme se voient parfois accorder un « traitement différent »⁶⁹⁴ par rapport aux droits des travailleurs. En particulier, la Loi Type de la Commission des Nations Unies

⁶⁹⁰ Traduit de : Olga Martin-Ortega et Claire Methven O'Brien, « Public procurement and human rights: interrogating the role of the state as buyer », in Olga Martin-Ortega (dir.) et Claire Methven O'Brien (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 17, qui précisent que « the protection of human rights [are] distinct from other 'social' or sustainable procurement objectives of a discretionary nature », car les droits de l'homme résident dans corpus de « public buyer's duties, arising under international, regional and national human rights instruments ». Toutefois, il convient de noter que « the distinct character of human rights as a dimension of sustainable procurement is not acknowledged by procurement law, or by published policies and guidance on social or 'sustainable' procurement ». On peut remarquer ainsi que « [a]t present, there is little academic information on the promotion and enforcement of human rights within procurements », par exemple dans les projets financés par les Banques Multilatérales de développement (BMD). Sur ce point, voy. Sope Williams-Elegbe, « Human rights in the context of public procurements financed by the World Bank », in Olga Martin-Ortega (dir.) et Claire Methven O'Brien (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 42-61. Voy. aussi Despina Sinou, « La dimension sociale du développement durable: aspects de droits fondamentaux », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 332, selon laquelle « le lien entre le développement durable et le corpus des droits de l'homme ne sera établi que tardivement et de manière plutôt sommaire ou du moins implicite, essentiellement comme le fruit d'une maturation progressive du lien entre les droits de l'homme et l'environnement ».

⁶⁹¹ Rapport du Rapporteur spécial sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association, 14 septembre 2016, soixante et onzième session de l'Assemblée générale des Nations Unies, p. 6/31.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ *Ibid.* Dans ce rapport on constate que « [n]otre monde et son économie mondialisée changent à toute allure, et il est essentiel que les outils que nous utilisons pour protéger le droit du travail s'adaptent tout aussi vite ». Toutefois, « la majorité des actifs dans le monde, c'est-à-dire les travailleurs du secteur non structuré, la main d'œuvre féminine, les domestiques, les migrants, les ouvriers agricoles et les journaliers, sont souvent exclus des cadres juridiques nationaux de protection ». Selon les données collectées, on estime « à 60,7 % de la main-d'œuvre mondiale le pourcentage de travailleurs employés dans l'économie informelle [aujourd'hui], où la relation de travail n'est pas encadrée par la loi et protégée par des dispositifs sociaux (s'y ajoutent 13 % de travailleurs recrutés sur des contrats à durée déterminée). Dans certains pays en développement, les emplois informels représentent jusqu'à 90 % des emplois disponibles. [...] Le secteur informel se caractérise souvent par des conditions d'emploi médiocres, des bas salaires et une absence de protection en cas de non-paiement des salaires, des licenciements sans préavis ni indemnités, des heures supplémentaires forcées, des conditions de travail dangereuses et insalubres et l'absence d'avantages sociaux tels que l'assurance maladie, le congé maladie, la retraite et la sécurité sociale. Comme ils ne sont généralement pas protégés par la législation du travail, les travailleurs du secteur informel ont peu accès à la justice et moins de possibilités de s'organiser, de créer des syndicats ou de se syndiquer, de négocier des augmentations de salaire ou de meilleures conditions de travail. [...] Des millions de travailleurs du secteur informel travaillent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, où se trouvent souvent les concentrations de migrants et où sont commises les pires violations de la liberté d'association et du droit de réunion pacifique ». À la lumière de tout cela, le rapporteur réfléchit sur la possibilité que « les vieilles méthodes de défense des droits des travailleurs ne fonctionnent malheureusement plus ».

⁶⁹⁴ Traduit de : Olga Martin-Ortega et Claire Methven O'Brien, « Public procurement and human rights: interrogating the role of the state as buyer », in Olga Martin-Ortega (dir.) et Claire Methven O'Brien (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 17, qui précisent que « the protection of human rights [are] distinct from other 'social' or sustainable procurement objectives of a discretionary nature », car les droits de l'homme résident dans corpus de « public buyer's duties, arising under international, regional and national human rights instruments ». Toutefois, il convient de noter que « the distinct character of human rights as a dimension of sustainable procurement is not acknowledged by procurement law, or by published policies and guidance on social or 'sustainable' procurement ». Toutefois, on peut remarquer que « [a]t present, there is little academic information on the promotion and enforcement of human rights within procurements », par exemple dans les projets financés par les Banques Multilatérales de développement (BMD). Sur ce point, voy. Sope Williams-Elegbe, « Human rights in the context of public procurements financed by the World Bank », in Olga Martin-Ortega (dir.) et Claire Methven O'Brien (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 42-61.

pour le Droit Commercial International (CNUDCI) sur la passation des marchés publics de 2011⁶⁹⁵ et son Guide sur l'incorporation de 2012 opèrent une distinction théorique entre les facteurs éthiques et les facteurs sociaux proprement dits. Si les facteurs éthiques comprennent les questions des droits de l'homme, du travail des enfants et de l'exploitation de la main-d'œuvre, en revanche les facteurs sociaux se réfèrent aux conditions d'emploi, à l'inclusion sociale, à la lutte contre la discrimination⁶⁹⁶.

Toutefois, tous les instruments juridiques ne mentionnent pas, ou le font juste en passant⁶⁹⁷, les droits de l'homme séparément des droits des travailleurs ni prévoient une approche spécifique pour leur intégration effective dans les marchés publics⁶⁹⁸. Par exemple, la convention de l'OIT no. 94 sur les clauses de travail dans les contrats publics (1949) se focalise sur les droits des travailleurs sans aucune référence précise aux droits de l'homme⁶⁹⁹, malgré le fait que ces derniers se trouvent particulièrement exposés au risque de violation dans les marchés publics surtout dans les chaînes d'approvisionnement

⁶⁹⁵ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html.

⁶⁹⁶ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, 2012, p. 5 (point 11).

⁶⁹⁷ Comme la doctrine le remarque, les directives de l'Union européenne ne traitent pas la question des droits de l'homme, à l'exception de l'article 57.1 (lettre f) concernant les motifs d'exclusion. Cet article prévoit que les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché s'il a fait l'objet d'une condamnation, prononcée par un jugement définitif, pour (parmi d'autres nombreuses raisons) travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains définis à l'article 2 de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil. Voy. Albert Sanchez-Graells, « Public procurement and 'core' human rights: a sketch of the European Union legal framework », in Olga Martin-Ortega (dir.) et Claire Methven O'Brien (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 96 et s. « Despite the fact that the term 'human rights' does not appear even once in the European Union's (EU's) rules, there is an emerging consensus that this new set of rules provides increased scope for contracting authorities to include human rights considerations in the design and execution of public tenders ». Contrairement, voy. Christopher McCrudden, « Corporate social responsibility and public procurement », in Doreen McBarnet (dir.), Aurora Voiculescu (dir.) et Tom Campbell (dir.), *Op. cit.*, pp. 93-117. Comme l'auteur le souligne, « [a]t the international level, this approach is usefully illustrated by the incorporation of public procurement as an element for achieving compliance with the draft Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Business Enterprises with Regard to Human Rights. The Norms were drafted by the United Nations Subcommission on the Promotion and Protection of Human Rights. The use of procurement was commended by the Subcommission during the course of the discussions on the drafting of the Norms. The Commentary to the Norms, stated that 'The U.N. and its specialized agencies should ... monitor implementation by using the Responsibilities as the basis for procurement determinations as to which products and services to purchase ...'. The Norms have proven extremely contentious, however, and it appears at the time of writing to be unlikely that they will become the basis for international consensus ». Voy. aussi David Weissbrodt et Muria Kruger, « Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Business Enterprises with Regard to Human Rights », in *American Journal of International Law*, vol. 97, no. 4, 2003, pp. 901-922.

⁶⁹⁸ Les directives sur les marchés publics de l'Union européenne ne « prescribe a specific approach ». Cela signifie que, en général, « the pursuit of human rights goals is left to the discretion of contracting authorities and, consequently, subject to the relevant checks and balances ». Voy. Albert Sanchez-Graells, « Public procurement and 'core' human rights: a sketch of the European Union legal framework », in Olga Martin-Ortega (dir.) et Claire Methven O'Brien (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 96 et s.

⁶⁹⁹ Organisation Internationale du Travail (OIT), Convention no. 94 sur les clauses de travail dans les contrats publics de 1949. Voy. ainsi Julia Vinterskog, *The scope of labour law requirements in public procurement – at the ILO, EU and Swedish level*, Mémoire de Master, Université de Lund, 2011 ; Organisation Internationale du Travail (OIT), *Labour clauses in public contracts. Integrating the social dimension into procurement policies and practices*, Genève, Organisation Internationale du Travail (OIT), 2008.

mondiales⁷⁰⁰. Ne pas admettre que les droits de l'homme, qui sont universels et applicables à tous les êtres humains sans distinctions⁷⁰¹, ont un statut spécifique par rapport aux droits du travail, comporte – selon une partie de la doctrine – un obstacle à leur pleine reconnaissance dans les marchés publics⁷⁰².

Conformément au Cahier des Clauses administratives générales (CCAG) du Dossier Type de passation de marchés pour les Travaux - Droit Civil (dans les versions de 2017 et 2020) élaboré par la Banque Mondiale⁷⁰³, le cocontractant est expressément tenu au respect des droits de l'homme. En particulier, le cocontractant s'engage à ne pas recourir au travail forcé, c'est-à-dire à « tout travail ou service, non effectué volontairement, qui est exigé d'une personne sous la menace de la force ou de la coercition, et comprend tout type de travail involontaire ou obligatoire, tels que le travail asservi, le travail forcé ou des arrangements similaires de contrat de travail »⁷⁰⁴. Une certaine prudence est demandée, par exemple, « en cas d'introduction du travail bénévole [...], étant donné que cela peut entraîner des abus, en particulier pour les plus vulnérables,

⁷⁰⁰ Claire Methven O'Brien, Amol Mehra et Nicole Vander Meulen, *Public Procurement and Human Rights: A Survey of Twenty Jurisdictions*, 2016, disponible en ligne : <https://www.hrprocurementlab.org/blog/reports/public-procurement-and-human-rights-a-survey-of-twenty-jurisdictions/>, qui observent que « like other consumers, governments purchase from supply chains with a high risk of human rights abuses and evidence of such abuses in the context of public procurement has grown. [...] Public procurement and its human rights dimensions have been the focus of parliamentary debates across a number of surveyed jurisdictions ». Voy. ainsi Olga Martin-Ortega, Anna Gorna et Rahima Islam, *UK Modern Slavery Act. Transparency in supply chains : reporting by local authorities*, Research Series Report no. 2, University of Greenwich, mars 2018 ; Green Electronics Council (GEC), *Purchasers Guide for Addressing Labor and Human Rights Impacts in IT Procurements*, 2018 ; Felix Hadwiger, « Accords-cadres mondiaux. Atteindre le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales ? », in *Journal International de Recherche Syndicale*, vol. 7, no. 1-2, Genève, Bureau International du Travail, 2015 ; Robert Stumberg, Anita Ramasastry et Meg Roggensack, *Turning a Blind Eye? Respecting Human Rights in Government Purchasing*, The International Corporate Accountability Roundtable (ICAR), 2014 ; Olga Martin-Ortega et Claire Methven O'Brien, « Advancing respect for labour rights globally through public procurement », in *Politics and Governance*, vol. 5, no. 4, 2017, pp. 69-79 ; Olga Martin-Ortega, Opi Outhwaite et William Rook, « Buying power and human rights in the supply chain : legal options for socially responsible public procurement of electronic goods », in *The International Journal of Human Rights*, vol. 19, no. 3, 2015, pp. 341-368.

⁷⁰¹ Les droits de l'homme sont « applicable to all human beings; equally valuable, meaning that there is no hierarchy between different human rights; universal, meaning that they should be enjoyed by everyone equally, irrespective of race, sex, ethnic origin, religion, age or other protected status ». Voy. Daniel Morris, *Driving change through public procurement. A toolkit on human rights for procurement policy makers and practitioners*, The Danish Institute for Human Rights, 2020, pp. 6 s.

⁷⁰² « [A]ll public authorities must protect human rights, and that this duty to protect extends to taking reasonable steps to protect individuals from abuses of their rights by third parties, including business, as non-State actors. At least in some jurisdictions, these 'positive obligations' to protect human rights arising under human rights treaties have been found to extend to State action in the context of public purchasing ». Claire Methven O'Brien, Amol Mehra, and Nicole Vander Meulen, *Public Procurement and Human Rights: A Survey of Twenty Jurisdictions*, 2016, disponible en ligne : <https://www.hrprocurementlab.org/blog/reports/public-procurement-and-human-rights-a-survey-of-twenty-jurisdictions/>. Voy. aussi Claire Methven O'Brien, *Essential Services, Public Procurement and Human Rights in Europe*, University of Groningen, Research Paper no. 22/2015, 2015, disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=2591898>.

⁷⁰³ Banque Mondiale, *Dossier Type de passation de marchés. Appel d'offres Travaux Droit Civil*, 2020, point 9.3 du CCAG, p. 190 (version précédente de 2017, point 9 du CCAG, p. 161).

⁷⁰⁴ Banque Mondiale, *Dossier Type de passation de marchés. Appel d'offres Travaux Droit Civil*, 2020, point 9.3 du CCAG, p. 190 (version précédente de 2017, point 9 du CCAG, p. 161).

et même dégénérer en travail forcé »⁷⁰⁵. De même, le cocontractant s'engage à ne pas recourir au travail d'enfants « d'une manière [...] susceptible d'être dangereuse, ou d'interférer avec l'éducation de l'enfant, ou d'être nocif pour la santé de l'enfant ou son développement physique, mental, spirituel, moral ou social »⁷⁰⁶. En ligne avec les conventions de l'OIT⁷⁰⁷, il est aussi établi que « [s]i le droit national prévoit l'emploi des mineurs, l'Entrepreneur respectera les lois qui lui sont applicables »⁷⁰⁸, et n'emploiera pas les enfants de moins de dix-huit ans pour des travaux dangereux⁷⁰⁹. Outre le travail des enfants et le travail forcé, les risques de violation des droits de l'homme dans les marchés publics comprendraient aussi la restriction de la liberté d'association, le trafic humain, la mise en danger de la santé des personnes concernés à divers titres par les marchés publics (par exemple, parties prenantes)⁷¹⁰.

Si ces différents exemples montrent la difficulté de distinguer de façon nette certaines considérations sociales vis-à-vis d'autres, on observe de manière générale qu'il

⁷⁰⁵ Commission européenne - Capacity4dev, *Note d'orientation. Normes de travail et conditions de travail dans les infrastructures*, 2010, disponible en ligne : <https://europa.eu/capacity4dev/public-employment-social-protection/documents/note-dorientation-2010-normes-de-travail-et-conditions-de-travail-dans-les-infrastructures>.

⁷⁰⁶ Banque Mondiale, *Dossier Type de passation de marchés. Appel d'offres Travaux Droit Civil*, 2020, point 9.4 du CCAG, p. 190 (version précédente de 2017, point 9 du CCAG, pp. 161-162).

⁷⁰⁷ OIT, Convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973, qui « fixe à 15 ans (13 ans pour les travaux légers) l'âge minimum d'admission à l'emploi ou au travail et à 18 ans (16 ans dans certaines conditions strictement définies) l'âge minimum pour les travaux dangereux. Elle prévoit la possibilité de fixer, dans un premier temps, l'âge minimum à 14 ans (12 ans pour des travaux légers) dans les cas où l'économie et les institutions scolaires du pays ne sont pas suffisamment développées » ; OIT, Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999, selon laquelle « le terme 'enfant' s'applique à l'ensemble des personnes de moins de 18 ans. Les États qui l'ont ratifiée doivent éliminer les pires formes de travail des enfants, notamment toutes les formes d'esclavage ou pratiques analogues, telles que la vente et la traite des enfants, la servitude pour dettes et le servage ainsi que le travail forcé ou obligatoire, y compris le recrutement forcé ou obligatoire des enfants en vue de leur utilisation dans des conflits armés; la prostitution et la pornographie faisant intervenir des enfants; l'utilisation d'enfants aux fins d'activités illicites, notamment pour la production et le trafic de stupéfiants; et les travaux qui sont susceptibles de nuire à la santé, à la sécurité ou à la moralité de l'enfant. La convention demande aux États qui l'ont ratifiée de prévoir l'aide directe nécessaire et appropriée pour soustraire les enfants aux pires formes de travail et garantir leur réadaptation et leur intégration sociale. Ces États doivent également assurer l'accès à l'éducation de base gratuite et, lorsque cela est possible et approprié, à la formation professionnelle pour les enfants qui auront été soustraits aux pires formes de travail ».

⁷⁰⁸ Banque Mondiale, *Dossier Type de passation de marchés. Appel d'offres Travaux Droit Civil*, 2017, point 9 du CCAG, p. 161-162, repris par la nouvelle version de 2020 (point 9.4 du CCAG, p. 190) précisant que « [l]'Entrepreneur, y compris ses sous-traitants, ne doit pas employer ou engager un enfant de moins de 14 ans sous réserve que la législation nationale précise un âge plus élevé (l'âge minimum) ».

⁷⁰⁹ Banque Mondiale, *Dossier Type de passation de marchés. Appel d'offres Travaux Droit Civil*, 2020, point 9.4 du CCAG, p. 190 (version précédente de 2017, point 9 du CCAG, pp. 161-162). Voy. aussi Commission européenne - Capacity4dev, *Note d'orientation. Normes de travail et conditions de travail dans les infrastructures*, 2010, disponible en ligne : <https://europa.eu/capacity4dev/public-employment-social-protection/documents/note-dorientation-2010-normes-de-travail-et-conditions-de-travail-dans-les-infrastructures>. « Les enfants âgés de moins de 14 ans (ou dont l'âge est inférieur à l'âge légal minimum, s'il est plus bas) ne devraient pas être employés ou autorisés à participer à des activités sur le site ».

⁷¹⁰ Claire Methven O'Brien, Amol Mehra, and Nicole Vander Meulen, *Public Procurement and Human Rights: A Survey of Twenty Jurisdictions*, 2016, disponible en ligne : <https://www.hrprocurementlab.org/blog/reports/public-procurement-and-human-rights-a-survey-of-twenty-jurisdictions/>, qui observent que « like other consumers, governments purchase from supply chains with a high risk of human rights abuses and evidence of such abuses in the context of public procurement has grown. [...] Public procurement and its human rights dimensions have been the focus of parliamentary debates across a number of surveyed jurisdictions ».

peut y avoir une certaine confusion à l'intérieur de chaque pilier – outre que dans leurs relations réciproques – du développement durable.

B : Les achats publics durables : manque d'homogénéité et recherche d'un équilibre

Au-delà des empiètements entre les trois piliers du développement durable, figure la question de savoir comment concilier l'hétérogénéité entre lesdits piliers, c'est-à-dire comment des attentes potentiellement rivales ou – au moins – ayant une nature différente⁷¹¹ peuvent se combiner les unes avec les autres dans un marché public qui doit être durable⁷¹².

En particulier, une partie de la doctrine se demande si le concept *attrape-tout* de développement durable « peut aider à comprendre les points communs entre les achats socialement responsables et les achats écologiques, ou bien s'il sert seulement à camoufler leurs différences essentielles ? »⁷¹³. En même temps, une autre doctrine s'interroge si « les préoccupations environnementales, sociales et économiques peuvent se voir attribuer la même valeur »⁷¹⁴ dans les marchés publics.

En ce sens, il apparaît que les contradictions inhérentes aux composantes du développement durable se répercutent également sur les achats publics durables : si pour certains les « affrontements [entre piliers seraient] inévitables »⁷¹⁵, pour d'autres ce sont les divergences entre les marchés publics écologiques et les marchés publics sociaux qu'il faut plutôt prendre en compte. De ce point de vue, et différemment de « much of the rhetoric accompanying sustainability » (une bonne partie des discours sur la durabilité)⁷¹⁶, force est de constater que les objectifs sociaux et les objectifs environnementaux ont une

⁷¹¹ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, pp. 76-77.

⁷¹² Andrea Appoloni, Alessio D'Amato et Cheng Wenjuan, *Op. cit.*, p. 5 ; Marta Andhov (dir.) et Roberto Caranta (dir.), *Op. cit.*, SMART Project Report, 2019, p. 1. Pour les auteurs, entre les piliers du développement durable il y a une véritable « imbalance » qui « is even more significant if one looks at individual social aspects, such as the respect of ILO core labour standards along international value chains. SRPP in Europe is still at the beginning. [...] Comparing the energy efficiency of electronics might be easier than comparing the avoidance of labour and human rights violations or fair wages in the same products, at first sight ».

⁷¹³ Tiré et traduit de : Christopher McCrudden, *Op. cit.*, no. 28, 2004, p. 266. Pour la notion de développement durable en général, voy. ainsi Jacques Theys, *Op. cit.*, 2002, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/1475>.

⁷¹⁴ Traduit de : Eleanor Fisher, *Op. cit.*, vol. 8, no. 1, 2013, p. 3.

⁷¹⁵ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, pp. 76-77.

⁷¹⁶ Traduit de : Michael Redclift, « Sustainable Development (1987–2005): An Oxymoron Comes of Age », in *Sustainable Development*, vol. 13, 2005, p. 222.

nature différente et peuvent être difficilement conciliables entre eux⁷¹⁷, ce qui pourrait nécessiter un traitement séparé et différencié des deux catégories. Cela semble être l'approche adoptée par la Commission de l'UE qui a décidé de formuler deux Guides séparés⁷¹⁸ : l'un pour les achats sociaux (« Acheter Social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale » de 2011) et l'autre pour les achats écologiques (« Acheter vert ! Un manuel sur les marchés publics écologiques » de 2016)⁷¹⁹.

Prenons l'exemple des *pollutions* positives ou négatives⁷²⁰, aussi appelées externalités, découlant desdits marchés durables. D'une part, mesurer le degré de « greenness » (verdissement) des marchés publics⁷²¹ semble moins difficile à établir⁷²² par rapport à l'évaluation des aspects sociaux⁷²³, car les pollutions environnementales sont mieux encadrées par la science à travers, entre autres, l'analyse du coût de cycle de

⁷¹⁷ Michael Redclift, « Sustainable Development (1987–2005): An Oxymoron Comes of Age », in *Sustainable Development*, vol. 13, 2005, p. 222. « [M]uch of the rhetoric accompanying sustainability fails to acknowledge that environmental and social objectives are frequently different, and sometimes at odds with each other. [...] The idea of 'sustainability' is invoked in policy discourses as speaking to objective scientific method, without the complications of human judgement. In practice, it is routinely used as a way of guiding human actions. The very parts of the scientific tradition that have driven forward the frontiers of knowledge heuristically have imposed boundaries, taxonomies and categories on nature, and have been used to make judgements that reflect human concerns and political interests ».

⁷¹⁸ Voy. entre autres Andrea Appoloni, Alessio D'Amato et Cheng Wenjuan, *Op. cit.*, p. 4. «The EC distinguishes between Sustainable Public Procurement, where public purchases take into account environmental as well as social and ethical aspects of sustainable procurement, while under Green Public Procurement contracting authorities "...take into account environmental elements when procuring goods, services or works at all stages of the project and within the entire life-cycle of procured goods ». Voy. aussi Marta Andhov (dir.) et Roberto Caranta (dir.), *Op. cit.*, SMART Project Report, 2019, pp. 1 et s. « The separation of SPP [sustainable public procurement] into GPP [green public procurement] and SRPP [social responsible public procurement] is due to a path dependency that builds on the allegedly different nature of implementing environmental and social criteria in procurement processes ».

⁷¹⁹ http://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm. Les « marchés publics écologiques (MPE) » sont définis au sein de la Communication de la Commission européenne *Des marchés publics pour un environnement meilleur* de 2008. En particulier, ils sont définis comme constituant un « processus de passation de marchés dans le cadre duquel les pouvoirs publics cherchent à obtenir des biens, des services et des travaux dont l'incidence sur l'environnement sur toute leur durée de vie sera moindre que dans le cas de biens, services et travaux à vocation identique mais ayant fait l'objet de procédures de passation de marchés différentes ». Voy. Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM (2008) 400, Communication relative à des marchés publics pour un environnement meilleur*, p. 4, disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52008DC0400> ; Catherine RIBOT, « La commande publique écoresponsable », in *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, t. 2, Université Montpellier I, 2007, p. 283.

⁷²⁰ Le terme « pollution sociale » a été employé par Claude Lacour, « Pour une planification écologique stratégique : l'écoaménagement des territoires », in *Revue d'Economie Régionale et Urbaine*, 1992, no. 3, p. 477.

⁷²¹ Andrea Appoloni, Alessio D'Amato et Cheng Wenjuan, *Op. cit.*, p. 3.

⁷²² « This is a challenging task for several reasons, mainly related to the difficulties in providing an objective (e.g. monetary) measure for certain kinds of environmental damages, as well as to the complexities related to the need of disentangling green characteristics from 'non green' ones. For example, while it is relatively easy to spread the good news about improved energy efficiency and in terms of reduced (estimated) CO2 emissions, it is not as easy to disseminate evidence concerning reduction in life expectancy and the related social losses ». Voy. Andrea Appoloni, Alessio D'Amato et Cheng Wenjuan, *Op. cit.*, p. 24.

⁷²³ Deirdre Halloran, « The Social Value in Social Clauses : Methods of Measuring and Evaluation in Social Procurement », in Khi V. Thai (dir.), *Op. cit.*, 2017 ; Josephine Barraket, Robyn Keast et Craig Furneaux, *Social Procurement and New Public Governance*, Londres et New York, Routledge, 2016.

vie⁷²⁴. Par ailleurs, la définition d'une méthode commune pour mesurer les pollutions sociales ne semble pas facile à établir⁷²⁵, compte tenu du fait que celles-ci sont susceptibles de diverger grandement d'un contexte à l'autre⁷²⁶. En fait, comme déjà évoqué, les questions sociales semblent être étroitement liées avec le territoire d'un État donné, en relevant d'un intérêt essentiellement national qui reflète des spécificités propres à chaque système-pays. En ce sens, en dépit d'une chaîne d'approvisionnement ayant une envergure de plus en plus mondiale, on assiste encore souvent à la tendance à considérer les questions sociales comme principalement nationales⁷²⁷ et potentiellement protectionnistes, ou encore comme constituant « a potential smoke screen » (un écran de fumée potentiel) pour des traitements préférentiels en faveur d'opérateurs économiques locaux⁷²⁸.

Mais ce n'est pas tout. Selon certains auteurs, « le montage d'un achat 'social' est plus complexe et moins bien référencé qu'un achat 'vert' »⁷²⁹, puisqu'« [e]n matière environnementale, les acheteurs peuvent s'appuyer sur l'existence de normes, labels écologiques et autres certificats de management environnemental, alors qu'au plan social la 'matière' est humaine et s'intéresse à des personnes en difficulté »⁷³⁰. De ce fait, le

⁷²⁴ Par exemple, « [d]un point de vue changement climatique, l'approche cycle de vie vise donc à considérer l'ensemble des émissions de GES générées à chacune des étapes du cycle de vie du produit, bien ou service depuis l'extraction des ressources naturelles jusqu'à sa fin de vie (approche couramment appelée 'du berceau à la tombe') ». Pour identifier les GES au sein des marchés publics, il est utile de prendre en compte « l'ensemble du cycle de vie (couvrant donc toute la chaîne de valeur), c'est-à-dire l'ensemble des producteurs, produits, biens ou services concourant à la desserte d'un marché, ainsi que les aspects liés à la fin de vie ». Conformément à cette approche en cycle de vie, il est nécessaire de considérer le coût global. Ce dernier se définit comme « une démarche de calcul du coût total à la charge de l'acheteur public [...] visant à mieux prendre en compte la somme des coûts liés à l'acquisition, la mise en œuvre, l'utilisation, l'entretien et à la fin de vie d'un produit sur une période de temps donnée ». Sur ce point voy. Direction des Affaires Juridiques, *Op. cit.*, 2016, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/guide-climat>. Voy. également Marta Andhov (dir.), Roberto Caranta (dir.), Anja Wiesbrock (dir.), *Cost and EU Public Procurement Law. Life-Cycle Costing for Sustainability*, Londres et New York, Routledge, 2019.

⁷²⁵ Considérant 96 de la directive 2014/24/UE. Pour ce qui concerne le « social life cycle assessment », voy. United Nations Environment Programme (UNEP), *Guidelines for social life cycle assessment of products*, 2009 ; Marta Andhov, Roberto Caranta et Anja Wiesbrock, « The European Union Law of Life-Cycle Costing », in Marta Andhov (dir.), Roberto Caranta (dir.), Anja Wiesbrock (dir.), *Op. cit.*, 2019.

⁷²⁶ Andrea Appoloni, Alessio D'Amato et Cheng Wenjuan, *Op. cit.*, p. 5. « [T]he EC (2007) recognizes that sustainable public procurement, though socially desirable, is indeed more difficult to measure and implement with respect to Green Public Procurement ». Voy. aussi Commission européenne, *Background Document to the Consultation on the Action Plans on Sustainable Consumption and Production and Sustainable Industrial Policy*, 2007, disponible en ligne : <http://ec.europa.eu/enterprise/environment/sip.pdf> ; Commission européenne, *GPP- How Green is your Public Procurement?*, 2007, disponible en ligne : http://ec.europa.eu/environment/gpp/green_vs_sustainable.htm.

⁷²⁷ Marta Andhov (dir.) et Roberto Caranta (dir.), *Op. cit.*, SMART Project Report, 2019, p. 1.

⁷²⁸ Marta Andrecka et Kateřina Peterková Mitkidis, *Op. cit.*, vol. 1, 2017, pp. 78-80 ; Anja Wiesbrock, « Socially responsible public procurement : European value or national choice ? », in Beate Sjøfjell (dir.) et Anja Wiesbrock (dir.), *Sustainable Public Procurement Under EU Law - New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge University Press, 2016, p. 91 ; Christopher McCrudden, « Corporate social responsibility and public procurement », in Doreen Mcbarnet (dir.), Aurora Voiculescu (dir.) et Tom Campbell (dir.), *Op. cit.*, pp. 93-117.

⁷²⁹ Gérard Brunaud, « Les conditions de réussite d'un achat socialement responsable », in *Contrats Publics. Actualité de la commande publique*, no. 96, février 2010, pp. 44-45.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 45. « Ce n'est pas simple en soi, et l'acheteur n'aura en la matière aucun appui des techniciens et/ou prescripteurs, inquiets pour la qualité et les délais de prestation, voire pour son coût, supposé supérieur. Pire l'acheteur

consensus ne semble pas facile à dégager parmi les « techniciens, prescripteurs, décideurs, juristes et acheteurs » quant à la formulation de règles communes à l'achat social⁷³¹.

Dans ce cadre, les achats publics écologiques semblent avoir, selon certains auteurs, un « stronger legal bite » (une base juridique plus solide)⁷³² par rapport aux achats publics sociaux. Pour d'autres auteurs, il y aurait un véritable « hierarchy of importance » (ordre d'importance)⁷³³, même si cela n'est jamais explicité par des textes juridiques, de l'environnemental au détriment du social. Ce serait le cas de l'UE où, conformément à une certaine littérature, « les achats verts se sont vu attribuer un rôle plus grand que les achats sociaux »⁷³⁴. Mais la hiérarchie entre l'environnemental et le social n'est pas une vérité absolue, car les considérations socio-environnementales sont appliquées dans les divers espaces juridiques avec de nombreuses divergences de priorité⁷³⁵ se manifestant à la fois « horizontalement » (entre les piliers du développement durable en général)⁷³⁶, et « verticalement » (par rapport à l'intégration des piliers du développement durable dans les achats publics)⁷³⁷.

Il est évident qu'établir un ordre ou une hiérarchisation entre celles-ci n'est pas une tâche évidente, d'autant plus qu'il n'existe pas de critères communs de priorisation entre les divers volets du développement durable. C'est dans ce cadre qu'une partie de la

lui-même ne connaît pas forcément (sauf très localement) les acteurs de l'insertion sur lesquels il devra obligatoirement s'appuyer s'il ne veut pas s'en remettre 'les yeux fermés' au titulaire du marché, la même où ses pouvoirs de prescription et de contrôle doivent pourtant pleinement s'exercer ». Pour ce qui concerne les « cinq conditions de réussite », il énonce les suivantes : « une volonté politique affirmée, un support juridique pertinent, des capacités de réalisation vérifiées, des acteurs bien repérés, un acheteur vraiment accompagné ». Voy. aussi Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 170. D'un point de vue environnemental, « there are likely to be laws in force which regulate the environmental impact of these works, such as emissions and pollutants, clean-up provisions and planning conditions. These will normally be regulated nationally or internationally. [...] In the case of manufactured products, however, a further distinction needs to be made between the product itself and the production process. In the case of pure sales, it is the point of sale which is critical and the product may be subject to the local environmental law as well as health and safety laws and laws which apply to the specific characteristics of the products in question [for instance...] laws on emissions and pollutants or air and water quality ».

⁷³¹ Gérard Brunaud, *Op. cit.*, pp. 44-45. Si sur les achats verts, « on observe un assez facile consensus [...], on trouve au contraire tous les freins ou obstacles possibles à mettre au travers de l'utilisation des clauses sociales dans l'acte d'achat ». Cette réflexion amène l'auteur à s'interroger sur la raison pour laquelle « les achats 'socialement responsables' sont-ils encore les parents pauvres de l'achat durable ? ».

⁷³² Marta Andrecka et Kateřina Peterková Mitkidis, *Op. cit.*, vol. 1, 2017, pp. 78-80.

⁷³³ Eleanor Fisher, *Op. cit.*, vol. 8, no. 1, 2013, p. 3.

⁷³⁴ Traduit de : Eleanor Fisher, *Op. cit.*, vol. 8, no. 1, 2013, p. 3 ; Tim Stoffel, Carol Cravero, Annamaria La Chimia, Geo Quinot, *Op. cit.*, p. 6. « [E]nvironmental protection is a global concern and often appears as prevailing against the implementation of the social pillar ».

⁷³⁵ Conseil de l'Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Rapport sur la mise en œuvre de la Recommandation du Conseil sur les Marchés Publics*, C(2019)94/FINAL, 2019, p. 29, tableau 5.2, démontrant qu'il y a une différence « hiérarchisation des priorités stratégiques des marchés publics » dans les divers cadres juridiques nationaux.

⁷³⁶ Tim Stoffel, Carol Cravero, Annamaria La Chimia, Geo Quinot, *Op. cit.*, pp. 3-6.

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 3. « The economic, environmental, and social dimensions of sustainability are aligned on the x-axis, while the spatial scope of the effects of SPP – local, national, and international – are on the y-axis ».

doctrine affirme qu'il y a encore une « confusion considérable sur ce qui doit être soutenu par le biais du développement durable, que les divers discours et instruments juridiques oublient parfois de traiter »⁷³⁸.

Cela nécessiterait d'une « politique claire de priorisation des besoins »⁷³⁹ capable d'éviter la confrontation entre « trop de priorités concurrentes »⁷⁴⁰, sans pour autant empêcher la poursuite simultanée de certaines considérations socio-environnementales dans un même marché là où cela est possible⁷⁴¹. À ce dernier égard, la co-présence de plusieurs objectifs sociaux et environnementaux « au sein d'un même contrat [...] doit se faire de manière réfléchie, cohérente et mesurée », en veillant « à ce que les différents objectifs poursuivis n'entrent pas en contradiction entre eux et que des synergies entre les différentes considérations soient possibles »⁷⁴².

Il s'agit donc de procéder à un arbitrage spécifique et de rechercher « un équilibre adéquat »⁷⁴³, tout en sachant que « chaque marché présente ses propres enjeux » socio-environnementaux⁷⁴⁴ pour lesquels il n'existe ni une seule « calibration »⁷⁴⁵ ni de « solution universelle »⁷⁴⁶. L'équilibre est donc évolutif et relatif, « complexe et dynamique »⁷⁴⁷, car il varie en fonction du temps et de l'espace, dans la mesure où une

⁷³⁸ Tiré et partiellement traduit de : Michael Redclift, « Sustainable Development (1987–2005): An Oxymoron Comes of Age », in *Sustainable Development*, vol. 13, 2005, p. 214. « There is still considerable confusion surrounding what is to be sustained that different discourses of sustainable development sometimes fail to address ».

⁷³⁹ Traduit de : Carol Cravero, *Op. cit.*, vol. 2, no. 1, 2018, disponible en ligne : <https://doi.org/10.20897/ejosdr/80730>, p. 3.

⁷⁴⁰ Traduit de : Olga Martin-Ortega et Andy Davies (MBA FCIPS), *Protecting human rights in the supply chain. A guide for public procurement practitioners*, 2017, disponible en ligne : <http://www.hrprocurementlab.org/wp-content/uploads/2017/06/KnowledgeLUPC-ProtectingHumanRightsintheSupplyChain2.pdf>. « Public purchasers are already obliged to line up a long series of hoops for suppliers to jump through, demonstrating not only their technical or financial capability, but their track record on equalities, sustainability and social value ».

⁷⁴¹ Thomas Rouveyran, Christophe Farineau, Romain Millard, « 50 questions. Les clauses géographiques, sociales et environnementales dans les contrats de la commande publique », in *Le Courrier des Maires et des élus locaux. Les cahiers détachés*, no. 324-325, 2018, p. 4. « En pratique, les contrats comportant des travaux apparaissent particulièrement adaptés à la prise en compte d'une pluralité de considérations sociales (insertion, santé, etc.) et environnementales (gestion du bruit et des déchets, qualité environnementale et sanitaire des matériaux, économies d'énergie, etc.) ».

⁷⁴² Thomas Rouveyran, Christophe Farineau, Romain Millard, « 50 questions. Les clauses géographiques, sociales et environnementales dans les contrats de la commande publique », in *Le Courrier des Maires et des élus locaux. Les cahiers détachés*, no. 324-325, 2018, p. 4. Voy. Tim Stoffel, Carol Cravero, Annamaria La Chimia, Geo Quinot, *Op. cit.*, pp. 3-6. La poursuite de plusieurs priorités « without any clear or well-established hierarchy [...] may create confusion and lead to heterogeneous national implementations or even make it more difficult to implement sustainable-oriented policies at a local level ».

⁷⁴³ https://ec.europa.eu/environment/gpp/versus_en.htm.

⁷⁴⁴ Direction des Affaires Juridiques, *Op. cit.*, 2016, p. 7, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/guide-climat>.

⁷⁴⁵ Traduit de : Olga Martin-Ortega et Claire Methven O'Brien, « Public procurement and human rights: interrogating the role of the state as buyer », in Olga Martin-Ortega (dir.) et Claire Methven O'Brien (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 17.

⁷⁴⁶ Direction des Affaires Juridiques, *Op. cit.*, 2016, p. 7, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/guide-climat>.

⁷⁴⁷ Traduit de l'article de: Rodrigo Lozano, *Op. cit.*, vol. 16, 2008, pp. 1838-1846. L'auteur cherche à formuler une nouvelle représentation de la durabilité afin de prendre en compte « the complex and dynamic equilibria among

certaine conception peut se modifier au fil du temps et peut ne pas être partagée par tout le monde en raison d'intérêts divergents⁷⁴⁸. Par exemple, des « différences importantes [...] existent dans le développement économique des divers États [qui] ont comme conséquence le fait que les préoccupations environnementales [tout comme celles sociales] ne se voient pas toujours accorder la même priorité dans les Pays en voie de développement et dans ceux développés »⁷⁴⁹. La prévalence de tel ou tel objectif ne peut donc pas s'affirmer comme un résultat uniforme dans tous les espaces juridiques.

Les interactions entre les trois piliers du développement durable tels qu'intégrés dans les marchés publics doivent donc se comprendre comme « a matter of degree » (une question de degré)⁷⁵⁰, variable d'un point de vue temporel et géographique, entre un « ensemble de forces qui entraînent, provoquent un mouvement, une évolution à l'intérieur d'une structure en développement »⁷⁵¹.

Conclusion

Tout en prenant en compte les superpositions de thèmes et les contradictions entre les piliers du développement durable (ainsi qu'à l'intérieur de chacun d'eux), il apparaît que l'effort de conciliation de l'hétérogénéité et la recherche d'un équilibre, que ce concept entraîne dans les marchés publics, reflètent en quelque mesure la complexité des achats publics durables, ces derniers se retrouvant au croisement, « crossroad »

economic, environmental and social aspects, and the short-, long- and longer- term perspectives ». Voy. aussi Eleanor Fisher, *Op. cit.*, vol. 8, no. 1, 2013, p. 6, qui précise que « [s]ustainable development is not a fixed concept: We live in a dynamic world and new threats to sustainability arise rapidly in unpredictable ways. Furthermore, science and technology are transforming not only what we know about the world and our capacity to act but also changing the boundaries between society and nature, thus challenging what constitutes the three components of sustainable development: Society, environment and economy. All this demands new ways of thinking about and acting on sustainability issues ».

⁷⁴⁸ Certains auteurs soulignent que « [t]he North dumps much of its toxic wastes, and dirty technology, on poorer countries, and sources many of its 'needs', for energy, food and minerals, from the South. At the same time the elevated lifestyles of many rich and middle class people in developing countries are dependent on the way in which natural resources are dedicated to meeting their needs ». Voy. Michael Redclift, « Sustainable Development (1987–2005): An Oxymoron Comes of Age », in *Sustainable Development*, vol. 13, 2005, p. 215.

⁷⁴⁹ Librement traduit de : Debra Johnson, « Ecological modernization, globalization and Europeanization. A mutually reinforcing nexus ? », in John Barry (dir.), Brian Baxter (dir.) et Richard Dunphy (dir.), *Op. cit.*, 2004, p. 156, soulignant que « large differences in economic development between countries, means that environmental concerns do not have the same priority in the less developed as the developed world ». Voy. ainsi Rita Roos, *Sustainable public procurement in LICs – Implications for the ongoing World Bank procurement review*, Bonn, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, avril 2013.

⁷⁵⁰ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 188.

⁷⁵¹ Définition tiré du vocabulaire La Rousse en ligne.

(carrefour)⁷⁵² de savoirs eux-mêmes complexes, celui des marchés publics d'une part et le développement durable d'autre part.

⁷⁵² Voy. entre autres Marta Andrecka, « Forward », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 217 ; Rita Roos, *Op. cit.*, 2012, p. 1, selon laquelle « sustainable public procurement is where the concept of sustainable development and public procurement meet » ; Beatriz Martinez Romera et Roberto Caranta, *Op. cit.*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 282.

CHAPITRE 2.

LES OBSTACLES SUR LA VOIE DE LA RECONNAISSANCE DE L'« AUTORITÉ JURIDIQUE » DU DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Si les achats publics durables se construisent aujourd'hui au confluent des marchés publics et du développement durable, c'est parce que le droit des marchés publics n'a pas pu « rester hermétique » au développement durable⁷⁵³. Toutefois, la « rencontre » entre les deux a été « a priori pour le moins inattendue, on n'ose pas dire fortuite ni inespérée »⁷⁵⁴ car, pour une partie de la doctrine, « prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux des contrats publics [...n'était pas] à la fois naturel et inévitable »⁷⁵⁵ (Section 1). L'ouverture du droit des marchés publics par rapport à la notion du développement durable a donc eu lieu de manière différente dans les divers cadres juridiques, ce qui a été à la base d'une certaine incohérence terminologique (Section 2).

Section 1 : La confrontation entre les logiques de l'« intrusion » et de l'« intégration » du développement durable dans les marchés publics

La question de la prise en compte du développement durable dans les marchés publics a été traitée de manière différente selon deux approches opposées. D'une part, le développement durable a fait « une apparition assez inattendue » dans le droit des marchés publics⁷⁵⁶ après en avoir été « fortement éloigné »⁷⁵⁷ car il était assimilé à une considération étrangère et *intrusive*⁷⁵⁸ (paragraphe 1). D'autre part, l'insertion du développement durable dans les achats publics a suivi une logique d'*intégration* visant à « conjuguer différences et cohérence »⁷⁵⁹ entre les deux (paragraphe 2). Cette divergence d'approches doit se comprendre en termes d'évolution dans le temps et dans l'espace.

⁷⁵³ Loic Peyen, « Propos introductifs », in Olivier Dupéré (dir.) et Loic Peyen (dir.), *Op. cit.*, p. 14.

⁷⁵⁴ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 22.

⁷⁵⁵ Pascale Idoux, *Op. cit.*, p. 260.

⁷⁵⁶ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 22.

⁷⁵⁷ *Ibid.*

⁷⁵⁸ *Ibid.*

⁷⁵⁹ Mireille Delmas-Marty, *Op. cit.*, p. 32. L'auteur utilise l'expression d'un « art de la polychronie » à « inventer ».

Paragraphe 1 : La prise en compte du développement durable dans les marchés publics selon la logique de l'« intrusion »

Conformément à l'approche traditionnelle⁷⁶⁰, l'achat public constitue un « instrument[...] essentiel[...] de l'action publique »⁷⁶¹ qui ne peut pas « se laisser guider par des considérations autres qu'économiques »⁷⁶². En d'autres termes, « la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût »⁷⁶³.

Un tel postulat évoque l'idée de la neutralité des marchés publics, selon laquelle les décisions en matière d'achat ne peuvent pas être « au service d'objectifs » autres qu'économiques⁷⁶⁴. En fait, si l'économie irrigue traditionnellement le droit des marchés publics, en revanche, les objectifs « qui sont aujourd'hui rassemblés sous le vocable de 'développement durable' »⁷⁶⁵ ont été souvent considérés en tant que préoccupations « étrangères »⁷⁶⁶, externes⁷⁶⁷, ou secondaires⁷⁶⁸, des « aspects alien to procurement »⁷⁶⁹,

⁷⁶⁰ « The conventional understanding dominating in public procurement-related thinking and policy-making is actually quite different from the basic ideas of innovation-oriented procurement ». Voy. Viko Lember (dir.), Rainer Kattel (dir.), Tarmo Kalvet (dir.), *Public Procurement, Innovation and Policy. International Perspectives*, Springer, 2014, pp. 16-17.

⁷⁶¹ Stéphane Braconnier, *Droit des marchés publics*, Paris, Imprimerie nationale, 2005, quatrième de couverture.

⁷⁶² Nil Symchowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 39.

⁷⁶³ « Bien que n'ayant jamais été explicitement consacrée sous la forme d'un principe ou d'une règle de droit positif, l'idée d'une neutralité de la commande publique a fortement imprégné les premières solutions nationales apportées aux tentatives d'inclusion de préoccupations sociales ou environnementales dans l'achat public ». Ainsi, selon les « conclusions du commissaire du gouvernement Denis Piveteau sur l'arrêt du Conseil d'État du 25 juillet 2001, Commune de Gravelines », au sujet des conditions restreignant les possibilités d'utiliser des critères sociaux, « il y a là l'expression du principe tout à fait essentiel de la neutralité de la réglementation des marchés publics, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût ». Voy. sur cela Pascale Idoux, *Op. cit.*, 2016, p. 260 ; Nil Symchowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 39 ; Stéphane de la Rosa, *Op. cit.*, 2017, p. 97.

⁷⁶⁴ Nicolas Boulouis, *Op. cit.*, no. 4, 2014, p. 617.

⁷⁶⁵ *Ibid.*

⁷⁶⁶ Nil Symchowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 39.

⁷⁶⁷ Rita Roos, *Op. cit.*, 2012, p. 2. « The three pillars of sustainability establish a triple baseline of external concerns to be fulfilled. This means that purchasers need to look beyond the conventional criteria of price, quality and service when making purchasing decisions ». Voy. aussi Ann Lawrence Durvieux, *Marchés publics et environnement : mise en perspective*, disponible en ligne : <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/117171/2/MP.ENVI.pdf>.

⁷⁶⁸ Simona Morettini, « Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law », in Edoardo Chiti (dir.), Bernardo Giorgio Mattarella (dir.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Springer, 2011, pp. 187-209.

⁷⁶⁹ Martin Trybus, « Supporting social considerations through public procurement: a legal perspective », in Gustavo Piga (dir.) et Tunde Tatrai (dir.), *Op. cit.*, 2016. L'auteur fait référence à l'expression allemande « vergabefremde Aspekte » qui traduit l'expression anglaise « secondary objectives ». Celle-ci signifie littéralement en anglais « aspects alien to procurement ». Pour l'auteur, l'expression « linguistically captures this problem and leaves no doubt as to the opinion on these alien aspects ». Voy. aussi le Jean Tirole, Stéphane Saussier, *Op. cit.*, no. 22, 2015, dont la première Recommandation précise que « l'objectif de la commande publique, quel qu'en soit le montant, est avant tout de satisfaire un besoin identifié en parvenant à la meilleure performance en termes de coûts et de services ou fonctionnalités attendus, [alors] charger la commande publique d'atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation est [en ce sens] inefficace ». Sur ce point voy. Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012.

des intrus⁷⁷⁰, voire même des « dérives »⁷⁷¹ à manier « avec précaution »⁷⁷² et dont l'application est « difficile »⁷⁷³ dans les marchés publics. Encore aujourd'hui, les achats publics durables semblent souvent souffrir de la conception qui critique le « mélange des genres »⁷⁷⁴ entre, d'une part, le développement durable considéré comme relevant de la politique⁷⁷⁵, et d'autre part, le droit des marchés publics *orthodoxe*.

L'idée de la neutralité des marchés publics « a fortement imprégné les premières solutions nationales apportées aux tentatives d'inclusion de préoccupations sociales ou environnementales »⁷⁷⁶, même si elle n'a « jamais été explicitement consacrée sous la forme d'un principe ou d'une règle de droit positif »⁷⁷⁷. En s'appuyant sur cette idée, la doctrine et la jurisprudence se sont montrées parfois « réfractaires »⁷⁷⁸, parfois réticentes⁷⁷⁹, parfois méfiantes⁷⁸⁰ quant à la prise en compte effective du développement durable dans le droit des marchés publics.

Mais, comme il a été mis en exergue par un autre courant doctrinal, les marchés publics n'ont pas été toujours neutres⁷⁸¹. Au contraire, ils ont « joué [très souvent] un rôle important en matière de politique économique [...] en vue de permettre leur utilisation en tant qu'outils de relance économique »⁷⁸².

⁷⁷⁰ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 52.

⁷⁷¹ Pascale Idoux, *Op. cit.*, p. 260.

⁷⁷² Nicolas Boulouis, *Op. cit.*, no. 4, 2014, pp. 617 et s.

⁷⁷³ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 28.

⁷⁷⁴ Conseil d'État, 10 mai 1996, Féd. Nationale des travaux publics et Féd. Nationale du bâtiment, n. 159979, recueil Lebon, 1996, p. 164 (conclusions Fratacci).

⁷⁷⁵ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 135. « It is essentially a choice between efficiency and equity, the one economic, the other political ». Voy. aussi Eleanor Fisher, *Op. cit.*, vol. 8, no. 1, 2013, p. 37. L'auteur met en exergue que le développement durable est tout d'abord une question politique : « achieving sustainable development is political and depends both on formal political leadership and the negotiation of informal power dynamics ».

⁷⁷⁶ Voy. sur cela Pascale Idoux, *Op. cit.*, 2016, p. 260. Voy. aussi Nil Symchowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 39 ; Stéphane de la Rosa, *Op. cit.*, 2017, p. 97.

⁷⁷⁷ *Ibid.* ; Stéphane de la Rosa, *Op. cit.*, 2017, p. 97.

⁷⁷⁸ Nil Symchowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 39.

⁷⁷⁹ Roberto Caranta et Carol Cravero, « Sustainability and Public Procurement », in Annamaria La Chimia (dir.) et Peter Trepte (dir.), *Public Procurement and Aid Effectiveness. A Roadmap under Construction*, Oxford, Hart Publishing, 2019, p. 182. Les auteurs soulignent ici qu'un certain nombre d'auteurs « remains reluctant as to making room for sustainability among key public procurement principles ». Voy. aussi Pascale Idoux, *Op. cit.*, 2016, p. 260, qui soulève le problème des « réticences à diversifier les éléments qui doivent guider les personnes publiques cocontractantes et en particulier les acheteurs publics ». Pour ce qui concerne le cadre européen ante 2002, voy. aussi Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 99, qui utilise l'expression « réticence polie ».

⁷⁸⁰ Roberto Caranta et Carol Cravero, *Op. cit.*, p. 182. Les auteurs soulignent que souvent la doctrine « remains reluctant as to making room for sustainability among key public procurement principles ». En outre, ils remarquent que plusieurs acteurs de l'espace juridique global semblent avoir « a suspicious-looking attitude vis-à-vis SPP ».

⁷⁸¹ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 135, qui souligne « [g]overnment policy may not always be 'neutral' ».

⁷⁸² Nil Symchowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 39.

Paragraphe 2 : La prise en compte du développement durable dans les marchés publics selon la logique de l'« intégration »

« [P]rogressivement et prudemment permise par la jurisprudence et les textes nationaux »⁷⁸³, l'« ouverture sociale et/ou environnementale »⁷⁸⁴ des marchés publics a grandement évolué au fil du temps et de l'espace. Cela a marqué le passage d'un vocabulaire de l'extériorité voire de l'« intrusion »⁷⁸⁵ à celui de l'admission du développement durable au sein des marchés publics sous réserve cependant du respect de deux limites principales, à savoir l'efficacité économique et la concurrence⁷⁸⁶. En vertu de ces deux limites – sur lesquels on va revenir –, les considérations socio-environnementales ont été souvent qualifiées de *secondaires*⁷⁸⁷, de *collatérales*⁷⁸⁸, de « non-primary or non-vertical concern » (préoccupations non-primaires et non-verticales)⁷⁸⁹, de « peripheral concerns » (préoccupations marginales)⁷⁹⁰, d'objectifs non-

⁷⁸³ Pascale Idoux, *Op. cit.*, 2016, p. 260 ; Noémie Porte, « Vers un abandon du principe de neutralité de la commande publique ? », in *Revue du Droit Public*, no. 5, 2014, pp. 1249 et s.

⁷⁸⁴ *Ibid.*

⁷⁸⁵ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 52.

⁷⁸⁶ Viko Lember (dir.), Rainer Kattel (dir.), Tarmo Kalvet (dir.), *Public Procurement, Innovation and Policy. International Perspectives*, Springer, 2014, pp. 16-17. « It is widely held argument that economic, social and other side-goals should not be explicit part of the government purchasing decisions or policy as it distorts competition and free trade ». Mais ce n'est pas tout. Pour certains, avec l'intégration du développement durable dans les marchés publics, on mettrait aussi en danger la transparence et l'intégrité. Christopher McCrudden, « Corporate social responsibility and public procurement », in Doreen Mcbarnet (dir.), Aurora Voiculescu (dir.) et Tom Campbell (dir.), *Op. cit.*, pp. 93-117. « The objections derives from a concern that the adverse effects of such linkages [socio-environmental] outweigh any good that may come of them. Common general objections are : that such linkage increases the costs of procurement ; the linkage leads to a reduction in the transparency of the procurement process ; that linkage leads to greater bureaucratization of procurement ; or that it increases the opportunity for corruption. In the European Community context, a particular concern, given that one of the primary functions of the organization is to reduce barriers to the creation of a vibrant internal market, is that such linkages increase the opportunity for, or have the effect of, reducing competition ».

⁷⁸⁷ Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics*, 2015, p. 6. « Les « objectifs secondaires » regroupent divers objectifs tels qu'une croissance verte durable, le développement de petites et moyennes entreprises, l'innovation, l'instauration de normes de conduite responsable des entreprises ou des objectifs plus vastes en matière de politique industrielle, que les pouvoirs publics s'efforcent de plus en plus d'atteindre, outre les objectifs principaux, en ayant recours à la passation de marchés publics comme instrument d'action ». Voy. ainsi Conseil de l'Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Rapport sur la mise en œuvre de la Recommandation du Conseil sur les Marchés Publics*, C(2019)94/FINAL, 2019, pp. 9 et s.

⁷⁸⁸ Terminologie provenant des États Unis. Voy. Sue Arrowsmith (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 15, disponible en ligne: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>

⁷⁸⁹ Sope Williams-Elegbe, *Public Procurement and Multilateral Development Banks. Law, Practice and Problems*, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 143.

⁷⁹⁰ Edward Schwerin, Eric Prier et Clifford McCue, « The Desirability and Feasibility of Developing a Sustainability Index for Public Procurement », in Thai Khi (dir.), Paul J. Salia (dir.), Frederick A. Mwakibinga (dir.), *Advancing Public Procurement: Theories and Practice*, Highland Beach, U.S., PrAcademics Press, 2018, pp. 181-210.

commerciaux⁷⁹¹, d'objectifs non-économiques⁷⁹² ou « derogating from [...] economic objectives » (dérogeant aux objectifs économiques)⁷⁹³.

À l'inverse de ces tendances, on a récemment assisté à une ouverture majeure, au moins en apparence. Horizontales⁷⁹⁴, stratégiques⁷⁹⁵ ou « smart »⁷⁹⁶ : ainsi sont désignées de plus en plus fréquemment de nos jours les préoccupations liées au développement durable.

Toutefois, bien que la terminologie change, il semble que les limites d'application demeurent. En fait, la poursuite du développement durable dans les achats publics reste possible tant qu'elle ne porte pas préjudice aux objectifs de l'efficacité économique et de la concurrence. Cela amène une partie de la littérature juridique à arguer qu'il s'agirait d'une « ouverture sécurisée »⁷⁹⁷ voire « timorée »⁷⁹⁸ ou d'une « neutralité bienveillante »⁷⁹⁹ apparaissant comme un *relooking* (habillage) terminologique plutôt que comme un changement substantiel.

Il semble donc difficile d'établir une hiérarchie ou de trouver « un équilibre entre ce qui reste l'objectif principal [meilleur achat au meilleur coût] et ce qui ne peut pas ne pas entrer en ligne de compte pour l'acheteur »⁸⁰⁰, notamment le développement durable.

⁷⁹¹ Ron Watermeyer, « Facilitating sustainable development through public and donor regimes : tools and techniques », in *Public Procurement Law Review*, no. 1, 2004, pp. 30-55.

⁷⁹² De ce fait, en tant qu'objectifs non-économiques, les objectifs socio-environnementaux sont qualifiés comme contraires au « purity principle » des marchés publics, ce dernier se focalisant plutôt sur l'efficacité économique. Voy. Hilde Caroli Casavola, « Public Procurement and Globalization », in *Ius Publicum Network Review*, no. 3/4, 2013, p. 23. Voy. ainsi Sue Arrowsmith, « Horizontal Policy in Public Procurement : A Taxonomy », in *Journal of public procurement*, vol. 10, no. 2, 2010, pp. 149-186 ; Christopher McCrudden, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁷⁹³ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 134. « Where secondary policies are in conflict with the economic objectives or where they fail to achieve Pareto efficiency [...], there will be a knock-on effect in terms of economic efficiency which leads to increased 'efficiency costs'. This presents the regulator with a choice: either to pursue the economic objectives or, in addition, pursue secondary policies whilst recognising that the pursuit of such secondary policies will often be at the cost of a loss of economic efficiency ».

⁷⁹⁴ Sue Arrowsmith, « Horizontal policies in public procurement: a taxonomy », in *Journal of Public Procurement*, vol. 10, no. 2, 2010, pp. 149-186 ; Sue Arrowsmith et Peter Kunzlik (dir.), *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

⁷⁹⁵ Terminologie actuellement européenne. Directive no. 24/2014/UE, considérant 47. « La recherche et l'innovation, y compris l'éco-innovation et l'innovation sociale, comptent parmi les principaux moteurs de la croissance future et ont été placées au cœur de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive. Les pouvoirs publics devraient faire le meilleur usage stratégique des marchés publics pour stimuler l'innovation. L'acquisition de produits, travaux et services innovants joue un rôle essentiel dans l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux grands enjeux de société. Elle aide à parvenir à une utilisation optimale des deniers publics ainsi qu'à dégager de plus larges avantages économiques, environnementaux et sociétaux à travers les nouvelles idées générées, leur concrétisation sous la forme de produits et services innovants et, partant, la promotion d'une croissance économique durable ».

⁷⁹⁶ Albert Sanchez-Graells (dir.), *Op. cit.*, 2018.

⁷⁹⁷ Pascale Idoux, *Op. cit.*, 2016, p. 260.

⁷⁹⁸ Frédéric Pichon, *Le développement durable dans les marchés publics, une évolution complexe*, Mémoire de Master, Université Lumière Lyon 2, 2007, p. 22, disponible en ligne : <http://doc.sciencespo-lyon.fr>.

⁷⁹⁹ Benoît Delaunay, « Le développement durable, avenir de la commande publique ? », in *Contrats Publics. Actualité de la commande publique*, no. 96, février 2010, p. 3.

⁸⁰⁰ Nicolas Boulouis, *Op. cit.*, no. 4, 2014, pp. 617 et s.

Mais la priorité semble toujours être celle de « s’assurer de la rationalité du choix du cocontractant en évitant [...] des considérations fantaisistes, arbitraires ou malhonnêtes »⁸⁰¹ qui puissent amener à des « différences [injustifiées] de traitement entre les candidats »⁸⁰² ou à des achats économiquement inefficients. Il s’agit donc, pour une partie de la doctrine, d’adopter la « ‘moins mauvaise’ des solutions dans la recherche d’un encadrement sécurisant et équilibré de l’utilisation des critères environnementaux et sociaux »⁸⁰³.

En allant plus loin, selon une autre conception, le développement durable doit se comprendre comme un ensemble de « préoccupations [pleinement] légitimes »⁸⁰⁴ au sein des achats publics, ces derniers pouvant être définis comme un « instrument stratégique »⁸⁰⁵, un « outil au service d’un autre but que le meilleur achat [purement économique] »⁸⁰⁶, une « boîte à outils » à la disposition des politiques durables que « les collectivités publiques entendent mettre en œuvre »⁸⁰⁷, un « levier »⁸⁰⁸ pour atteindre le

⁸⁰¹ Pascale Idoux, *Op. cit.*, p. 260.

⁸⁰² *Ibid.*, p. 260.

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 260.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 260 ; Deirdre Halloran, « The Social Value in Social Clauses : Methods of Measuring and Evaluation in Social Procurement », in Khi V. Thai (dir.), *Op. cit.*, 2017.

⁸⁰⁵ Entre autres, voy. François Llorens, Pierre Soler-Couteaux, *Op. cit.*, no. 11, novembre 2017, Repère 10. Dans ce même sens, voy. Claire Jourdain, *Op. cit.*, avril 2003, no. 597, p. 215. « La passation des marchés constitue également un instrument pour mettre en œuvre des politiques qui dépassent cet objectif premier » visant à « se procurer des travaux, des fournitures ou des services en réponse à un besoin identifié ». Voy. aussi Beate Sjøfjell et Anja Wiesbrock, « Public procurement’s potential for sustainability », in Beate Sjøfjell (dir.) et Anja Wiesbrock (dir.), *Op. cit.*, 2015, pp. 230-243.

⁸⁰⁶ Nicolas Boulouis, *Op. cit.*, no. 4, 2014, p. 617. La possibilité que « le droit des contrats publics puisse être en soi un droit au service d’objectifs qui sont aujourd’hui rassemblés sous le vocable de ‘développement durable’ » est attentivement analysée par l’auteur. Voy. ainsi Anthony Pilon, *Op. cit.*, 2014.

⁸⁰⁷ Nicolas Boulouis, *Op. cit.*, no. 4, 2014, p. 617.

⁸⁰⁸ Etienne Muller (dir.), *La commande publique, un levier pour l’action publique?*, Paris, Dalloz, 2018 ; Bernard Gosselin, *Les marchés publics*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 1. « [U]tiliser la commande publique comme un levier économique majeur » peut se faire « soit à des fins de régulation conjoncturelle, soit plus profondément pour tenter de modifier les structures productives du pays ». Voy. également Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 34. La question que l’auteur se pose est celle de savoir si « [c]e ‘levier économique majeur’ évoqué par B. Gosselin, que sont potentiellement les marchés publics, est-il mis aujourd’hui au service des préoccupations citoyennes essentielles que sont l’équité sociale et la protection de l’environnement ? ». Pour certains auteurs, on peut considérer Keynes comme l’un des promoteurs de l’utilisation des marchés publics pour atteindre des finalités durables (John Maynard Keynes, *The theory of employment, interest and money*, 1^{re} publication 1936, Bruxelles, Online Library of Liberty, 2010). Cela est souligné par Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, pp. 139-140, « Keynes was tireless in advocating the use of increased expenditure on public works as a means of reviving the economy and combating unemployment ». En fait, l’auteur constate que « [p]rocurement regulation [...] by reason of its economic importance, offers a significant means of market influence. [...] Increased employment by firms with work to do will lead to increased income and profits which will be used to bolster demand for other consumer products and increase private investment, respectively, thus leading to net economic gains for society. Public investment may be seen as a demand side catalyst for private investment and consumer spending. The danger with the demand based policies involving a simple increase in public expenditure referred to above is that they have tended to be quantitative rather than qualitative. That is to say that they are designed simply to increase the size of government demand, often on a short-term basis, without at the same time improving the quality of that demand. [...] Merely increasing demand by way of public investment will provide short-term outlets to suppliers but will do nothing to increase their productivity or efficiency. It is a cushion which, when coupled with protective measures, is merely a mechanism to preserve inefficiency. Where domestic competition is weak, it reinforces anti-competitive behaviour and promotes economic stagnation. Public procurement as a measure or function of government demand is, therefore, a powerful but dangerous tool. [...] If the government’s response is paternalistic and it acts to

développement durable et, en même temps, un « outil pour orienter les comportements »⁸⁰⁹ des divers acteurs, c'est-à-dire une « formidable impulsion »⁸¹⁰ capable de montrer l'exemple vers une responsabilité socio-environnementale majeure⁸¹¹ (une sorte de *role model*⁸¹², d'« exemplarité »⁸¹³, de « moteur d'innovation »⁸¹⁴). Selon cette approche, les relations entre les considérations socio-environnementales et celles

protect and further cushion supply side difficulties, it will do no more than perpetuate the status quo. [...] Procurement regulation cannot be the only motivator, but must form part of a battery of initiatives and programmes to facilitate the transition to market economy ». Voy. ainsi Helen Walker et Wendy Philips, « Sustainable procurement : emerging issues », in *International Journal of Procurement Management*, vol. 2, no. 1, janvier 2009, pp. 41-61.

⁸⁰⁹ Nicolas Boulouis, *Op. cit.*, no. 4, 2014, pp. 617 et s.

⁸¹⁰ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, pp. 39-40 ; Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, p. 2. « Les politiques publiques peuvent donc légitimement viser à encourager le développement de tels produits. Indubitablement, l'action publique a quelque légitimité et efficacité potentielle en la matière. En effet, des évaluations révèlent que 30% des améliorations environnementales apportées au développement des produits sont imputables à des stimuli externes, qu'il s'agisse de la demande exprimée par des consommateurs ou de la réglementation publique ». Voy. aussi in Abby Semple, *Reform of the EU Procurement Directives and WTO GPA: Forward Steps for Sustainability?*, juin 2012, disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=2089357>.

⁸¹¹ Voy. entre autres Rita Schwarzelühr-Sutter, « Sustainable Strategic Procurement : Can the State Be a Role Model for Sustainable Consumption ? », 2018, disponible en ligne : <https://sdg.iisd.org/commentary/guest-articles/sustainable-strategic-public-procurement-can-the-state-be-a-role-model-for-sustainable-consumption/> ; Béatrice Jargois, « Commande publique et entreprises: regards croisés sur la prise en compte du développement durable », in *Contrats Publics. Actualité de la commande publique*, no. 96, février 2010, p. 48. Pour l'auteur, « [c]e qui s'impose à l'acheteur public s'impose aux opérateurs économiques qui deviennent des acteurs privilégiés de la mise en œuvre d'achats durables ». En fait, « [r]esponsable de 10% à 20% des dépenses totales, le secteur public dispose à ce titre d'un pouvoir en termes d'achat suffisamment conséquent pour avoir des répercussions importantes sur le tissu économique général et le secteur concurrentiel en particulier ». Voy. aussi Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, p. 9, qui mentionne « l'exemplarité de la commande publique pour les acheteurs privés. Il s'agit ici de 'crédibiliser' l'achat vert ».

⁸¹² Voy. entre autres Rita Schwarzelühr-Sutter, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://sdg.iisd.org/commentary/guest-articles/sustainable-strategic-public-procurement-can-the-state-be-a-role-model-for-sustainable-consumption/> ; Béatrice Jargois, « Commande publique et entreprises: regards croisés sur la prise en compte du développement durable », in *Contrats Publics. Actualité de la commande publique*, n° 96, févr. 2010, p. 48. Pour l'auteur, « [c]e qui s'impose à l'acheteur public s'impose aux opérateurs économiques qui deviennent des acteurs privilégiés de la mise en œuvre d'achats durables ». En fait, « [r]esponsable de 10% à 20% des dépenses totales, le secteur public dispose à ce titre d'un pouvoir en terme d'achat suffisamment conséquent pour avoir des répercussions importantes sur le tissu économique général et le secteur concurrentiel en particulier ». Voy. aussi Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, p. 9, qui mentionne « l'exemplarité de la commande publique pour les acheteurs privés. Il s'agit ici de 'crédibiliser' l'achat vert ».

⁸¹³ Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, p. 2. L'auteur remarque aussi que « [l]'introduction de clauses environnementales dans les marchés publics apparaît comme un des vecteurs privilégiés des politiques environnementales menées par les collectivités publiques, ne serait-ce qu'en raison du poids de la commande publique dans les Etats membres de l'OCDE (entre 15 et 20% du PIB). Représentant 16,3% du PIB de l'Union européenne, la commande publique peut donc s'avérer un levier essentiel de la politique de l'environnement (Commission, 2008) ».

⁸¹⁴ Commission Européenne, *Acheter vert. Un manuel sur les marchés publics écologiques*, 3e édition, 2016, p. 5. Voy. aussi Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM (2008) 400, *Communication relative à des marchés publics pour un environnement meilleur*, p. 2. « Les marchés publics peuvent déterminer les tendances en matière de production et de consommation ; une importante demande de biens 'écologiques' de la part du secteur public fera apparaître ou agrandira des marchés de produits et de services respectueux de l'environnement. Ce faisant, le secteur public incitera également les entreprises à mettre au point des technologies environnementales. [...] Le caractère écologique des produits étant déterminé sur la base du cycle de vie, les marchés publics écologiques affecteront l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement et stimuleront également l'application de normes écologiques dans les achats du secteur privé ». Voy. aussi, Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *The environmental performance of public procurement : issues of policy coherence. Executive summary, 2001-2002*, disponible en ligne : www.oecd.org/environment/tools-evaluation/15169707.pdf. « GPP [green public procurement] might support technological development or changes in consumer behaviour in an environmentally-beneficial way ». Voy. aussi Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, p. 9. « Les autorités publiques devaient jouer un rôle moteur vis-à-vis des acquéreurs privés en termes de processus de production plus verts et de réorientation de la demande globale vers des produits et services plus respectueux de l'environnement ». Voy. ainsi Francesco Decarolis et Marco Frey, *Public procurement's place in the world: The charge towards sustainability and innovation*, Palgrave Macmillan, 2014.

portant sur l'efficacité économique et l'ouverture à la concurrence ne devraient pas être considérées en termes d'une subordination *à tout prix* mais plutôt en termes d'un équilibre dynamique qui change selon les circonstances. La recherche d'un équilibre suit donc une logique de poids et de contrepoids qui est susceptible de varier dans le temps et dans l'espace tout en essayant de parvenir à une meilleure « intégration » des divers objectifs.

Pour ce qui est de cette dernière, à l'aide de son étymologie qui renvoie au « verbe latin *integrare* et veut dire rendre complet, achever », on entend par « intégration » l'action de « s'intégrer : entrer dans un tout, en faire partie, s'y incorporer ; être intégré : être aménagé, construit de telle sorte que tous les éléments forment un tout »⁸¹⁵ selon « l'établissement d'une interdépendance plus étroite entre les parties »⁸¹⁶.

Sur une telle base, on peut comprendre l'intégration du développement durable dans les marchés publics comme le fait d'« insérer quelque chose dans quelque chose, l'y incorporer, le faire entrer dans un ensemble [...] de telle sorte qu'il semble lui appartenir, qu'il soit en harmonie avec les autres éléments »⁸¹⁷. Il s'agit bien évidemment d'une harmonie *dynamique* qui change sur la base de circonstances concrètes et des cadres juridiques spécifiques : il est donc impossible d'en tracer un modèle valable pour toute occasion.

Section 2 : L'incohérence terminologique et les implications juridiques dans les marchés publics

Si les conceptions doctrinales se sont affrontées sur l'opportunité d'insérer le développement durable dans le domaine des marchés publics, sans cependant parvenir à une conceptualisation théorique commune, cela semble aussi reflété dans la qualification du développement durable dans les textes juridiques. Au sein de ces derniers, on constate une variété terminologique, une véritable absence de « commonality and consistency »

⁸¹⁵ Définition tirée de Le Grand Larousse (1987), telle que mentionnée par Maurice Payette, *Op. cit.*, vol. 5, no. 1, 2001, p. 25.

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ Voy. la définition du terme « intégrer » dans le dictionnaire Larousse, version numérique, disponible en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/>.

(uniformité et cohérence)⁸¹⁸, un manque de définition juridique précise du développement durable.

Cette incohérence terminologique⁸¹⁹ semble avoir d'importantes implications juridiques. En particulier, le fait que le développement durable soit parfois qualifié d'objectif, parfois de principe, parfois d'« obligation de moyen »⁸²⁰, ou même pas qualifié, reflète une difficulté bien précise, celle d'en identifier le statut juridique. Même si « often ignored or misunderstood » (souvent négligées ou mal comprises) par la majorité de la doctrine⁸²¹, les incohérences terminologiques ne semblent pas pouvoir se réduire à des « conflits potentiellement insolubles de nature simplement politique » ou linguistique⁸²².

Il s'agit, en revanche, d'un sujet qui n'est pas dépourvu d'intérêt pour les juristes, tout en étant susceptible d'avoir un impact sur la compréhension et l'application du concept du développement durable dans le droit des marchés publics, car « rien ne sera bien compris si ce n'est pas correctement défini »⁸²³.

Résultat d'« intérêts divergents, voire opposés » auxquels le « droit des marchés publics se heurte frontalement »⁸²⁴, comme l'efficacité économique, l'ouverture à la concurrence, la promotion du développement local, *etc.*, l'incohérence terminologique se présente tant au niveau national, supranational qu'international avec des spécificités propres à chaque cadre juridique. En fait, il y a une palette de qualifications du développement durable dans les marchés publics allant d'une formulation dans les termes d'un « procurement arrangement [...] inherently risky » (dispositif d'achat

⁸¹⁸ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, pp. 4, 37-39. « Whilst a degree of commonality and consistency in the application of procurement concepts or principles is to be welcomed, especially in the context of an increasingly global economy, it would nonetheless be surprising indeed if those general principles could be applied in an identical fashion, with the same import and with the same degree of understanding and conviction in the various national and international systems which have adopted procurement regulations ». En outre, les différences existent également par rapport aux spécificités de chaque système national, qui peut se caractériser par « a unique and different constitutional and administrative law tradition ». Par exemple, certains systèmes juridiques « treat public contracts as in some way distinct from private contracts and will have provided a comprehensive body of public law to deal with such contracts. Some will treat government contracts as no different from private contracts and impose no regulation. Yet others will treat the ultimate government contract as a private contract but will nevertheless impose pre-contractual procurement conditions for the award of such contracts. Some may have no regulation of procurement at all ».

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 58.

⁸²⁰ Comme la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) française invite à faire, il est possible de considérer le développement durable à l'instar d'une « obligation de moyen », à laquelle « l'acheteur peut déroger [...seulement] s'il est en mesure de justifier de son impossibilité à prendre en compte de tels objectifs ». De ce fait, « l'acheteur doit prendre en compte des objectifs de développement durable » dans les marchés qu'il lance. Voy. Direction des Affaires Juridiques, Ministère de l'économie et des finances français, *La définition du besoin est la clef d'un achat bien réussi. Fiche technique*, 2019, pp. 3-4.

⁸²¹ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 4-6.

⁸²² Traduit de : *Ibid.*

⁸²³ Traduit de : *Ibid.* L'auteur se réfère ici au paradoxe attribué au philosophe grec Socrate, « Je sais que je ne sais rien ».

⁸²⁴ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 28.

intrinsèquement risqué)⁸²⁵, une mesure exceptionnelle⁸²⁶, une mesure nécessairement transitoire⁸²⁷ jusqu'à une formulation dans les termes d'un objectif, d'une obligation de moyen voire même d'un principe, pour ne citer qu'eux.

Sans pouvoir analyser en détail la variété terminologique existante entre les différents niveaux nationaux en raison de l'étendue d'un tel sujet, force est de constater que les mêmes acteurs internationaux et globaux ne semblent pas s'accorder sur une approche commune. Cela se justifie en partie par le fait que lesdits acteurs interviennent dans le droit des marchés publics avec des finalités et des intérêts divergents⁸²⁸. Par exemple, il peut y avoir la volonté de « consolidation des économies des membres »⁸²⁹ (OCDE), l'attention pour les questions de développement et monétaires pour les prêts accordés (BMDs), l'intégration d'un marché intérieur (UE⁸³⁰), la promotion du commerce international et du libre-échange (OMC), la modernisation et l'harmonisation des règles du commerce international (CNUDCI), la protection de l'environnement (Programme de l'ONU pour l'Environnement)...

Tous ces acteurs interviennent dans les marchés publics à travers l'adoption d'instruments juridiques allant du droit dur au droit souple. Cette dernière catégorie, très utilisée aux niveaux supranational et international, se caractérise – comme déjà mis en exergue⁸³¹ – par un « éclectisme des formes »⁸³² et de la nomenclature des divers instruments juridiques, dont la portée normative ne fait pas toujours l'objet d'un large

⁸²⁵ Banque Mondiale, *Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le financement de projet d'investissement (FPI)*, Section 3.1, Annexe 2, 2018, disponible en ligne : <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-new-framework#framework>.

⁸²⁶ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, 2012, p. 7.

⁸²⁷ *Ibid.*

⁸²⁸ UN Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, pp. 2-8. « International agencies such as The World Bank provide assistance to governments to improve public procurement regulations, with the objective of strengthening procurement practice nationally and harmonizing procedures between countries. [...] The principles underlying the procurement regulations of many countries and of international agencies such as the major development banks (The World Bank, African Development Bank, Asian Development Bank, etc.) and the European Commission; and in the model procurement law promoted by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) may be termed a 'standard model' of good procurement practice ».

⁸²⁹ Nicola Bonucci et Jean-Marc Thouvenin, « L'OCDE, site de gouvernance globale ? », in Hervé Ascensio (dir.) *Op. cit.*, 2013, p. 25.

⁸³⁰ Par ailleurs, l'UE est parfois définie comme une « organisation internationale *sui generis* ». Guy I. Seidman et Eran Ifargan, « Public and international procurement: a comparative approach », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.), *Op. cit.*, p. 73 ; William Phelan, « What is Sui generis about the European Union ? Costly International Cooperation in a self-contained regime », in *International Law Studies Review*, vol. 14, 2012, pp. 367-385.

⁸³¹ Voy. section 2, chapitre 2, titre 1, partie première.

⁸³² Hervé Ascensio, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in Hervé Ascensio (dir.) *Op. cit.*, 2013, p. 7.

consensus⁸³³ : décisions, recommandations, principes, modèles, guides pratiques, commentaires, normes techniques, objectifs, recueils de bonnes pratiques⁸³⁴. En particulier, on peut mentionner la loi Type de la CNUDCI (2011), la Communication de la Commission européenne « Des marchés publics pour un environnement meilleur » (2008)⁸³⁵, le Guide « Acheter Vert. Un manuel sur les marchés publics écologiques » de la Commission européenne (2016)⁸³⁶, le Guide « Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale » de la Commission européenne (2011), la Collecte de bonnes pratiques et orientations « Des marchés publics pour une économie circulaire » de la Commission européenne (2018)⁸³⁷, la Collecte de bonnes pratiques de l'OCDE « Going Green : Best Practices for Sustainable Procurement » (2015)⁸³⁸, la Recommandation du Conseil sur l'amélioration des performances environnementales des marchés publics de l'OCDE (2019)⁸³⁹, les Principes « Principles of Sustainable Public Procurement, The Sustainable Public Procurement Programme » de l'ONU Environnement (2015)⁸⁴⁰, les Guidelines « Sustainable Public Procurement Implementation Guidelines » de l'ONU Environnement (2012)⁸⁴¹.

⁸³³ Si une partie de la doctrine exclut catégoriquement que certains de ces instruments soient classés dans le champ juridique, selon une autre partie de la doctrine ils feraient partie du droit souple, même si avec une portée normative très différente les uns des autres. Encore, selon d'autres auteurs, il ne faudrait même pas partir du « caractère juridique ou non juridique de la norme », mais il faudrait considérer que « l'élaboration de modèles, la fixation d'objectifs, le choix de concepts juridiques à insérer dans le tissu normatif sont des moments de l'élaboration du droit », du « processus normateur », qui ont des effets sur les destinataires et, de ce fait, ils ne peuvent pas être négligés par le juriste. Voy. entre autres Hervé Ascensio, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in Hervé Ascensio (dir.) *Op. cit.*, 2013, p. 8.

⁸³⁴ Par exemple, pour ce qui concerne les collectes de bonnes pratiques, certains auteurs excluent catégoriquement qu'elles soient du droit, alors que pour d'autres la question n'est pas si évidente car les bonnes pratiques sont « souvent évoquées comme une source » [...et] constituent [...] un ensemble disparate où voisinent des pratiques recommandées, voire quasi imposées par certaines sphères d'influence ». Selon cette conception, les pratiques présentent des éléments d'intérêt puisqu'elles nous expliquent comment le droit a été en réalité perçu et, par la suite, appliqué par les acteurs impliqués dans la passation et l'exécution des marchés publics. Leur utilité semble cruciale, dans la mesure où elles permettent de comprendre l'état de l'application du droit (qu'il soit plus ou moins dur). Voy. Philippe Jestaz, *Op. cit.*, 2015, p. 8.

⁸³⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52008DC0400>.

⁸³⁶ http://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm.

⁸³⁷ http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/cp_european_commission_brochure_fr.pdf.

⁸³⁸ <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/green/>. Le groupe directeur sur « les achats publics écologiques » de la direction de l'environnement de l'OCDE s'est également engagé dans l'élaboration de : Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *La performance environnementale des marchés publics. Vers des politiques cohérentes*, OECD Publishing, 2003, accessible au site suivant : https://www.oecd-ilibrary.org/environment/la-performance-environnementale-des-marches-publics_9789264101586-fr.

⁸³⁹ <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/46/46.fr.pdf>.

⁸⁴⁰ <https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/10yfp-spp-principles.pdf>.

⁸⁴¹ <http://www.unep.fr/scp/procurement/docsres/ProjectInfo/UNEPImplementationGuidelines.pdf>. L'ONU Environnement a aussi élaboré en 2017 le *Panorama mondial des achats publics durables*, accessible au site suivant : <https://www.oneplanetnetwork.org/resource/2017-global-review-sustainable-public-procurement>. L'ONU Environnement a aussi analysé les impacts des marchés publics durables (voy. ONU Environnement *The Impacts of Sustainable Procurement. Eight Illustrative Case Studies*, 2012, accessible au site suivant : <http://www.unep.fr/scp/procurement/docsres/ProjectInfo/StudyonImpactsofSPP.pdf>).

Compte tenu de cette variété, tout en limitant l'objet de l'étude, on peut comparer deux des instruments juridiques les plus utilisés dans les marchés publics, notamment l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) de 2012⁸⁴², et la Loi type sur la passation des marchés publics de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) de 2011⁸⁴³ (paragraphe 1). À côté de ces instruments, il est intéressant de comprendre le rôle que les Banques Multilatérales de Développement – BMDs peuvent jouer au sein des marchés publics qu'elles financent, tout en sachant que, en raison de la logique principalement économique des opérations de financement qu'elles conduisent, les BMDs apparaissent – pour certains auteurs – comme « genetically predisposed » (génétiquement prédisposées)⁸⁴⁴ et « à priori [...] peu enclins par nature à louer l'expansion de considérations sociales et environnementales au sein des marchés publics »⁸⁴⁵ (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Du droit dur au droit souple : les exemples de l'AMP de l'OMC et de la Loi type de la CNUDCI

Si l'AMP de l'OMC (2012)⁸⁴⁶ constitue, en tant que traité, le principal instrument international de droit dur, la Loi type sur la passation des marchés publics de la CNUDCI (2011)⁸⁴⁷ fait partie de la catégorie hétérogène du droit souple. Sur la base de cette différence de force obligatoire/contraignante entre ces deux instruments juridiques, il semble possible de formuler la double interrogation suivante. Est-ce « dans les interstices du corset parfois un peu trop serré des sources traditionnelles »⁸⁴⁸ du droit qu'il faut retracer les bases pour une formulation du développement durable dans des termes

⁸⁴² https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm.

⁸⁴³ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html.

⁸⁴⁴ « [A]ll principal global institutions are 'genetically predisposed' (as it were) to give precedence to the economic over the ecological. The IMF, the World Bank, the WTO, most UN agencies and all regional and international banks take their marching orders from white men in dark suits whose mission (for the most part, it should be said, a wholly honourable if misguided mission) is to expand the global economy on behalf of OECD governments and address poverty elsewhere through more of the same kind of earth-bashing growth that has got us into a mess. Agencies such as the UN Environmental Programme are impotent in the face of hegemonic control ; global treaties designed to slow the pace of ecological destruction invariably come off worst in any clash with the titans of international trade and economic liberalisation ». Jonathon Porritt, « Last Gasp », in *The Guardian*, 17 juillet 2002, cité par James Tunney, « The WTO and sustainability after Doha. A time for re-assessment of the relationship between political science and law? », in John Barry (dir.), Brian Baxter (dir.) et Richard Dunphy (dir.), *Op. cit.*, 2004, p. 189.

⁸⁴⁵ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 83.

⁸⁴⁶ https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm.

⁸⁴⁷ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html.

⁸⁴⁸ Conseil d'État français, *Le droit souple*, Étude Annuelle 2013, La documentation française 2013, p. 5.

contraignants ? (A) Ou bien, faut-il s'appuyer sur une souplesse majeure pour fournir un modèle d'intégration du développement durable en des termes qui ne soient cependant pas simplement politiques ? (B)

A. L'AMP de l'OMC : entre ouverture mutuelle et difficulté à concilier les préoccupations asymétriques des États

L'AMP de l'OMC est un traité qui vise principalement à garantir l'ouverture mutuelle des marchés publics entre ses Parties⁸⁴⁹, tout en assurant l'équité et la transparence des conditions de concurrence entre les opérateurs économiques de diverse provenance. Sur cette base sont énoncés les principes généraux, surtout la non-discrimination⁸⁵⁰, mais n'y figurent cependant pas les considérations socio-environnementales. À celles-ci le traité se réfère principalement au niveau des critères et/ou des conditions d'exécution, ainsi qu'au niveau d'un des programmes de travail futurs (qui n'a cependant pas encore été concrètement lancé)⁸⁵¹.

Il manque, toutefois, au sein du traité une définition précise du développement durable sous la forme d'objectif ou de principe. En ce sens, selon certains auteurs, l'accord serait « still in denial » (toujours dans le déni)⁸⁵² quant à la pleine reconnaissance en termes juridiques du développement durable. L'absence d'une prise de position claire à cet égard peut potentiellement produire des effets en cascade jusqu'à « potentially

⁸⁴⁹ Il s'agit d'un accord plurilatéral, c'est-à-dire que tous les Membres de l'Organisation n'en sont pas signataires. Autrement dit, à la différence des accords multilatéraux qui lient tous les membres de l'OMC, les accords plurilatéraux n'engagent que les pays ayant accepté de les signer. Voy. le site web suivant : https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm. L'Accord « compte actuellement 21 Parties comprenant 48 Membres de l'OMC. 32 autres Membres/observateurs de l'OMC participent au Comité des marchés publics en qualité d'observateur, dont 9 ont entamé leur processus d'accession à l'Accord ». Pour l'essentiel, « [a]près la conclusion du Cycle d'Uruguay, il subsistait néanmoins quatre accords, initialement négociés lors du Tokyo Round, qui s'appliquaient à un groupe plus restreint de signataires et qui sont connus sous le nom d'*accords plurilatéraux*. Tous les autres accords issus du Tokyo Round sont devenus des instruments contraignants multilatéraux (c'est-à-dire qui lient tous les membres de l'OMC) lorsque l'Organisation mondiale du commerce a été créée en 1995. Les quatre accords plurilatéraux portaient sur les questions de : commerce des avions civils, marchés publics, produits laitiers, viande bovine. Les deux derniers ont été abrogés en 1997 ». Voy. https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm10_f.htm.

⁸⁵⁰ Voy. l'article IV de l'AMP de l'OMC, https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm. Voy. aussi Hilde Caroli Casavola, « The WTO and the EU: Exploring the Relationship between Public Procurement Regulatory Systems », in Edoardo Chiti (dir.), Bernardo Giorgio Mattarella (dir.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Springer, 2011, pp. 293-320.

⁸⁵¹ Voy. le document GPA/113, Annexe E de l'Appendice 2, p. 444, pour ce qui concerne le Programme de Travail sur les marchés publics durables ; voy. aussi l'Article XXII - Dispositions finales, al. 8.

⁸⁵² Carol Cravero et Roberto Caranta, « Sustainability and Public Procurement », dans Annamaria La Chimia, Peter Trepte (dir.), *Op. cit.*, p. 184 ; José J. Pernas-García, *Contratación pública verde*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 38 s. ; Sue Arrowsmith, « Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review », in Sue Arrowsmith (dir.) et Peter Kunzlik (dir.), *Op. cit.*, 2009 ; Frédéric Pichon, *Op. cit.*, p. 9.

hinder » (potentiellement entraver)⁸⁵³ l'intégration desdits aspects socio-environnementaux dans les réglementations nationales et, par conséquent, dans les opérations d'achat au quotidien.

Cela montre, par ailleurs, la difficulté à dégager un large consensus parmi les États membres afin de formuler une définition juridique du développement durable commune à tous⁸⁵⁴. L'approche *one size fits all*, qui est souvent typique des traités (même si avec des dérogations⁸⁵⁵), n'est pas adaptée à satisfaire les attentes divergentes et calmer les préoccupations asymétriques des États par rapport à un sujet qui reste sensible comme celui de l'achat public durable⁸⁵⁶.

On peut donc s'interroger si un consensus peut être plus facilement dégagé autour de la notion de développement durable lorsqu'on s'appuie sur des instruments/notion plus souples, plus dynamiques, plus flexibles⁸⁵⁷.

⁸⁵³ Carol Cravero et Roberto Caranta, « Sustainability and Public Procurement », in Annamaria La Chimia (dir) et Peter Trepte (dir.), *Op. cit.*, p. 184.

⁸⁵⁴ Helen Walker, Jeff Mayo, Steve Brammer, Anne Touboul et Jane Lynch, *Sustainable Procurement: An International Policy Analysis of 30 OECD Countries*, 5e International Public Procurement Conference, 2012, pp. 3556-3582. Voy. en particulier le tableau no. 1 portant sur les définitions de l'achat public durable dans les trente cadres juridiques nationaux spécifiquement pris en compte.

⁸⁵⁵ Par exemple, conformément à l'article 5 de l'AMP révisé, il est établi un régime dérogatoire pour les Pays en voie de développement. En particulier, « les Parties accorderont une attention spéciale aux besoins en termes de développement, de finances et de commerce, et à la situation des pays en développement et des pays les moins avancés » qui accèdent à l'Accord.

⁸⁵⁶ Rita Roos, *Op. cit.*, 2012. « [T]here is no one size fits all approach. The country context needs to be taken into consideration to develop customized solutions that ensure that SPP is embedded in a country's broader societal, economic and sustainability system. A well functioning traditional procurement regime, characterized by a robust legal framework, established institutions, advanced market operations, and transparency, is a tremendous asset for SPP implementation ».

⁸⁵⁷ François Paychère (dir.), *La découverte du sens en droit. Association française de philosophie du droit, rencontre annuelle du 5 avril 1991*, Stuttgart, F. Steiner, 1992, pp. 72 et s. Selon l'auteur, c'est probablement « en droit international que les formulations d'objectifs sont les plus fréquentes parce que les traités sont souvent l'expression du consensus minimum des parties contractantes qui s'entendent sur des objectifs, alors qu'elles ont plus de mal à s'accorder sur des dispositions précises ». Cela peut s'appliquer à tout le droit souple comme moyen privilégié dans le droit international. Voy., entre autres, Maria Anna Corvaglia et Laura Maschner, *Op. cit.*, no. 2013/10 pp. 7-8, disponible au site suivant: <https://ideas.repec.org/p/wti/papers/550.html>. Comme l'expliquent Maria Anna Corvaglia et Laura Maschner, « [R]easons for the adoption of soft law in international relations by states or international organisations are manifold. One important aspect lies in the structural weakness of international law as caused by the diverging stages of political and economic development of states. Moreover, the establishment of a treaty and the subsequent rather rigid legal regime applied in compliance with the Vienna Convention on the Law of Treaties impose high 'costs' on states. While rules are necessary to govern inter-state relations, any binding legal commitment constrains state sovereignty ». En outre, grâce à son caractère flexible, le droit souple permet aux États d'adapter graduellement leurs systèmes. « For instance states which would not be able to fully comply with a formal agreement for various political, social or economic reasons and would therefore risk liability for its breach, could gradually adapt to the formal regime ». Dans le même sens, voy. aussi Gregory C. Shaffer, et Mark A. Pollack. « Hard Vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance », in *Minnesota Law Review*, vol. 94, 2010, pp. 706-799.

B. La Loi type de la CNUDCI et les « politiques socioéconomiques »

Le panorama juridique s'est enrichi dans les dernières années d'instruments de moins en moins prescriptifs et/ou coercitifs, des « instances of soft legal integration » (des exemples d'intégration juridique souple)⁸⁵⁸, et des « objectifs souhaitables »⁸⁵⁹. Si pour certains auteurs, il est « souvent difficile de donner un sens précis »⁸⁶⁰ à ces manifestations juridiques, force est de constater que celles-ci sont susceptibles de dégager un consensus plus large, même en présence d'intérêts divergents, grâce à leur caractère plus souples, plus dynamiques et plus flexibles⁸⁶¹. Là où un rapprochement des conduites n'est pas possible à atteindre sur le court terme, il peut être envisagé d'orienter les comportements⁸⁶² grâce à des instruments moins prescriptifs et/ou moins coercitifs⁸⁶³.

⁸⁵⁸ Roberto Caranta, « Helping Public Procurement to Go Green: The Role of International Organisations », *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 1, 2013, p. 50.

⁸⁵⁹ Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, pp. 18-19.

⁸⁶⁰ Pour ce qui concerne la notion de travail décent, voy. Dharam Ghai, « Travail décent : concept et indicateurs », in *Revue internationale du Travail*, vol. 142, no. 2, 2003, pp. 122 et s.

⁸⁶¹ François Paychère (dir.), *La découverte du sens en droit. Association française de philosophie du droit, rencontre annuelle du 5 avril 1991*, Stuttgart, F. Steiner, 1992, pp. 72 et s. Selon l'auteur, c'est probablement « en droit international que les formulations d'objectifs sont les plus fréquentes parce que les traités sont souvent l'expression du consensus minimum des parties contractantes qui s'entendent sur des objectifs, alors qu'elles ont plus de mal à s'accorder sur des dispositions précises ». Cela peut s'appliquer à tout le droit souple comme moyen privilégié dans le droit international. Voy., entre autres, Maria Anna Corvaglia et Laura Maschner, *Op. cit.*, no. 2013/10, pp. 7-8, disponible au site suivant: <https://ideas.repec.org/p/wti/papers/550.html>. Comme l'expliquent Maria Anna Corvaglia et Laura Maschner, « [R]easons for the adoption of soft law in international relations by states or international organisations are manifold. One important aspect lies in the structural weakness of international law as caused by the diverging stages of political and economic development of states. Moreover, the establishment of a treaty and the subsequent rather rigid legal regime applied in compliance with the Vienna Convention on the Law of Treaties impose high 'costs' on states. While rules are necessary to govern inter-state relations, any binding legal commitment constrains state sovereignty ». En outre, grâce à son caractère flexible, le droit souple permet aux États d'adapter graduellement leurs systèmes. « For instance states which would not be able to fully comply with a formal agreement for various political, social or economic reasons and would therefore risk liability for its breach, could gradually adapt to the formal regime ». Dans le même sens, voy. aussi Gregory C. Shaffer, et Mark A. Pollack. « Hard Vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance », in *Minnesota Law Review*, vol. 94, 2010, pp. 706-799.

⁸⁶² Catherine Thibierge, « Rapport de synthèse », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, pp. 153-156. Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (dir.), *Op. cit.*, p. 6. Voy. aussi Nicolas Molfessin, « La distinction du normatif et du non-normatif », in *La revue trimestrielle de droit civil*, no. 3, 1999, p. 733 ; Rémy Libchaber, « Qu'est-ce qu'une loi ? », in *La revue trimestrielle de droit civil*, no. 1, 1999, pp. 242 et s. « Un annexe, un titre, un préambule n'ont-ils pas, dehors de toute prescription directe, un rôle normatif à jouer, ne serait-ce qu'au service du juge lors de son travail d'interprétation ? ». Maria Anna Corvaglia et Laura Maschner, *Op. cit.*, no. 2013/10, p. 8 disponible au site suivant : <https://ideas.repec.org/p/wti/papers/550.html>. L'auteur remarque que le soft law est en mesure de créer un « flexible regime, allowing development of inter-state relations in an informal, quick manner » jusqu'au point de pouvoir « potentially stabilize expectations » et contribuer à la réduction de l' « anarchy in international relations ». En outre, « a functional, graduated system of legalization, taking into account the factors obligation, precision and delegation, can well illustrate the degrees of legality between soft and hard law of each specific instrument ». Voy. aussi Christine Chinkin, « The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law », in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, no. 4, 1989, p. 851.

⁸⁶³ Roberto Caranta, *Op. cit.*, vol. 1, 2013, p. 50.

Relevant du droit souple, la Loi type sur la passation des marchés publics (2011) de la CNUDCI constitue un « global standard »⁸⁶⁴, un « language commun »⁸⁶⁵ capable à la fois de rapprocher les (parfois très) différents droits nationaux les uns des autres⁸⁶⁶ dans l'objectif un peu optimiste⁸⁶⁷ d'harmonisation des cadres juridiques respectifs, et à la fois d'apporter une certaine « flexibility of implementation » (souplesse de mise en œuvre)⁸⁶⁸ que les traités ne permettent généralement pas.

Sur une telle base, il s'avère que la Loi type a souvent été utilisée comme outil de référence (« benchmark ») pour accompagner les réformes de plusieurs droits nationaux des marchés publics avec le soutien des différents acteurs internationaux, tels que la Banque Africaine de Développement, la Banque Asiatique de Développement, la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement, la Banque de Développement Interaméricaine, l'OCDE, et la Banque Mondiale⁸⁶⁹.

⁸⁶⁴ Sue Arrowsmith, « Public Procurement: An Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a Global Standard », *The International and Comparative Law Quarterly* 53, no. 1, 2004, pp. 17-46 ; Guy I. Seidman et Eran Ifargan, « Public and international procurement: a comparative approach », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.), *Op. cit.*, pp. 62 et s. La loi type prévoit « for the nations of the world 'a set of universal standards and norms' ».

⁸⁶⁵ Traduction tirée de Chrysoula P. Moukiou, *International economic 'soft' law as a lever for evolutions in the field of European Public Procurement Law*, présentation lors de la conférence Global Revolution, Nottingham, 2019, dont le programme est en ligne : <https://www.nottingham.ac.uk/conference/fac-socsci/pprg-global-revolution/documents/grix-programme-final-10-6-19.pdf>. Pour elle, la soft law prévoit « a common language to parties that may be located in distant countries, under different legal systems and they save them costs of elaborating a contract, which could be significant if there would be no norm of reference ».

⁸⁶⁶ Considérée comme source de droit souple, la Loi Type de la CNUDCI est une « normes de référence » apte à harmoniser les différents ordres juridiques. Lili Jiang, *Op. cit.*, 2009, p. 7. Pour ce qui concerne le droit souple, « [v]arious incentives and disincentives to compliance may be identified but little can be done to quantify these factors because the decisions of states and non-state actors to comply or not to comply involve complex and holistic determinations, not always based on rational preferences ». Sur les spécificités des cadres juridiques nationaux, voy. Euan Burrows (dir.) et Edward Ashurst McNeill (dir.), *The International Comparative Legal Guide to: Public Procurement 2018. A practical cross-border insight into public procurement*, 10e édition, Londres, Global Legal Group, 2018 ; Stephen Brammer et Helen Walker, *Sustainable procurement practice in the public sector : An international comparative study*, Working Paper Series no. 16, University of Bath, 2007.

⁸⁶⁷ Joshua I Schwartz, « A Post-Modern Assessment of Global Harmonisation and Convergence: The Prospects and Challenges Going Forward to Further Global Standardisation of Procurement Regimes », in Annamaria La Chimia (dir.), Peter Trepte (dir.), *Op. cit.*, p. 84 ss. Par rapport aux « scope and time frame », il apparaît que « hard work of harmonisation cannot be completed in an artificially short time period ».

⁸⁶⁸ Steven L. Schooner et Christopher R. Yukins, « Public Procurement: Focus on People, Value for Money and Systemic Integrity, Not Protectionism », in Richard Baldwin (dir.) et Simon Evenett (dir.), *The Collapse of Global Trade, Murky Protectionism, and the Crisis: Recommendations for the G20*, Londres, Centre for Economic Policy Research, 2009 ; Maria Anna Corvaglia et Laura Maschner, *Op. cit.*, no. 2013/10, p. 12, disponible au site suivant: <https://ideas.repec.org/p/wti/papers/550.html>. Voy. également Guy I. Seidman et Eran Ifargan, « Public and international procurement: a comparative approach », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.), *Op. cit.*, p. 63. La Loi Type « provides a set of 'model' rules with options for states to choose from and apply as they find appropriate, a blueprint for achieving national goals such as 'value for money'. It can encourage sound policies, reduce the resources needed for implementation, and minimize errors or other defects ».

⁸⁶⁹ Pour la liste des Pays qui ont utilisé la Loi Type de la CNUDCI sur les marchés publics comme base pour les réformes de leur propre système juridique en la matière, voy. https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement/status. Les Pays mentionnés sont les suivants : Afghanistan, Armenia, Azerbaijan, Belarus, Egypt, Ghana, India, Jamaica, Kazakhstan, Kenya, Kyrgyzstan, Mexico, Mongolia, Myanmar, Russian Federation, Rwanda, Tajikistan, Thailand, Trinidad and Tobago, Tunisia, Uganda, Ukraine, United Republic of Tanzania, Uzbekistan, Zambia. « These States have used the Model Law and accompanying Guide to Enactment in reforming their public procurement law and systems, though the extent to which

Malgré la nature souple de la Loi type par rapport à l'AMP, il y a, même dans ce cas, une certaine difficulté à offrir une base de référence, un « template » (modèle)⁸⁷⁰ facilitant la définition juridique du développement durable au sein des marchés publics. À cet égard, deux constatations peuvent être faites. D'une part, le développement durable ne figure pas parmi les objectifs expressément énoncés par le Préambule de ladite Loi type, contrairement à l'économie, l'efficacité, la non-discrimination, l'ouverture du marché à la concurrence, l'égalité de traitement, l'intégrité, et la transparence. D'autre part, il est expressément reconnu que prévoir une « définition communément admise » par tous les États portant à la fois sur le développement durable et « la passation de marchés responsable »⁸⁷¹ est difficile.

the resulting regulatory framework incorporates the provisions of the Model Law varies, as that framework also reflects legal traditions, domestic policy and other objectives ». Voy aussi Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Note by the Secretariat. Status of conventions and model laws*, Commission session. Fifty-first session, New York, 25 June-13 July 2018 (A/CN.9/950), p. 23, disponible en ligne: <https://undocs.org/en/A/CN.9/950>. Voy. également Caroline Nicholas, « Work of UNCITRAL on Government Procurement: purpose, objectives and complementarity with the work of the WTO », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 746 et s. L'auteur souligne que « UNCITRAL records that approaching 30 States have enacted legislation based on the Model Law, though this list probably understates the use of the text: first, because there is no obligation, unlike in the case of treaties or conventions, to notify the United Nations when the text is used, and, secondly, because the principles of the Model Law and its procedures have informed procurement reform even when the resulting legislation does not closely match the text itself ». Voy également Stephen de la Harpe, « Procurement under the UNCITRAL Model Law: a Southern Africa perspective » in *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 2015, vol. 18, no. 5, 2015, p. 1573, disponible au site suivant: <http://dx.doi.org/10.4314/pelj.v18i5.11> ; Guy I. Seidman et Eran Ifargan, « Public and international procurement: a comparative approach », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 63 ; Simon J. Evenett et Bernard M. Hoekman, « International Cooperation and the Reform of Public Procurement Policies », in *World Bank Policy Research Working Paper no. 3720*, 2005 ; Maria Anna Corvaglia et Laura Maschner, *Op. cit.*, no. 2013/10, p. 12, disponible au site suivant: <https://ideas.repec.org/p/wti/papers/550.html>. « The UNCITRAL Model Law in fact, thanks to its nature as a non-binding standard framework for the evaluation and modernization of national procurement legislation, has been used as the basis for domestic procurement reforms in many transitioning economies and in the former Soviet Union. More recently the UNCITRAL Model Law has been at the centre of the modernisation of procurement systems in African countries, often included between the conditionality of the major international donor institutions ».

⁸⁷⁰ Caroline Nicholas, « Work of UNCITRAL on Government Procurement: purpose, objectives and complementarity with the work of the WTO », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 747 ; Luca Mastromatteo, « Internationalizing public contracts through model laws: the case of the UNCITRAL model law on public procurement », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 411.

⁸⁷¹ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, 2012, pp. 4-5. Il serait nécessaire une « vision à long terme [...], se traduisant par l'examen de l'ensemble des effets de la passation du marché sur la société et l'environnement ».

La durabilité renvoie, en fait, à une multitude de considérations⁸⁷² que la Loi type nomme globalement « politiques socioéconomiques »⁸⁷³, au sein desquelles figurent les politiques sociales, économiques et environnementales. L'utilisation du terme « politiques » semble relever d'une attitude plutôt « cautious » (prudente)⁸⁷⁴ selon laquelle lesdites considérations se situeraient hors du droit comme étant des manifestations plutôt politiques qu'il est cependant admissible de prendre en compte, sous des conditions restrictives, dans les marchés publics dits « responsables »⁸⁷⁵.

Pour ce qui concerne l'identification desdites politiques « socio-économiques »⁸⁷⁶, la Loi type n'impose aucune liste stricte et exhaustive, en raison de la difficulté à concilier les intérêts nationaux et compte tenu du fait que les « politiques évoluent avec le temps » et l'exhaustivité devient vite l'obsolète⁸⁷⁷. Toutefois, dans la perspective de fournir un support concret pour l'établissement de listes nationales de politiques durables, la Loi type prévoit une liste « indicative », construite sur la base d'exemples tirés de la pratique

⁸⁷² Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, 2012, pp. 5-6, point 11. « Une grande partie des marchés d'un État adoptant peuvent être liés à des projets s'inscrivant dans des politiques de soutien au développement économique et social (la passation de marchés peut aussi favoriser ce développement et le renforcement de capacités). Le système de passation des marchés peut aussi être choisi par les pouvoirs publics comme moyen de soutenir des groupes particuliers au sein de l'économie. D'autres politiques des pouvoirs publics peuvent consister à soutenir les entreprises privées de certains secteurs de l'économie non compétitives en tant que fournisseurs ou entrepreneurs sur les marchés publics ou incapables de participer librement à l'ensemble de l'activité économique, de sorte qu'elles deviennent concurrentielles et puissent participer pleinement aux marchés concernés. D'autres politiques encore peuvent viser à promouvoir le développement de capacités locales en prévoyant un appui aux petites et moyennes entreprises (PME) et la participation de collectivités locales à la passation de marchés. Les États peuvent également chercher à accorder certains types de marchés en fonction d'objectifs stratégiques. Il s'agit généralement de politiques à caractère social, économique ou environnemental pouvant viser un secteur spécifique ou un développement général, ou l'amélioration de l'environnement, de la situation de groupes désavantagés ou de facteurs économiques ».

⁸⁷³ Article 2, al. "o" de la Loi type.

⁸⁷⁴ Caroline Nicholas, « A view from Outside the EU : UNCITRAL's approach to Balancing Economic and Social Considerations in Public Procurement », in Albert Sanchez-Graells (dir.), *Op. cit.*, 2018, p. 283. Voy. aussi Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, 2012, p. 5.

⁸⁷⁵ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Op. cit.*, 2012, p. 5, point 11.

⁸⁷⁶ Cela trouve confirmation dans les travaux préparatoires de la Loi type de 2011. Voy. en particulier Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), Report of Working Group I (Procurement) on the work of its eighteenth session, New York, 12-16 April 2010, paragraphe 104. « Concern was expressed that it was drafted in excessively broad terms, allowing virtually any policy to be considered as a socio-economic policy of the State. The alternative view was that the definition should remain, as it set out an important safeguard that socio-economic policies should be defined in the legislation ». En outre, « [t]he Working Group agreed to retain the definition with the words 'and other' and without the words in square brackets. It was agreed that the Guide should explain that the reference to other socio-economic policies in the definition was not intended to be open-ended but encompass those set out in the legislation of the enacting State, and those that could be triggered by international regulation such as United Nations Security Council anti-terrorism measures or sanctions regimes ».

⁸⁷⁷ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Op. cit.*, 2012, p. 65.

des marchés publics responsables⁸⁷⁸, qui « peut servir de base » à ces fins⁸⁷⁹. De ce fait, à l'État-adoptant reste la faculté d'établir sa propre liste – en s'inspirant ou non de la Loi type –, à condition qu'elle soit fixée par voie législative ou réglementaire et non « déterminée[...] au cas par cas par l'entité adjudicatrice »⁸⁸⁰.

Mais ce n'est pas tout. Si on lit la Loi type (2011) à la lumière de son Guide sur l'incorporation (2012), on se rend compte que les politiques socioéconomiques sont considérées, dans une attitude oscillant entre prudence et méfiance, « comme une mesure exceptionnelle » appropriée seulement si utilisée « comme mesure transitoire »⁸⁸¹, ce qui est évidemment en ligne avec la non-inclusion du développement durable parmi les objectifs clés mentionnés dans le Préambule.

Si une attention majeure semble être accordée au traitement du développement durable « comme un élément des processus mis en œuvre »⁸⁸² en tant que critère ou condition du marché, la question de sa dénomination juridique sous la forme d'objectif ou de principe des marchés publics reste dépourvue de réponses précises.

En ce sens, il semble possible de déceler une certaine tendance à situer le développement durable à un niveau principalement politique, avec des conséquences inévitables sur les cadres juridiques nationaux et sur la persistance de leur hétérogénéité.

Le caractère politique du développement durable est également établi par la Méthodologie d'évaluation des systèmes nationaux de passation des marchés (connue sous l'acronyme anglais MAPS) de l'OCDE⁸⁸³ (2017-2018). Conformément à cette

⁸⁷⁸ Les politiques socio-économiques mentionnées sont les suivantes : « l'inclusion d'un contenu local en fabrication, main-d'œuvre ou matériaux, les possibilités de développement économique qu'apportent les offres, notamment les investissements locaux ou autres activités locales, la promotion de l'emploi et de l'innovation, le transfert de technologies et le développement de compétences managériales, scientifiques et opérationnelles, le développement de petites et moyennes entreprises, d'entreprises tenues par des minorités, de petites organisations sociales, de groupes défavorisés et de personnes handicapées, le développement régional et local et l'amélioration des droits des femmes, des jeunes, des personnes âgées et des personnes appartenant à des groupes autochtones et traditionnels ». Voy. *Ibid.*, p. 57.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 65.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 65. Il est, en fait, précisé que « la définition du terme politiques socioéconomiques (al. o) ne se veut pas ouverte, elle vise à englober uniquement les politiques énoncées dans la législation de l'État adoptant ou dans les règlements en matière de passation des marchés et celles qui découlent de règles internationales telles que les mesures de lutte contre le terrorisme ou les régimes de sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU ». Voy. aussi Caroline Nicholas, « A view from Outside the EU : UNCITRAL's approach to Balancing Economic and Social Considerations in Public Procurement », in Albert Sanchez-Graells (dir.), *Op. cit.*, 2018, p. 283. « The objective is to ensure that ad hoc policies of an individual procuring entity – which could distort market access further than the policymakers at the central level intended, and could be used to disguise favouritism – are prohibited ».

⁸⁸¹ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Op. cit.*, p. 7.

⁸⁸² *Ibid.*, p. 5.

⁸⁸³ La MAPS est conçue, en quelque mesure, comme le *réflexe* des principaux cadres de passation des marchés publics élaborés dans l'espace juridique global (par exemple, la Loi Type sur la passation des marchés publics de la CNUDCI,

méthodologie, les aspects socio-environnementaux intégrés dans les marchés publics doivent être reliés aux priorités établies sur le plan de politique interne. En d'autres termes, lesdits aspects socio-environnementaux constituent des « objectifs de politiques horizontaux »⁸⁸⁴ et « supérieurs [qui sont] poursuivis par le pays » spécifiquement considéré⁸⁸⁵. La prise en compte de ces objectifs au sein de chaque système national permet de « garantir que la passation des marchés publics soit à la hauteur de son rôle stratégique et contribue à la durabilité »⁸⁸⁶.

Mais situer le développement durable au niveau politique signifie le réduire à une question hors du droit ayant une importance essentiellement nationale et suivant des logiques domestiques difficilement harmonisables les unes avec les autres. De ce point de vue, la notion de développement durable semble encore loin de se voir accorder « une pleine traduction dans le droit »⁸⁸⁷ des marchés publics, surtout sur le plan de sa définition en termes juridiques.

les Directives de l'UE sur la passation des marchés publics, ainsi que les cadres de passation des marchés utilisés par les banques multilatérales de développement). Voy. Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Méthodologie d'évaluation des systèmes de passation des marchés*, version de 2018, pp. 1-2, disponible en ligne : <http://www.mapsinitiative.org/fr/methodologie/>. Au moyen de spécifiques indicateurs regroupés sous quatre piliers, la nouvelle MAPS, qui date de 2017-2018, vise à « évaluer la qualité et l'efficacité » des systèmes de passation des marchés publics sous les termes de forces et faiblesses, en fournissant « un cadre d'évaluation commun à destination des pays et de la communauté internationale, indépendamment de sa zone d'application géographique ». L'évaluation des systèmes de passation des marchés publics, ladite évaluation se fait en vertu des quatre piliers thématiques, notamment : i) cadre législatif, réglementaire et politique ; ii) cadre institutionnel et capacité de gestion ; iii) activités d'acquisition publique et pratiques du marché ; iv) responsabilité, intégrité et transparence du système de passation des marchés publics.

⁸⁸⁴ Voy. la section II de la MAPS portant sur l'analyse contextuelle du pays se fondant sur quatre facteurs principaux, à savoir : i) la situation politique, économique et géostratégique du pays ; ii) les liens entre le système de passation des marchés publics et les systèmes de gestion des finances et de gouvernance publiques ; iii) les objectifs politiques nationaux influant sur la passation des marchés publics, ladite évaluation se fait en vertu des quatre piliers thématiques, notamment : i) cadre législatif, réglementaire et politique ; ii) cadre institutionnel et capacité de gestion ; iii) activités d'acquisition publique et pratiques du marché ; iv) responsabilité, intégrité et transparence du système de passation des marchés publics. Pour ce qui concerne les « objectifs politiques nationaux et objectifs de développement durable », ceux-ci doivent se considérer sous un double point de vue : les initiatives de réforme générale et, spécifiquement, les questions qui influent sur la passation des marchés publics ; et les objectifs de politiques horizontaux. Le développement durable est donc qualifié dans cette section d'objectif, et précisément d'objectif horizontal. Voy. <http://www.mapsinitiative.org/fr/methodologie/>.

⁸⁸⁵ Voy. la section III de la MAPS portant sur l'évaluation des systèmes de passation des marchés publics, et précisément l'indicateur subsidiaire 3(a) du pilier I relatif au cadre législatif, réglementaire et politique. Au sein dudit pilier, l'indicateur 3 s'intitule « Le cadre juridique et politique soutient le développement durable du pays et la mise en œuvre des obligations internationales ». L'indicateur 3 se compose de deux indicateurs subsidiaires, notamment l'indicateur subsidiaire 3(a) qui est expressément consacré aux achats publics durables (APDs), et l'indicateur subsidiaire 3(b) qui prend en compte les obligations résultant d'accords internationaux. Les objectifs horizontaux et les obligations résultant d'accords internationaux se retrouvent donc sous un même indicateur et sont qualifiés tous les deux d'« objectifs politiques supérieurs poursuivis par le pays ». Voy. <http://www.mapsinitiative.org/fr/methodologie/>.

⁸⁸⁶ Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Méthodologie d'évaluation des systèmes de passation des marchés*, version de 2018, pp. 1-2, disponible en ligne : <http://www.mapsinitiative.org/fr/methodologie/>. « Le pilier I évalue le cadre législatif, réglementaire et politique de la passation des marchés. Il recense les règlements et les procédures officiels qui régissent la passation des marchés publics et évalue leur positionnement par rapport aux normes internationales. La mise en œuvre et l'application pratiques de ce cadre font l'objet des piliers II et III. Les indicateurs faisant partie du pilier I rendent compte des récentes évolutions et innovations auxquelles on a eu le plus souvent recours pour améliorer l'efficacité de la passation des marchés publics ».

⁸⁸⁷ Nil Sychowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 43.

Paragraphe 2 : L'exemple des banques multilatérales de développement (BMDs)

Comme on vient de le souligner, une pratique très répandue au niveau international est l'établissement de listes d'objectifs ou de principes inspirant les marchés publics dans les préambules, considérant ou premier(s) article(s) des instruments juridiques, ce qui vaut également pour les banques multilatérales de développement (BMDs).

Dans ces cadres, il s'avère souvent que le développement durable ne figure pas parmi les objectifs ou les principes établies par les Guidelines des BMDs qui s'appliquent aux administrations locales, agences locales et entreprises « as binding provisions, [...] as condition to be financed » (comme dispositions contraignantes, [...] comme conditions pour se voir attribuer le financement)⁸⁸⁸. Cela se justifie, en partie, par l'existence de certaines contraintes de nature économique par rapport à la prise en compte du développement durable dans les projets que les BMDs financent.

Sans vouloir trop simplifier une variété de situations diverses, on peut arguer que l'attitude des BMDs peut aller de la prudence (A) à une reconnaissance du développement durable dans les marchés publics dans des termes proprement juridiques (B).

A. La prudence des BMDs à l'égard du développement durable dans les marchés publics

Conformément à ses statuts, la Banque Mondiale (BM) n'intervient « pas dans les affaires politiques d'un État membre quelconque », ses décisions se fondant exclusivement sur des considérations économiques »⁸⁸⁹. En particulier, la BM prend des dispositions, en vertu de l'article 3, section 5 (b) desdits statuts, « en vue d'obtenir que le produit d'un prêt soit consacré exclusivement aux objets pour lesquels il a été accordé, compte dûment tenu des considérations d'économie et de rendement et sans laisser intervenir des influences ou considérations politiques ou extra-économiques ». En ce

⁸⁸⁸ « In spite of the soft-law nature, the Guidelines apply to national administrations, local agencies and private firms as binding provisions. The beneficiary State commits itself (in the Loan Agreement) to make the Guidelines be observed by domestic administrations and agencies, as condition to be financed ». Voy. Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, no. 3/4, 2013, p. 11.

⁸⁸⁹ Statuts de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD), Washington DC, entrés en vigueur le 27 décembre 1945, modifiés le 27 juin 2012, art. 4, section 10. C'est à noter que « la BIRD est l'une des institutions composant la Banque mondiale, aux côtés de l'Association internationale de développement (IDA), qui se consacre aux pays les plus pauvres », <https://www.banquemondiale.org/fr/who-we-are/ibrd>.

sens, la Banque « ne peut [...] être guidée que par des facteurs économiques »⁸⁹⁰, ce qui amène une partie de la doctrine à arguer que ce type d'institutions sont « genetically predisposed » (génétiquement prédisposées) à donner la priorité à l'économie plutôt qu'aux aspects écologiques et sociaux⁸⁹¹.

De ce point de vue, si le développement durable est considéré à l'instar d'une question politique extra-économique, il n'est pas étonnant qu'il ne soit pas pris en compte dans les Préambules des Guidelines sur les marchés publics en tant que principe ou objectif. En fait, à travers un bref aperçu des *Policies* des principales BMDs y compris la BM, on constate une tendance à l'omission du développement durable, comme s'il s'agissait d'un aspect étranger au droit des marchés publics – car relevant de la politique domestique – ou, dans tous les cas, d'une considération potentiellement dangereuse par rapport aux questions économiques.

Plus en détail, la *Policy* (Politique) de la BM sur les marchés publics dans le financement des projets d'investissement de 2017⁸⁹² identifie un *set* de « core procurement principles » (principes fondamentaux des marchés publics) omettant le développement durable mais englobant le « value for money » (optimisation des ressources), l'économie, l'intégrité, le « fit for purpose » (adaptation aux besoins), l'efficacité, la transparence et l'égalité⁸⁹³.

De même, selon la Banque asiatique de développement (qu'on va identifier sous l'acronyme anglais ADB afin de la distinguer de la BAD susmentionnée), les marchés publics présentent six « core principles » (principes fondamentaux), qui – différemment

⁸⁹⁰ Arnaud Louwette, « Entre discours et pratique : les politiques opérationnelles de la Banque Mondiale comme facteurs de protection des droits de l'homme ? », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 350.

⁸⁹¹ Traduit de : « all principal global institutions are 'genetically predisposed' (as it were) to give precedence to the economic over the ecological. The IMF, the World Bank, the WTO, most UN agencies and all regional and international banks take their marching orders from white men in dark suits whose mission (for the most part, it should be said, a wholly honourable if misguided mission) is to expand the global economy on behalf of OECD governments and address poverty elsewhere through more of the same kind of earth-bashing growth that has got us into a mess. Agencies such as the UN Environmental Programme are impotent in the face of hegemonic control ; global treaties designed to slow the pace of ecological destruction invariably come off worst in any clash with the titans of international trade and economic liberalisation ». Jonathon Porritt, « Last Gasp », in *The Guardian*, 17 juillet 2002, cité par James Tunney, « The WTO and sustainability after Doha. A time for re-assessment of the relationship between political science and law? », in John Barry (dir.), Brian Baxter (dir.) et Richard Dunphy (dir.), *Op. cit.*, 2004, p. 189.

⁸⁹² Banque Mondiale, *Bank Policy : Procurement in IPF and Other Operational Procurement Matters*, Washington DC, juillet 2016 ; Banque Mondiale, *Procurement Guidance: Sustainable Procurement – An introduction for practitioners to sustainable procurement in World Bank IPF projects*, Washington DC, novembre 2016, disponible en ligne : <http://pubdocs.worldbank.org/en/788731479395390605/Sustainable-Procurement-Guidance-FINAL.pdf> ; Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, no. 3/4, 2013 ; Christopher R. Yukins, « Assessing the World Bank's Proposed Revision of Its Procurement Guidelines », in *The Government Contractor*, 2010, vol. 52, no. 21.

⁸⁹³ Voy. Section III.C de Banque Mondiale, *Bank Policy : Procurement in IPF and Other Operational Procurement Matters*, Catalogue Number OPSVP5.05-POL.144, 1 juillet 2016, disponible en ligne : <https://policies.worldbank.org/sites/ppf3/PPFDocuments/a3656cb78847417b886f11fa0235216e.pdf>.

de la liste proposée par la BM – sont l'économicité, l'efficacité, l'égalité, la transparence, la qualité, et le « value for money » (optimisation des ressources)⁸⁹⁴.

Pareillement, la Banque Interaméricaine de Développement (BID) évoque sept « core procurement principles » (principes fondamentaux des marchés publics), à savoir le « value for money » (optimisation des ressources), l'économie et l'efficacité, l'égalité de traitement, le « development of domestic industries [...] in the borrowing country » (le développement des industries domestiques [...] dans le pays emprunteur), la transparence, le « fit-for-purpose » (adaptation aux besoins), et l'intégrité⁸⁹⁵.

Et encore, la Banque Africaine de Développement (BAD) distingue entre (i) les « procurement principles » (principes des marchés publics), tels que les principes d'économie, d'efficacité, d'effectivité, et d'égalité, et (ii) les objectifs de « value for money » (optimisation des ressources) et de « fit for purpose » (adaptation aux besoins)⁸⁹⁶. Malgré cet effort de classification, le développement durable n'y figure toujours pas, n'étant mentionné ni dans la catégorie des principes ni dans celle des objectifs.

Il en résulte qu'à part les divergences remarquables entre les principes/objectifs spécifiquement mentionnés par les diverses listes, les BMDs ne considèrent généralement pas le développement durable en tant qu'objectif ou principe, tout en démontrant une

⁸⁹⁴ Banque asiatique de développement (ADB), *Procurement Regulations For ADB Borrowers. Goods, Works, Nonconsulting and Consulting Services*, 2017, disponible en ligne : <https://www.adb.org/>. À noter que, pour l'ADB, la *fitness for purpose* est présentée parmi les considérations générales, sans pour autant être listé parmi les principes.

⁸⁹⁵ Banque Interaméricaine de développement (BID), *Policies for the Procurement of Goods and Works financed by the Inter-American Development Bank*, (Draft), 2019, article 1.2, disponible en ligne : <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=EZSHARE-1132444900-22360> ; de même, voy. Banque Interaméricaine de développement (BID), *Policies for the Selection and Contracting of Consultants financed by the Inter-American Development Bank*, 2019.

⁸⁹⁶ Pour la Banque Africaine de Développement, l'objectif de *value for money* signifie que « [t]he procurement process should ensure that the Borrower obtains optimal benefits with the resources utilized. This may include not only the initial costs but also those over the economic life of the procured item, the quality of the output, fitness for purpose, timeliness, and the achievement of other development objectives of the Borrower. Value for Money (VfM) is driven by the four broad principles of economy, efficiency, effectiveness, and equity. In supporting VfM, the Bank discharges its broader mandate of maximizing development effectiveness while minimizing exposure to fiduciary risk through enabling its Borrowers to undertake cost-effective and efficient procurement ». Ensuite, la BAD explique l'objectif de *fit for purpose* dans les termes suivants. « To realize VfM in procurement, the Bank seeks to ensure that the procurement methods and procedures applied by the Borrower in any given intervention, and the nature and extent of Bank oversight, are 'fit for purpose'. Under this approach, the procurement modalities should appropriately reflect the specific needs and circumstances of the situation. While standardized approaches may be used for low value, low risk or low complexity procurement, in other cases, where procurement complexity, risk and impact are high, a customized approach with transaction-specific documentation and method may be the most efficient and effective approach. In yet other cases, the circumstances of the Borrower may mandate exclusively diagnostic or advisory procurement interventions by the Bank to promote the optimal balance of development effectiveness and fiduciary compliance ». Voy. Banque Africaine de Développement (BAD), *Politique de passation des marchés des opérations financées par le Groupe de la Banque*, 2015, et Banque Africaine de Développement (BAD), *Methodology for Implementation of the Procurement Policy*, 2015, paragraphe 1.6.6, 2015, disponible en ligne : <https://www.afdb.org/>.

attitude assez prudente⁸⁹⁷ à son égard. Toutefois, le fait qu'il manque une qualification juridique précise du développement durable ne signifie pas qu'il soit totalement négligé par les divers cadres juridiques et procéduraux régissant les marchés publics, surtout suite à leurs réformes et la « notable extension [...] en matière de développement » de leurs politiques⁸⁹⁸. Par ailleurs, les réformes ont concerné les *Policies* de la Banque Mondiale (BM)⁸⁹⁹, mais également de la Banque Africaine de Développement (BAD)⁹⁰⁰, la Banque Interaméricaine de Développement (BID)⁹⁰¹, et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD)⁹⁰².

En particulier, le Guide sur les marchés publics durables (sous l'appellation anglaise, *Sustainable Public Procurement - SPP*)⁹⁰³ de la BM de 2019 prévoit que les emprunteurs sont aidés à optimiser les ressources (« achieve value for money », VfM) avec intégrité « in delivering sustainable development » dans le cadre du Financement de Projet d'Investissement (FPI, ou sous l'appellation anglaise *Investment Project Financing*, IPF)⁹⁰⁴. Toutefois, prétendument risquée⁹⁰⁵, le « procurement arrangement » se fondant sur le développement durable est utilisable sous réserve de l'obtention de

⁸⁹⁷ Caroline Nicholas, « A view from Outside the EU : UNCITRAL's approach to Balancing Economic and Social Considerations in Public Procurement », in Albert Sanchez-Graells (dir.), *Op. cit.*, 2018, p. 283.

⁸⁹⁸ Arnaud Louwette, « Entre discours et pratique : les politiques opérationnelles de la Banque Mondiale comme facteurs de protection des droits de l'homme ? », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 350.

⁸⁹⁹ « The World Bank has a new, modern and business-friendly Procurement Framework. This modernized approach means greater focus on value for money, more ways bidders to differentiate bids, and more opportunities for dialogue and discussion ». Voy. <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-new-framework#framework>.

⁹⁰⁰ « La réforme de la BAD se focalise sur the achievement of value for money by borrowers based on a dynamic and differentiated fit-for-purpose approach to procurement transactions ». Voy. Banque Africaine de Développement, *Methodology for Implementation of the Procurement Policy*, 2015, disponible en ligne : <https://www.afdb.org/>. Voy. aussi Banque Africaine de Développement, *Politique de passation des marchés des opérations financées par le Groupe de la Banque*, 2015, disponible en ligne : <https://www.afdb.org/>. Voy. aussi Banque Africaine de Développement (BAD) – African Development Fund, *Comprehensive Review of the AFDB's Procurement Policies and Procedures Summary of Literature on Sustainable / Green Public Procurement*, mars 2014.

⁹⁰¹ Suite à la réforme de la « Bank's Institutional Strategy », la BID a formulé ce qu'elle appelle « Expansion of Procurement Policies » en 2019. Voy. aussi <https://www.iadb.org/en/procurement/idb-procurement-policies-expansion>.

⁹⁰² « The 2017 version of the EBRD [BERD] Procurement Policies and Rules was approved by the Board of Directors on 1 November 2017 ». Voy. Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), *Procurement Policies and Rules*, 2017, disponible en ligne : <https://www.ebrd.com/work-with-us/procurement/policies-and-rules.html>.

⁹⁰³ Banque Mondiale, *Sustainable Procurement. An introduction for practitioners to sustainable procurement in World Bank IPF projects*, 2019, p. 3, disponible en ligne : <http://pubdocs.worldbank.org/en/788731479395390605/Guidance-on-Sustainable-Procurement.pdf>. « Three-dimensional thinking (economic, environmental and social) does not mean it takes three times longer, nor is the outcome necessarily more expensive ».

⁹⁰⁴ Banque Mondiale, *Procurement Guidance: Sustainable Procurement – An introduction for practitioners to sustainable procurement in World Bank IPF projects*, Washington DC, novembre 2016, p. 1, disponible en ligne : <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-new-framework#framework> ; Banque Mondiale, *Procurement Guidance: Project Procurement Strategy for Development – Short Form Detailed Guide*, Washington DC, juillet 2016, disponible en ligne : <http://pubdocs.worldbank.org/en/633801467334323120/PPSD-Short-Form-July-26.pdf>.

⁹⁰⁵ Banque Mondiale, *Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le financement de projet d'investissement (FPI)*, Section 3.1, Annexe 2, 2018, disponible en ligne : <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-new-framework#framework>.

l'approbation de la part de la BM. Sans une telle approbation (« if agreed upon with the Bank »⁹⁰⁶), l'emprunteur ne peut pas acheter durablement sur financement de la BM. En revanche, s'il l'obtient cette décision de principe, un examen préalable obligatoire est conduit par la BM, en raison de la nature potentiellement risquée de l'opération, même au-dessous des seuils généralement fixés pour un tel contrôle.

Suivant la même conception, les Guidelines de la BAD prévoient que les emprunteurs doivent demander l'approbation pour passer des marchés publics durables. Leurs demandes sont soumises à une vérification spécifique de la part de la BAD afin de s'assurer que les critères durables « n'aient pas des répercussions négatives sur les principes des marchés publics »⁹⁰⁷.

Pareillement, l'ADB limite l'application du développement durable aux seuls cas où cela constitue une solution « efficiente et [...] acceptable pour l'ADB »⁹⁰⁸ en se laissant, de ce fait, une marge de discrétion et de manœuvre assez large.

De même, la BID soumet l'intégration d'« additional sustainability requirements » (exigences additionnelles en matière de développement durable)⁹⁰⁹ à sa propre autorisation après vérification du respect des principes portant sur la passation et exécution des marchés publics⁹¹⁰.

Malgré une reconnaissance croissante des bénéfices découlant de la durabilité dans les marchés publics qui ne se limitent pas « aux entités adjudicatrices ou aux utilisateurs

⁹⁰⁶ Banque Mondiale, *Procurement Guidance: Sustainable Procurement – An introduction for practitioners to sustainable procurement in World Bank IPF projects*, Washington DC, novembre 2016, p. 3, disponible en ligne : <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-new-framework#framework>.

⁹⁰⁷ Voy. Banque Africaine de Développement, *Methodology for Implementation of the Procurement Policy*, 2015, paragraphe 1.6.6, disponible en ligne : <https://www.afdb.org/>. Voy. aussi BAD, *Politique de passation des marchés des opérations financées par le Groupe de la Banque*, 2015, paragraphe 8.12. Les critères socio-environnementaux « shall be objectively framed in internationally recognized and industry-accepted methodologies and procedures to ensure a fair and equitable qualification and/or bid evaluation process ». En outre, « the Bank will carefully consider price differentials, the number of manufacturers or suppliers located in a particular country or the Africa region, and the impact on markets of excluding particular products or suppliers or limiting eligibility to a selected group of qualified “green” products or categories of bidders ».

⁹⁰⁸ Traduit de la Banque asiatique de développement (ADB), *Procurement Guidelines*, 2015, p. 40, disponible en ligne : <https://www.adb.org/>. Voy. aussi Banque asiatique de développement (ADB), *Procurement Regulations For ADB Borrowers. Goods, Works, Nonconsulting and Consulting Services*, 2017, disponible en ligne : <https://www.adb.org/>.

⁹⁰⁹ Banque Interaméricaine de développement (BID), *Policies for the Procurement of Goods and Works financed by the Inter-American Development Bank*, (Draft), 2019, article 1.24, disponible en ligne : <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=EZSHARE-1132444900-22360>.

⁹¹⁰ Banque Interaméricaine de développement (BID), *Policies for the Procurement of Goods and Works financed by the Inter-American Development Bank*, (Draft), 2019, article 1.2, disponible en ligne : <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=EZSHARE-1132444900-22360> ; de même, voy. Banque Interaméricaine de développement (BID), *Policies for the Selection and Contracting of Consultants financed by the Inter-American Development Bank*, 2019.

finaux, mais peuvent s'étendre vers les communautés et l'opinion publique au sens large »⁹¹¹, l'attitude des BMDs reste encore celle d'une certaine méfiance et prudence.

Mais tant que l'on considère le développement durable comme ayant des « risques intrinsèques » par rapport au bon fonctionnement des marchés publics, il sera difficile de voir dans le développement durable un « must-have component » (élément essentiel) des marchés publics⁹¹².

B. Une ouverture vers la reconnaissance du statut juridique du développement durable dans les marchés publics : le cas de la BERD

L'une des exceptions à l'approche générale de prudence qui caractérise les Guidelines des diverses BMDs se rencontre dans le cadre de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD). En particulier, selon la liste établie par cette dernière, les marchés publics sont inspirés d'une pluralité de principes, notamment la transparence, l'ouverture et l'égalité, la non-discrimination, le « value for money » (optimisation des ressources) via « the efficient, effective and economic use of resources » (de manière efficiente, effective et rentable), la qualité des résultats, la protection contractuelle, l'obtention des fournitures, services et travaux dans les temps (*timely*), et aussi le développement durable⁹¹³.

Ce dernier n'est pas seulement un « concern » (préoccupation)⁹¹⁴, un « mandate » (mission) spécifique de la Banque surtout pour les questions environnementales⁹¹⁵, mais

⁹¹¹ Banque Africaine de Développement, *Methodology for Implementation of the Procurement Policy*, 2015, paragraphe 1.6.6, 2015, disponible en ligne : <https://www.afdb.org/>. Voy. aussi BAD, *Politique de passation des marchés des opérations financées par le Groupe de la Banque*, 2015, paragraphe 8.12. « The Bank recognizes the need for Borrowers to develop and sustain demand for particular types of goods or production processes with characteristics that are considered necessary or desirable as part of their environmental and/or social policies ». La BAD reconnaît aussi que « many of its Borrowers have developed policies to promote sustainability ».

⁹¹² Roberto Caranta et Carol Cravero, *Op. cit.*, p. 187.

⁹¹³ Voy. l'article 2 (al. 1) de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), *Corporate Procurement Policy*, 2017.

⁹¹⁴ Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), *Procurement Policies and Rules*, 2017, p. 7, disponible en ligne : <https://www.ebrd.com/work-with-us/procurement/policies-and-rules.html>. La référence est précisément aux « Bank's concerns for value for money through efficient, effective and economic use of resources, and the concern for, sustainability, quality of results, contractual protection and timely completion ».

⁹¹⁵ La Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) s'auto-définit dans les termes suivants : « The EBRD is unique among multilateral financial institutions in that it has had an environmental mandate since its inception ». Voy. <https://www.ebrd.com/work-with-us/procurement/procurement-faqs.html#anchor1>.

aussi un véritable principe des marchés publics⁹¹⁶ qui n'a aucun lien manifeste de subordination par rapport aux autres principes mentionnés.

Il s'agit donc d'une affirmation unique dans le panorama des BMDs⁹¹⁷, en opposition avec la tendance générale de ces dernières de traiter le développement durable comme n'étant pas « a central theme of Bank-funded procurement » (un thème central des marchés publics financés par les Banques)⁹¹⁸.

En adoptant l'approche doctrinale selon laquelle la difficulté d'intégration du développement durable dans les achats publics décroît si le degré de normativité augmente⁹¹⁹, alors on pourrait arguer que définir le développement durable comme principe des marchés publics (à partir de l'exemple de la BERD⁹²⁰) contribuerait à lui reconnaître une force évidente en termes juridiques, avec des conséquences positives ainsi sur le « legal status of sustainability requirements » (statut juridique des exigences de durabilité)⁹²¹. Par rapport à ces derniers, la Commission européenne a, par ailleurs, exprimé récemment son intention de vouloir aller vers un plan plutôt obligatoire, surtout en matière écologique, en établissant « des objectifs verts obligatoires minimaux pour les marchés publics [...] dans le cadre des initiatives sectorielles, des financements de l'UE ou de législations spécifiques à des produits »⁹²². Reconnaître au développement durable la « puissance normative »⁹²³ propres aux principes pourrait donc contribuer ainsi à atteindre cette finalité. En outre, le droit des marchés publics serait enrichi d'un nouveau principe clé, d'un autre élément de son « épine dorsale »⁹²⁴.

⁹¹⁶ Voy. l'article 2 (al. 1) de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), *Corporate Procurement Policy*, 2017.

⁹¹⁷ Cette unicité s'expliquerait par le fait que la BERD « operates slightly different from the other MDBs in that a large of proportion of its loans are made to the private sector ». Pour la doctrine, c'est sa « positioning as a development bank geared towards the private sector » qui fait que son approche à la durabilité dans le procurement soit unique. Sur cela, voy. Sopo Williams-Elegbe, *Op. cit.*, 2017, p. 167.

⁹¹⁸ *Ibid.*, pp. 148 et s.

⁹¹⁹ Voy. sur cela la reconstruction faite par Direction des Affaires Juridiques, *Op. cit.*, 2016, p. 10, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/guide-climat>. Voy. aussi <https://gpp2020.eu/home/>. Par rapport aux objectifs de l'efficacité énergétique, de la réduction des émissions de GES, tels qu'« actualisés et rehaussés à l'horizon 2030 lors du Conseil européen d'octobre 2014 », il est mis en exergue que : « le degré de normativité augmente et la difficulté de les intégrer dans les marchés publics diminue ».

⁹²⁰ Voy. l'article 2 (al. 1) de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), *Corporate Procurement Policy*, 2017.

⁹²¹ Marta Andrecka et Kateřina Peterková Mitkidis, *Op. cit.*, vol. 1, 2017, p. 59.

⁹²² Commission européenne, *Plan d'investissement pour une Europe durable. Plan d'investissement du pacte vert pour l'Europe*, COM(2020) 21 final, janvier 2020, p. 14.

⁹²³ Jacques Chevallier, *Op. cit.*, 2007, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/>.

⁹²⁴ Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, p. 592, cité par Marie-Charlotte Bontron, *Op. cit.*, p. 37.

Construit sur des « grands principes »⁹²⁵, définis parfois comme « généraux »⁹²⁶, parfois comme « fondamentaux » car revêtant une valeur constitutionnelle⁹²⁷, le droit des marchés publics a, sous l'impulsion de la globalisation, souffert « d'une accumulation de réglementations fragmentées »⁹²⁸. Dans ce cadre, le rôle joué par les principes a été d'« une importance fondamentale »⁹²⁹, constituant entre autres un « corpus de référence pour sanctionner des comportements »⁹³⁰ et l'un des instruments utilisés par le juge qui

⁹²⁵ Marie-Charlotte Bontron, *Op. cit.*, p. 23.

⁹²⁶ Sur les principes généraux, voy. par exemple, Louis Dubois « Le droit à cheval sur les principes généraux » in *Drôle(s) de droit(s), Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandri*, Paris, Dalloz, 2000, p. 251. « Il ne saurait y avoir en droit de théorie plus fabuleuse que celle des principes, le juriste s'en convainc pour peu qu'il prête attention aux plus nobles d'entre eux. [...] Les principes généraux du droit illuminent l'univers juridique tout entier, droit privé, droit public, droit international public, y compris son extension récente, le droit européen ».

⁹²⁷ Les principes peuvent être différemment qualifiés de généraux ou de fondamentaux. Si « les principes fondamentaux ont pour fonction de mesurer la constitutionnalité de la loi, les principes généraux ont pour rôle de mesurer la légalité des dispositions réglementaires » tout en palliant « les insuffisances de l'appareil législatif et réglementaire ». Pour une distinction entre les deux, voy. Jean-Louis Bergel, *Op. cit.*, 2012, pp. 91-111. Selon l'auteur, « les principes généraux du droit ont valeur législative » et se « situent, dans l'échelle des normes, au-dessus des actes administratifs du degré le plus élevé. Ainsi, ils s'imposent au pouvoir réglementaire, sauf s'ils n'ont qu'une valeur supplétive alors que la loi peut y déroger ». Par contre, les principes fondamentaux ont une valeur supérieure à la loi étant de « véritables dispositions constitutionnelles », ce qui signifie que « la loi qui y déroge peut être déclarée inconstitutionnelle ». L'auteur mentionne l'arrêt *Marbury V. Madison* aux Etats-Unis qui a consacré « le pouvoir de contrôle du Juge sur la Constitutionnalité de la loi » ; il explique aussi que le « Conseil constitutionnel français se reconnaît le droit de censurer le législateur au nom des principes fondamentaux ». Sur cette base, l'auteur considère qu'il est difficile de « contester qu'il existe bien deux catégories de principes généraux dont les uns à caractère fondamental, parce qu'ayant valeur constitutionnelle, s'imposent au législateur lui-même et, a fortiori, au pouvoir réglementaire, tandis que les autres, principes généraux simples si l'on veut, ne s'imposent qu'au pouvoir réglementaire, mais non au législateur ». Il en résulte que « tout principe fondamental est, à plus forte raison, en même temps un principe général, mais [...] tout principe général n'est pas pour autant un principe fondamental ». Sur cette base, l'auteur argumente que les « principes généraux n'ont par eux-mêmes aucune existence propre : c'est le juge qui leur donne force et vie. [...] [Donc] on ne peut y nier le pouvoir normatif du juge. On peut également admettre que le juge 'gouverne' lorsque [...] il peut imposer sa loi au législateur. [...] Toutefois, il convient de remarquer que] le juge n'est pas libre de créer ou de rejeter tels ou tels principes généraux. Ceux-ci sont le fruit d'aspirations latentes du corps social ou l'expression de l'esprit des lois. Ils s'imposent donc au juge qui se borne à les extraire du donné philosophique, moral et juridique existant. C'est ce qui explique la généralité, la permanence et la transcendance des principes généraux du droit et qui en définit le contenu ». Pour ce qui concerne le caractère fondamental des principes dans le droit des marchés publics en France, voy. Marie-Charlotte Bontron, *Op. cit.*, p. 36. « En droit positif, ils apparaissent à l'article 1er du Code des marchés publics de 2001, qui dispose que 'les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures'. Ils acquièrent ensuite la valeur de principes généraux du droit, puis de principes à valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 ». Toutefois, le Conseil constitutionnel « n'utilise pas l'adjectif 'fondamental' lorsqu'il évoque les principes, ce qui soulève la question de leur réelle fondamentalité ». De son côté, le « Conseil d'État corrobore ce caractère [de fondamental], en employant explicitement la formule de 'principes fondamentaux de la commande publique' dans certaines de ses décisions. Voy. Conseil constitutionnel français, décision no. 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p. 382. Voy. également Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif : Tome 2, Droit administratif des biens*, Paris, L.G.D.J., 14^{ème} édition, 2011, p. 574 ; Pascale Deumier, Sylvaine Laulom, Nathalie Merley, Eliette Rubi-Cavagna, *Les principes fondamentaux dans la jurisprudence des juridictions suprêmes*, Rapport de recherche, Centre de Recherches Critiques sur le Droit, 2004. Sur la notion de fondamentalité, voy. Céline Coudert, *Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français*, Thèse de doctorat, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2011. Voy. également Stéphane de la Rosa, *Op. cit.*, 2017, p. 38 s. Le « bloc de principes qualifiés par le juge de principes fondamentaux de la commande publique » sont ainsi « formellement reconnus par les directives », notamment « l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence ». L'auteur remarque que, « [d]epuis l'arrêt *Telaustria*, le cadre fondamental de la commande publique est ainsi associé à trois grands principes : égalité, non-discrimination et transparence des procédures. Voy. Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), arrêt du 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, aff. C- 324/98, Rec., p. 1-10770.

⁹²⁸ Marie-Charlotte Bontron, *Op. cit.*, p. 23.

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 27. Les principes « ont acquis une fonction supplétive certaine ». Voy. aussi la Directive 2014/23/UE, considérant no. 4.

⁹³⁰ Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, p. 592, cité par Marie-Charlotte Bontron, *Op. cit.*, p. 37.

« s’y réfère pour déterminer le sens des textes obscurs ou ambigus » ou pour « combler un vide juridique »⁹³¹ ou, encore, pour régler le cas concret⁹³².

Conclusion

Aujourd’hui, la « rencontre »⁹³³ entre les marchés publics et le développement durable reste « un phénomène [encore] en évolution »⁹³⁴, les intérêts à cet égard sont divergents, « les équilibres ne se laissent pas facilement déceler »⁹³⁵ et les contradictions ne sont pas facilement conciliables. Tout cela « tend à déstabiliser les canons, les principes, les hiérarchies dans lesquels nos droits semblent installés »⁹³⁶. Toutefois, comme « toute action publique a désormais vocation à faire du développement durable une priorité, il n’y a pas de raison objective à ce que le droit [...des marchés publics] ne se transforme pas davantage en profondeur »⁹³⁷.

Il existe cependant une extrême variété de formulations – en termes juridiques ou politiques – de la notion de développement durable dans les textes juridiques nationaux et internationaux portant sur les achats publics. Oscillant entre objectif et principe, la nature juridique de la notion de développement durable n’est pas toujours claire dans le droit des marchés publics. Si, d’une part, on peut relever que les frontières entre principes et objectifs ne sont pas tracées de la même manière dans tous les espaces juridiques⁹³⁸,

⁹³¹ Jean-Louis Bergel, *Op. cit.*, 2012, p. 103.

⁹³² Marie-Charlotte Bontron, *Op. cit.*, pp. 23 et s. Ces « principes ont pour objectif de guider à la fois l’adoption de règles encadrant le régime de la commande publique et, au contentieux, les solutions permettant de résoudre un litige ». En particulier, « [a]u contentieux, les principes participent à la solution du litige, dès lors qu’ils sont sollicités par le juge lorsque les textes sont imprécis ou lacunaires ».

⁹³³ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 22.

⁹³⁴ Pour ce qui concerne la globalisation, Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 14.

⁹³⁵ *Ibid.*

⁹³⁶ *Ibid.*

⁹³⁷ Nil Symchowicz, *Op. cit.*, no. 96, février 2010, p. 42.

⁹³⁸ Marie-Charlotte Bontron, *Op. cit.*, p. 28. Pour ce qui concerne le droit positif, « la détermination des principes du droit de l’Union diffère quelque peu de celle du droit interne ». À l’échelle « du droit de l’Union européenne, il existe un risque d’insécurité juridique lié aux divergences d’interprétation des principes du traité par les législateurs nationaux, et de fortes disparités entre les législations des différents États membres ». En outre, selon l’auteur, « il est possible de trouver dans le discours doctrinal des classifications différentes de celle retenue par le droit positif ». Voy. aussi Pierre Bourdon, *Le contrat administratif illégal*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 182, qui remarque que « chacun des auteurs y est allé de sa propre analyse qui l’a amené à élaborer sa propre classification ». Sur la difficulté de distinguer les principes et les objectifs, voy. par exemple la liste des objectifs tels que mentionnée par Sue Arrowsmith (dir.), *Op. cit.*, 2011, disponible en ligne : <https://www.nottingham.ac.uk/>. Voy. encore Justin B. Kaufman, « Cooperative Purchasing: A US Perspective », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 65-91. Concernant « [t]he requirements to ensure fair and open competition, transparency, and accountability, [...] while these principles or requirements are nearly universal in public procurement, their meanings change depending upon the applicable legal requirements and policies. As well, what may seem fair and open to one entity at the city level may not look fair and open to a counterpart at the State level, and vice versa ».

d'autre part on observe que la doctrine et les pouvoirs normatifs ne partagent pas une seule catégorisation par rapport aux éléments clés du droit des marchés publics⁹³⁹.

Pour ce qui concerne, en particulier, le développement durable, la question de sa dénomination juridique – en tant qu'objectif ou principe des marchés publics – reste dépourvue de réponses précises. Mais la question est d'intérêt : sur la base de la dialectique entre objectifs et principes, la logique issue des principes « demeure supérieure » à celle des objectifs⁹⁴⁰, car les principes « à tort ou à raison, passent pour supérieurs aux autres, parce qu'exprimant des règles plus larges, plus hautes et pour tout dire plus éminentes »⁹⁴¹.

En ce sens, on peut considérer que « la limite fondamentale de l'achat durable »⁹⁴² réside effectivement dans le statut juridique incertain de la notion de développement durable. Tant que les pouvoirs normatifs, la doctrine et la jurisprudence n'arriveront pas à reconnaître que le développement durable appartient au droit, il sera difficile de parvenir à une stabilité juridique et à une compréhension commune⁹⁴³ de ce dernier en tant que « must-have component » (élément essentiel)⁹⁴⁴ du droit « très fonctionnel, technique »⁹⁴⁵ des marchés publics⁹⁴⁶.

À ces fins, un rôle crucial pourrait être joué par les niveaux supranational et international. Ceux-ci sont en mesure d'orienter les niveaux nationaux – par nature divergents – vers une direction commune, qui pourrait être (même si on en est cependant encore loin) celle de la reconnaissance au développement durable d'une véritable « autorité juridique »⁹⁴⁷, que ce soit dans les termes d'un objectif ou d'un principe : le premier moins contraignant, le deuxième véritable « épine dorsale »⁹⁴⁸ du système des marchés publics. Tout en relevant que les difficultés d'intégration dans les achats publics

⁹³⁹ Steven Kelman, *Procurement and Public Management : The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, Washington DC, AEI Press, 1990 ; Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004 ; Sue Arrowsmith (dir.), *Op. cit.*, 2011, disponible en ligne ; Omer Dekel, « The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts », in *Public Contract Law Journal*, vol. 37, no. 2, 2008 ; Roberto Caranta, « Transparence et concurrence », in Rozen Noguellou (dir.) et Ulrich Stelkens (dir.), *Op. cit.*, 2010, pp. 153 et s. ; Jean-François Sestier, « Les principes de la commande publique », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008, p. 194 ; Sylvie Caudal « Rapport introductif », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008, p. 4.

⁹⁴⁰ Frédéric Pichon, *Op. cit.*, p. 60.

⁹⁴¹ Philippe Jestaz, *Op. cit.*, 2015, p. 35.

⁹⁴² Frédéric Pichon, *Op. cit.*, p. 60.

⁹⁴³ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 4.

⁹⁴⁴ Roberto Caranta et Carol Cravero, *Op. cit.*, p. 187.

⁹⁴⁵ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 20.

⁹⁴⁶ Roberto Caranta et Carol Cravero, *Op. cit.*, p. 187.

⁹⁴⁷ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 72.

⁹⁴⁸ Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, p. 592, cité par Marie-Charlotte Bontron, *Op. cit.*, p. 37.

de la notion de développement durable pourraient diminuer si le degré de normativité de cette dernière augmentait⁹⁴⁹.

⁹⁴⁹ Voy. sur cela la reconstruction faite par Direction des Affaires Juridiques, Op. cit., 2016, p. 10, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/guide-climat>. Voy. aussi <https://gpp2020.eu/home/>. Par rapport aux objectifs de l'efficacité énergétique, de la réduction des émissions de GES, tels qu'« actualisés et rehaussés à l'horizon 2030 lors du Conseil européen d'octobre 2014 », il est mis en exergue que : « le degré de normativité augmente et la difficulté de les intégrer dans les marchés publics diminue ».

DEUXIÈME PARTIE.

LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS : UNE DIMENSION LOCALE, GLOBALE OU « GLOCALE » ?

Les achats publics durables sont critiqués parfois en raison de leurs ancrages territoriaux, et parfois pour la nature globale des questions auxquelles ils essaient de répondre en s'éloignant, de ce fait, des problématiques d'importance immédiate au niveau local.

Toutefois, en remontant à la notion de développement durable, il est possible de comprendre jusqu'à quel point le *durable* peut être considéré comme un synonyme du *local* et si ces deux éléments peuvent aller de pair, tant d'une manière générale que dans le domaine particulier des marchés publics (Titre I).

Sur le plan global, le droit des marchés publics devrait s'appréhender sur la base d'un espace juridique non exclusivement national, dont la multiplicité des niveaux et des acteurs peut poser des questions en termes d'ouverture à la concurrence et de solidarité. Mais, pour faire face à des enjeux socio-environnementaux à la fois globaux et locaux, il semble nécessaire d'adopter une approche différente axée sur la dimension plutôt *glocale* du développement durable, tout en jetant les bases pour une coopération plus étroite entre les acheteurs publics de différentes tailles et de provenances géographiques diverses (Titre II).

Titre I. Le développement durable dans les marchés publics selon une perspective locale.

Titre II. Le développement durable dans les marchés publics à la frontière entre le global et le « glocal ».

TITRE I.

LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS SELON UNE PERSPECTIVE LOCALE

L'achat public durable a fait l'objet de plusieurs critiques : en raison de sa portée prétendument locale, il serait susceptible de limiter la concurrence entre les soumissionnaires potentiels et de réduire l'efficacité économique de la dépense effectuée. Souvent évoqué par une partie de la doctrine, un tel postulat peut être cependant remis en question. En particulier, les achats publics durables peuvent être analysés par rapport aux achats publics locaux afin de déterminer si et jusqu'à quel point le caractère *durable* est équivalent au *local* et, vice-versa, si le *local* peut toujours se définir comme ayant une connotation *durable*. Sur cette base, les limites à la prise en compte des considérations locales et durables dans les marchés publics sont examinées au regard des objectifs de l'ouverture à la concurrence et de l'efficacité économique (chapitre 1). En s'appuyant sur l'exemple des marchés publics à haute intensité de main-d'œuvre (HIMO), il est possible de présenter, dans un deuxième temps, comment la dynamique entre le local, le durable, l'objectif de la concurrence et l'objectif de l'efficacité économique peuvent s'articuler dans la pratique. D'une part, l'approche HIMO constitue un élan pour le développement local, ce qui soulève des questions sur le plan de la concurrence et de la rentabilité économique. D'autre part, cette approche représente une opportunité d'intégration de nombreuses considérations socio-environnementales allant de pair avec les aspects de promotion locale (chapitre 2).

Chapitre 1. La dialectique entre l'achat public durable, l'achat public local, l'efficacité économique et l'ouverture à la concurrence.

Chapitre 2. La valorisation conjointe du local et du durable : l'exemple des marchés publics HIMO.

CHAPITRE 1.

LA DIALECTIQUE ENTRE L'ACHAT PUBLIC DURABLE, L'ACHAT PUBLIC LOCAL, L'EFFICIENCE ÉCONOMIQUE ET L'OUVERTURE À LA CONCURRENCE

En s'appuyant sur une perspective locale, on peut s'interroger sur les questions de savoir si et jusqu'à quel point l'achat public durable peut (i) être qualifié d'achat local, (ii) restreindre la participation des opérateurs économiques, et (iii) avoir un impact négatif sur l'efficacité économique de la dépense publique engagée⁹⁵⁰. Ces questions semblent être liées entre elles : pour une partie de la doctrine, la valorisation du local aurait des « vertus » durables⁹⁵¹ et irait de pair avec « la puissance de la frontière »⁹⁵², la limitation de la concurrence, ainsi qu'avec la réduction de la « performance en termes de coûts et de services ou fonctionnalités attendues »⁹⁵³. Si l'ouverture à la concurrence et l'efficacité économique peuvent se comprendre à la lumière de l'architecture d'objectifs sur laquelle reposent les systèmes de passation et d'exécution des marchés publics (Section 2), le premier point renvoie à la dialectique durable – *versus* local (Section 1).

Section 1 : Confrontation ou alliance entre le local et le durable ?

La dialectique durable – *versus* local peut s'interpréter selon le double questionnement *le durable est-il nécessairement local ?* (paragraphe 1) et « *l'achat public local est-il durable ?* »⁹⁵⁴ (paragraphe 2). Si la première question porte plutôt sur la notion de développement durable, la deuxième se focalise en particulier sur les marchés publics.

⁹⁵⁰ Jean Tirole, Stéphane Saussier, *Op. cit.*, no. 22, 2015, 1ère Recommandation.

⁹⁵¹ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne, qui soulignent que « depuis les années 1990, différentes politiques françaises mettent en avant la vertu écologique du 'local' ou du 'territorial' – sans d'ailleurs toujours distinguer clairement ces deux notions ».

⁹⁵² Vincent Banos, Anne Gassiat, Sabine Girard, Baptiste Hautdidier, Marie Houdart, Sophie Le Floch et Françoise Vernier, « L'écologisation, mise à l'épreuve ou nouveau registre de légitimation de l'ordre territorial ? Une lecture à partir des particularités du débat conceptuel en France », in *Développement durable et territoires*, vol. 11, no. 1, avril 2020, disponible en ligne : <https://journals.openedition.org/developpementdurable/16481>.

⁹⁵³ Jean Tirole, Stéphane Saussier, *Op. cit.*, no. 22, 2015, 1ère Recommandation. « [L]'objectif de la commande publique, quel qu'en soit le montant, est avant tout de satisfaire un besoin identifié en parvenant à la meilleure performance en termes de coûts et de services ou fonctionnalités attendus, [alors] charger la commande publique d'atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation est [en ce sens] inefficace ».

⁹⁵⁴ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>.

Paragraphe 1 : Le durable est-il nécessairement local ?

Afin de pouvoir comprendre si et jusqu'à quel point le développement durable a une connotation locale, il apparaît tout d'abord opportun de définir le local. Ce dernier a une « caractérisation » spatiale⁹⁵⁵, qui peut se décliner sous formes diverses incluant entre autres le territoire, le régional, l'infranational et, parfois, même le national⁹⁵⁶. Selon une partie de la doctrine, on pourrait ainsi définir le local selon une dialectique avec le global exprimée sous les termes soit d'opposition, soit d'interdépendance réciproque⁹⁵⁷.

Outre sa nature multidimensionnelle⁹⁵⁸, « multiforme »⁹⁵⁹, « transtemporelle », « à consonance générationnelle »⁹⁶⁰ qu'on a analysé *supra*⁹⁶¹, le développement durable constitue aussi une notion « transpatiale »⁹⁶² ayant une « structuration multiscale »⁹⁶³ et à « échelles géographiques »⁹⁶⁴. En particulier, l'« ancrage local »⁹⁶⁵ du développement durable permet de ne pas oublier l'« énorme différenciation des situations »⁹⁶⁶ et priorités socio-économiques pour lesquelles un traitement « dissymétrique » est souvent souhaitable⁹⁶⁷. Pour certains auteurs, il faut donc penser au développement durable à partir d'« une nécessaire inscription territoriale »⁹⁶⁸ de ce dernier. Le local contribuerait,

⁹⁵⁵ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuideau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

⁹⁵⁶ *Ibid.* « Mais que devons-nous entendre ici par territoire ? S'agit-il du local, du régional, ou du national, ou encore d'un niveau intermédiaire ? En fait, il n'y pas lieu de privilégier un échelon particulier, mais de poser le 'territorial' par différence avec le niveau global et plus radicalement encore avec la caractérisation a-spatiale qu'empruntent bon nombre de travaux sur le développement durable. Partant, nous nous appuyerons sur la définition plurielle du territoire qu'offre la géographie (Auriac, Brunet, 1986 ; Brunet, Dolfus, 1990 ; Le Berre, 1995). La notion de territoire recouvre ainsi trois dimensions différentes mais complémentaires : Une dimension identitaire [...], une dimension matérielle [...], une dimension organisationnelle [...] ».

⁹⁵⁷ Cynthia Ghorra-Gobin (dir.), Magali Reghezza-Zitt (dir.), *Op. cit.*, 2016. « 'Local' est régulièrement confondu avec le lieu et présenté soit comme une échelle de proximité soit comme un échelon politico-administratif infranational. Il est souvent associé à la grande échelle et sous-entend généralement un ancrage territorial fort, à l'inverse de l'adjectif global qui semble désigner des processus déterritorialisés. Quelle que soit l'acception retenue, 'local' est de plus en plus appréhendé dans sa relation au global (global s'oppose au local et réciproquement) ».

⁹⁵⁸ Andrea Appoloni, Maria Antonietta Coppola, et Gustavo Piga, « Implementation of Green Considerations in Public Procurement: A Means to Promote Sustainable Development », in Rajesh Kumar Shakya (dir.), *Green Public Procurement Strategies for Environmental Sustainability*, Hershey, Pennsylvania, USA, IGI Global, 2019 ; Tim Stoffel, Carol Cravero, Annamaria La Chimia, Geo Quinot, *Op. cit.* pp. 3-6.

⁹⁵⁹ Jean-Marie Harribey, *Op. cit.*, 1996, p. 380 (chapitre 6).

⁹⁶⁰ Laurence Boisson de Chazournes, « Les panels d'inspections », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 111.

⁹⁶¹ Voy. section 1, chapitre 1, titre 1, partie première.

⁹⁶² René-Jean Dupuy, *Op. cit.*, 1984, p. 199 et pp. 201-202.

⁹⁶³ Jacques Theys, *Op. cit.*, 2002, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/1475>.

⁹⁶⁴ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>.

⁹⁶⁵ Hélène Brives, Claire Heinisch, Mathieu Désolé, Carole Chazoule et Perrine Vandenbroucke, « Le développement de filières locales est-il gage d'une écologisation des pratiques agricoles ? », in *Développement durable et territoires*, vol. 11, no. 1, avril 2020, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/16546>.

⁹⁶⁶ Jacques Theys, *Op. cit.*, 2002, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/1475>.

⁹⁶⁷ *Ibid.*

⁹⁶⁸ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuideau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

en fait, à « améliorer l'efficacité »⁹⁶⁹ du développement durable en l'« ajustant aux spécificités » territoriales⁹⁷⁰ et en contribuant à la « prise en compte de la génération présente dans la variété de ses situations »⁹⁷¹. En ce sens, le local constituerait « une variable de première importance »⁹⁷² au sein du développement durable.

Toutefois, il semble que « relier le développement durable et le territoire »⁹⁷³ n'a pas été toujours la préoccupation principale de « l'échelle mondiale »⁹⁷⁴. « [I]nscrit initialement dans une pensée globale »⁹⁷⁵, dans un « niveau de décision [...] à l'échelon international »⁹⁷⁶, le développement durable a été souvent déployé « de façon descendante [...] sans [un précis] récit territorial »⁹⁷⁷. Avec une telle « caractérisation a-spatiale »⁹⁷⁸ dépourvue de « trajectoires territoriales »⁹⁷⁹ et de « proximité spatiale »⁹⁸⁰, le durable « semble oublier le territoire »⁹⁸¹.

Mais, force est de constater que, « pour espérer le succès », le développement durable « requiert nécessairement [...] la contribution des territoires inférieurs »⁹⁸² sur la base d'une « synergie »⁹⁸³ entre des échelles spatiales qui vont du global au local et vice-versa⁹⁸⁴.

⁹⁶⁹ Vincent Banos, Anne Gassiat, Sabine Girard, Baptiste Hautdidier, Marie Houdart, Sophie Le Floch et Françoise Vernier, *Op. cit.*, no. 1, avril 2020, disponible en ligne : <https://journals.openedition.org/developpementdurable/16481>.

⁹⁷⁰ *Ibid.*

⁹⁷¹ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuideau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

⁹⁷² *Ibid.*

⁹⁷³ *Ibid.*

⁹⁷⁴ *Ibid.*

⁹⁷⁵ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>.

⁹⁷⁶ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuideau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

⁹⁷⁷ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272> ; Jacques Theys, *Op. cit.*, 2002, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/1475>, précisant qu'il y a « une tendance naturelle à marginaliser le territoire dans les approches plus économiques ou internationales du développement durable ». Sur la dialectique 'local versus global', voy. Cynthia Ghorra-Gobin, Magali Reghezza-Zitt (dir.), *Entre local et global, les territoires dans la mondialisation*, Paris, Éditions Le Manuscrit, 2016.

⁹⁷⁸ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuideau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

⁹⁷⁹ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ Amadou Niang, Sébastien Bourdin et André Torre, *Op. cit.*, no. 1, avril 2020, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/16902>.

⁹⁸² Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuideau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

⁹⁸³ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>.

⁹⁸⁴ Michaël Pouzenc, « Articuler un 'penser global' et un 'agir local' : la territorialisation des 'Community Supported Agriculture' », in *Développement durable et territoires*, vol. 11, no. 1, avril 2020, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/16922>.

Par exemple, si les questions comme le changement climatique, la déforestation et la biodiversité ont une envergure principalement mondiale⁹⁸⁵ afin de « sauver la planète »⁹⁸⁶, en revanche la gestion des déchets au niveau municipal, l'utilisation de techniques agricoles respectueuses de l'environnement, ou encore l'inclusion dans le monde du travail des personnes qui en sont éloignées peuvent s'insérer dans des contextes territoriaux bien précis⁹⁸⁷. Cela n'empêche cependant pas qu'il y ait des problèmes « à la fois globaux et locaux »⁹⁸⁸, ainsi que des flux et des interconnexions entre les échelles spatiales, comme c'est le cas du passage « des pollutions localisées aux pollutions transfrontières »⁹⁸⁹.

Dès lors, si le durable n'est ni exclusivement local ni exclusivement global⁹⁹⁰, la question reste de savoir si « le local est [toujours] durable »⁹⁹¹, tout en sachant que les deux notions sont souvent confondues⁹⁹² malgré leurs logiques divergentes⁹⁹³. Par

⁹⁸⁵ « Si, au niveau global, ce sont les 'grandes' régulations écosystémiques qui sont en cause (dynamique des climats, biodiversité, tout spécialement, et leurs traductions spatiales), à des échelons tels qu'une région ou une localité, l'empreinte territoriale de la non durabilité pourra se manifester par une altération des paysages, la présence de friches, l'érosion des sols, la dégradation de cours d'eau, etc., (et nous limitant ici au seul registre environnemental) ». Voy. Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuindeau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>. Voy. aussi Jacques Theys, *Op. cit.*, 2002, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/1475> ; Olivier Godard, « Le développement durable et le devenir des villes. Bonnes intentions et fausses bonnes idées », in *Futuribles*, no. 209, 1996, pp. 29-35, qui affirme « la contrainte écologique n'a de sens qu'au niveau planétaire ».

⁹⁸⁶ « [F]ace à des enjeux dont on nous rappelle à l'envi la dimension planétaire » du développement durable, le local « peine à trouver la combinaison d'actions locales qui aurait un impact international ». Voy. Michaël Pouzenc, « Articuler un 'penser global' et un 'agir local' : la territorialisation des 'Community Supported Agriculture' », in *Développement durable et territoires*, vol. 11, no. 1, avril 2020, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/16922>.

⁹⁸⁷ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>. Les auteurs se réfèrent à un « retour au local » et au « renforcement de la proximité géographique » de certaines activités.

⁹⁸⁸ Jacques Theys, *Op. cit.*, 2002, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/1475>.

⁹⁸⁹ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuindeau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

⁹⁹⁰ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>.

⁹⁹¹ *Ibid.*

⁹⁹² *Ibid.*

⁹⁹³ « Les logiques écologiques et territoriales étant a priori différentes, elles peuvent donc être menées séparément, voire au détriment l'une de l'autre ». En ce sens, « en rappelant que les concepts de territoire et ceux qui sous-tendent l'écologisation (durabilité, transition, bioéconomie...) ont des histoires distinctes et sont aujourd'hui encore traversés par des influences contradictoires, plusieurs contributions montrent que l'écologisation et la territorialisation peuvent diverger, ou opérer presque l'une sans l'autre. [...] Les logiques écologiques et territoriales étant a priori différentes, elles peuvent donc être menées séparément, voire au détriment l'une de l'autre. Pourtant, leur synergie est aujourd'hui fréquemment affirmée et socialement valorisée ». Sur ce point Voy. Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>. Voy. aussi Michaël Pouzenc, « Articuler un 'penser global' et un 'agir local' : la territorialisation des 'Community Supported Agriculture' », in *Développement durable et territoires*, vol. 11, no. 1, avril 2020, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/16922>, qui distingue entre les « fondements » développement « territorial » et le développement durable. Ce dernier « rejoint quelque peu le développement territorial par l'objectif d'associer les populations aux choix de développement. Mais ses racines sont à rechercher dans un mouvement d'acteurs internationaux ayant pour objectif de 'sauver la planète' et misant largement, pour cela, sur une évolution massive des pratiques individuelles ». En revanche, « les racines du développement territorial sont à rechercher dans les mouvements d'acteurs locaux, voire

exemple, l'OCDE met en exergue que le « développement territorial porte sur les dimensions sociale, économique et écologique du développement durable à l'échelle infranationale »⁹⁹⁴, alors qu'une partie de la doctrine souligne qu'« il ne semble pas suffisant d'adjoindre des considérations environnementales aux problématiques » liées au local « pour en faire des problématiques de développement durable »⁹⁹⁵. Cela se reflète ainsi dans les marchés publics, où de nombreux doutes existent quant à l'équivalence de l'achat public local à l'achat public durable et vice-versa.

Paragraphe 2 : L'achat public local est-il durable ?

À l'égard de l'achat public local, les approches doctrinales divergent beaucoup les unes des autres. Si, selon une partie de la doctrine, l'achat public local a une connotation durable, cela ne peut cependant pas être généralisé à la totalité des cas en raison de la variété des situations existantes (A). Selon une autre partie de la littérature juridique, l'achat public local représenterait, en premier lieu, un instrument d'affirmation territoriale répondant à des intérêts internes, tout en sachant que la ligne de démarcation entre le local, le durable et les logiques protectionnistes n'est pas toujours évidente à tracer⁹⁹⁶ (B).

localistes qui, à partir des années 1960 et 1970, recherchent un modèle de développement par le bas, assuré par et pour une population qui saurait s'organiser en collectifs autogérés, pour permettre à chacun de vivre et travailler au mieux au pays. L'institutionnalisation de cette dynamique fut opérée à partir des années 1980 avec les lois de décentralisation, amenant une formalisation du développement territorial ».

⁹⁹⁴ Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Développement durable. Les grandes questions*, OECD Publishing, Paris, 2001, p. 513.

⁹⁹⁵ Michaël Pouzenc, « Articuler un 'penser global' et un 'agir local' : la territorialisation des 'Community Supported Agriculture' », in *Développement durable et territoires*, vol. 11, no. 1, avril 2020, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/16922>.

⁹⁹⁶ La doctrine observe que « la ligne de démarcation entre la promotion du progrès économique général et la 'protection' de l'économie nationale est très subtile, et trop souvent dépassée ». Traduit de : « the line between the promotion of general economic progress and the 'protection' of the national economy is a fine one, all too often overstepped ». Voy. Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, pp. 140-152, qui souligne, entre autres, la différence existante entre « protection or support of domestic industry and protection against foreign competition », ainsi qu'entre « assisting a domestic company and obstructing foreign competitor », même si ces distinctions peut être plus ou moins « thin ». L'auteur mentionne aussi l'affaire jugée par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), arrêt du 20 mars 1990, *DuPont de Nemours Italiana v Unita Sanitaria No 2 di Carrara*, 1990, aff. C-21/88, où « the government imposed, by law, an obligation on all public authorities, all firms with state participation, health authorities and universities to obtain at least 30 per cent of their purchases from undertakings permanently established in the Mezzogiorno (Southern Italy) where, in addition, the required goods had to be manufactured or transformed. In a purely domestic context, this would have been no more than a measure to support local industry. However, since Italy is a member state of the EC, the legislative measure in question was found to be discriminatory since it prevented at least 30 per cent of government procurement needs being met by firms (or being fulfilled with product manufactured) outside Italy and the Mezzogiorno ». En outre, l'auteur met en discussion « the 'infant industry' argument », selon lequel « new or emerging industries require protection from competition in order to mature sufficiently to compete with existing firms which have had the opportunity of experience and time to maximise efficiency ». L'auteur explique, en fait, que « the danger of such policies is that they are prolonged beyond infancy, when there is some economic rationale for protection, to maintain the cushion of protection such that maturity is never and will never be achieved. [...So] states are free to protect infant, adolescent or mature industries for whatever reasons they choose : self-sufficiency, pride, national

L'achat public local peut se définir comme un achat qui s'appuie sur l'utilisation des ressources humaines ou matérielles locales, indépendamment de l'autorité publique impliquée, qu'elle soit locale⁹⁹⁷ ou non⁹⁹⁸. Les objectifs poursuivis peuvent être tant de nature économique et de développement interne que socio-environnementaux. Par exemple, le cocontractant peut être une petite et moyenne entreprise (PME) ou micro et petites entreprises (MPE) de la zone⁹⁹⁹ ; les matériaux utilisés pour construire un bâtiment peuvent avoir une provenance/origine principalement locale¹⁰⁰⁰ ; la main-d'œuvre peut être recrutée parmi celle de la région concernée par les travaux¹⁰⁰¹ ; l'agriculture biologique peut être promue à travers « l'étiquetage des produits »¹⁰⁰² ; « l'approvisionnement de proximité » peut être favorisé¹⁰⁰³ ; la « chaîne alimentaire » peut être maintenue « courte, avec une majeure demande de produits ayant peu

security, preservation of national heritage, social convention. The decision to protect, however, has serious economic consequences in terms of economic efficiency and increased costs for the government, a state of affairs which may be particularly harmful to developing economies which are already hindered by a lack of financial resources ».

⁹⁹⁷ Voy. entre autre Lutz Preuss, « Buying into our future: sustainability initiatives in local government procurement », in *Business Strategy and the Environment*, vol. 16, no. 5, 2007, pp. 354-365, se focalisant surtout sur les marchés publics lancés par « local government in the United Kingdom. [...] Many sustainability initiatives also have cost implications for local government, which may clash with other priorities ».

⁹⁹⁸ Voy. l'exemple des marchés publics en faveur des indigènes au Canada. Voy. Treasury Board of Canada Secretariat, *Procurement Strategy for Aboriginal Business: Guidelines for Buyers/Government Officials (PSAB)*, Contracting Policy Notice 1997-6 ; Carol Cravero, *Op. cit.*, vol. 8, 2017.

⁹⁹⁹ Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2008) 394 final, « *Think Small First* »: *Priorité aux PME. Un «Small Business Act» pour l'Europe*, 2008, p. 2, disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:FR:PDF> ; Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique*, 2019, p. 10, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/daj-publication-guide-pratique-faciliter-acces-des-tppe-pme-a-commande-publique> ; Stéphane Saussier, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.webssa.net/files/MARCHEPUB-VFINALE.pdf>.

¹⁰⁰⁰ Organisation internationale du Travail (OIT), *Local Economic Development and Employment Intensive Investments*, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/genericdocument/wcms_099642.pdf.

¹⁰⁰¹ United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013.

¹⁰⁰² Hélène Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, 2e édition, Paris, Dalloz, 2019, p. 236.

¹⁰⁰³ Ministère français de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt, *Guide pratique. Favoriser l'approvisionnement local et de qualité en restauration collective*, 2014, disponible en ligne : https://agriculture.gouv.fr/sites/minagri/files/1506-al-gui-restaucoill-bd_0.pdf ; Comité européen des régions (CdR), *Avis du Comité des régions sur le thème « Systèmes agroalimentaires locaux »*, (2011/C 104/01), 88e session plénière, 27-28 janvier 2011 ; Commission Européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, p. 31.

d'intermédiaires entre la production et la distribution »¹⁰⁰⁴ (« zero km/short chain »¹⁰⁰⁵) comme c'est le cas surtout dans le secteur de la restauration collective¹⁰⁰⁶, etc.

En vertu de cette définition, une partie de la doctrine considère que le local est doté en soi d'une « vertu écologique » et sociale¹⁰⁰⁷, car « aujourd'hui, c'est essentiellement à l'échelle des territoires que les problèmes de développement durable sont perçus, et c'est sans doute également là qu'ils peuvent trouver des solutions à la fois équitables et démocratiques »¹⁰⁰⁸.

Toutefois, il semble que « la durabilité à cette échelle doit être [plutôt] évaluée » au cas par cas¹⁰⁰⁹. La confrontation entre le durable et le local est, en fait, susceptible de varier sur la base des circonstances concrètes, car il n'est pas possible de trancher nettement la question en termes de stricte équivalence ou d'une opposition inconciliable entre le durable et le local.

Prenons l'exemple, très utilisé dans les marchés publics HIMO¹⁰¹⁰, du recrutement de la main-d'œuvre située dans la région où les travaux sont effectués. Si la connotation durable d'une telle action peut apparaître assez incertaine, la précision du caractère vulnérable des travailleurs concernés ou de leur provenance des couches défavorisés de la société permet, en revanche, de dissiper les doutes sur la nature durable d'une telle prévision. Pareillement, la restriction de la concurrence en faveur des PME locales n'est pas considérée en soi comme un moyen poursuivant des finalités sociales mais plutôt comme une mesure de promotion territoriale, à moins que ces PME sélectionnent (une

¹⁰⁰⁴ Traduit de : Angela Tregear, Maysara Sayed, Mary Brennan, et al., *Op. cit.*, 2019, disponible en ligne : <https://www.strength2food.eu/wp-content/uploads/2019/03/D6.3-Evaluation-of-environmental-economic-and-social-impacts-of-different-PSFP-models-compressed.pdf>.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ Ministère français de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt, *Guide pratique. Favoriser l'approvisionnement local et de qualité en restauration collective*, 2014, disponible en ligne : https://agriculture.gouv.fr/sites/minagri/files/1506-al-gui-restaucoll-bd_0.pdf. Le sujet du « local food systems » revêt pour l'Union Européenne « une importance capitale ». Voy. Comité européen des régions (CdR), *Avis du Comité des régions sur le thème « Systèmes agroalimentaires locaux »*, (2011/C 104/01), 88e session plénière, 27-28 janvier 2011. Voy. aussi Commission Européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011, p. 31. « L'offre de services de restauration à une administration publique : le pouvoir adjudicateur peut inviter les fournisseurs à présenter, en plus d'une offre neutre (classique), une variante incluant une dimension sociale (préparation de repas à basses calories, sans sel ou casher afin de respecter les demandes médicales ou religieuses de tous les groupes d'utilisateurs) ».

¹⁰⁰⁷ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Ibid.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>.

¹⁰⁰⁸ Jacques Theys, *Op. cit.*, 2002, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/1475>.

¹⁰⁰⁹ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Ibid.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272> ; Amadou Niang, Sébastien Bourdin et André Torre, *Op. cit.*, no. 1, avril 2020, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/16902>.

¹⁰¹⁰ Voy. chapitre 2, titre 1, partie deuxième.

partie de) leur personnel parmi, par exemple, les chômeurs de longue durée ou les personnes en situation d'handicap.

Il en résulte donc que, d'une part, l'achat local n'est pas automatiquement durable, d'autre part l'achat public durable ne correspond pas forcément à un achat local. Mais les deux éléments (local et durable) peuvent aller de pair.

B. L'achat public local comme instrument d'affirmation territoriale

Il convient de souligner, tout d'abord, qu'une partie de la doctrine reproche à l'achat public durable d'être porteur d'instances et d'intérêts principalement locaux car favorisant le tissu économique domestique. Mais, la promotion du local par le biais des marchés publics semble présenter le risque d'« exacerbation des particularismes » et de l'« égoïsme »¹⁰¹¹ des États, et même d'instrumentalisation « des dispositifs environnementaux [ou sociaux] à des fins d'affirmation territoriale »¹⁰¹². Si entre le local, le durable et la logique de nature protectionniste il n'y a pas de frontière toujours nette¹⁰¹³, force est de constater que ces trois ne constituent pas forcément des synonymes.

En particulier, l'achat public local peut constituer un « local development procurement » (achat public visant le développement local)¹⁰¹⁴ – très utilisé dans les pays les moins avancés (PMA) mais pas seulement – ainsi qu'un vecteur de « valorisation conjointe du local et du durable »¹⁰¹⁵.

Reprenons donc l'exemple qu'on vient de présenter sur les PME. Une certaine doctrine considère qu'« à l'origine de la promotion » des PME locales par le biais des

¹⁰¹¹ Jacques Theys, *Op. cit.*, 2002, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/1475>.

¹⁰¹² Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>. Voy. aussi Vincent Banos, Anne Gassiat, Sabine Girard, Baptiste Hautdidier, Marie Houdart, Sophie Le Floch et Françoise Vernier, *Op. cit.*, no. 1, avril 2020, disponible en ligne : <https://journals.openedition.org/developpementdurable/16481>. « Formatée à l'aune de la patrimonialisation ou de l'attractivité, l'écologisation peut activement contribuer à la production territoriale ; au risque cependant d'être privée de sens et simplement récupérée à des fins politiques ou de promotion touristique ».

¹⁰¹³ La doctrine observe que « the line between the promotion of general economic progress and the 'protection' of the national economy is a fine one, all too often overstepped ». Voy. Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, pp. 140-152, qui souligne, entre autres, la différence existante entre « protection or support of domestic industry and protection against foreign competition », ainsi qu'entre « assisting a domestic company and obstructing foreign competitor », même si ces distinctions peuvent être plus ou moins « thin ». Voy. Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), arrêt du 20 mars 1990, *DuPont de Nemours Italiana v Unita Sanitaria No 2 di Carrara*, 1990, aff. C-21/88.

¹⁰¹⁴ United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013.

¹⁰¹⁵ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>. La « promotion conjointe, voire l'amalgame entre le local et le durable n'ont somme toute rien d'évident ».

marchés publics, il y a principalement l'« intention de promouvoir l'économie locale », selon un clair « objectif de protectionnisme »¹⁰¹⁶. En revanche, il semble que la promotion des PME locales ne répond pas (toujours) à un objectif de simple promotion de l'économie domestique, mais constitue le moyen pour atteindre aussi d'autres objectifs de nature sociale, tel que la lutte contre le chômage¹⁰¹⁷ dans certaines zones particulièrement affectées par la pauvreté¹⁰¹⁸ ou en faveur de certains groupes de personnes particulièrement vulnérables¹⁰¹⁹, comme c'est le cas des jeunes en situation de

¹⁰¹⁶ Traduit de : Martin Trybus, « The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement: A Strategic Objective of the New Public Sector Directive? », in Roberto Caranta (dir.), François Lichère (dir.), et Steen Treumer (dir.), *Op. cit.*, pp. 255-280, soulignant que « 'local' normally means national ».

¹⁰¹⁷ Pour ce qui concerne le chômage, le Directeur général de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), Guy Ryder, estime que « l'économie mondiale ne crée toujours pas suffisamment d'emplois ». Le « chômage mondial reste [en fait] élevé, avec plus de 190 millions de chômeurs » et « l'emploi vulnérable est à la hausse ». Cette situation est aujourd'hui mise encore plus en danger suite au « ralentissement de la consommation lié au Covid-19 », qui – en cas de poursuite sur le long terme – est susceptible de produire « de graves conséquences pour les jeunes [et non seulement] en termes d'opportunités d'emploi », comme déclaré par Sangheon Lee, le directeur du département des politiques de l'emploi de l'OIT. Voy. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_615601/lang--fr/index.htm ; l'Organisation Internationale du Travail (OIT), *Emploi et questions sociales dans le monde – Tendances pour 2018. Résumé analytique*, 2018 ; <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/virus-l-oit-s-inquiete-des-consequences-de-l-epidemie-sur-le-chomage-des-jeunes-20200309>. En outre, comme la directive sur les marchés publics 2014/24/UE l'énonce, « [l']emploi et le travail contribuent à l'insertion dans la société et constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous » (considérant 36).

¹⁰¹⁸ À noter que « la pauvreté ne se limite pas à l'insuffisance de revenus et de ressources ». Outre ceux-ci, la pauvreté couvre plusieurs autres aspects tels que « la faim et la malnutrition, l'accès limité à l'éducation et aux autres services de base, la discrimination et l'exclusion sociales ainsi que le manque de participation à la prise de décisions ». Voy. la définition de pauvreté forgée par l'ONU, notamment sous l'ODD 1 portant sur la lutte à la pauvreté, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/poverty/> ; Observatoire français de la pauvreté et de l'exclusion sociale, *Le rapport de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale 2005-2006*, La Documentation française, Paris, 2006, p. 60, disponible en ligne : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/064000163.pdf>. Selon ce dernier, il importe aussi de mettre en exergue que les liens entre pauvreté et emploi représentent « un continuum de situations ». Voy. aussi Nadine Laïb (Drees), « Quels liens entre chômage, faibles rémunérations et pauvreté ? », in *Les Travaux de l'Observatoire de la pauvreté et de l'exclusion sociale (2005-2006)*, Paris, 2006, p. 135, disponible en ligne : <https://fr.readkong.com/page/quels-liens-entre-chomage-faibles-remunerations-et-7069813>.

¹⁰¹⁹ Les catégories de personnes les plus exposées au risque de chômage et d'exclusion peuvent diverger beaucoup d'un État à l'autre. Il peut s'agir par exemple des jeunes, des personnes en situation d'handicap, des femmes, des minorités, des groupes marginalisés, des chômeurs de longue durée, etc. Voy. Observatoire français de la pauvreté et de l'exclusion sociale, *Le rapport de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale 2005-2006*, La Documentation française, Paris, 2006, p. 60, disponible en ligne : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/064000163.pdf>. « L'analyse traditionnelle du chômage se concentre sur la situation des individus, mettant en évidence une concentration du phénomène sur certaines catégories de la population : jeunes, étrangers, personnes peu qualifiées, travailleurs âgés ». Voy. aussi Ron Watermeyer, « The use of Targeted Procurement as an Instrument of Poverty Alleviation and Job Creation in Infrastructure Projects », in *Public Procurement Law Review*, no. 5, 2000, pp. 226-250. « Expenditure in any sector of a nation's economy will create employment opportunities » ; voy. aussi Ron Watermeyer, *Job creation in Public Sector Engineering and Construction Works Projects : Why, What and How?*, Commonwealth Engineers' Council 50th Anniversary conference, Afrique du Sud, 1997 ; Thorsten Schulten et al., *Pay and other social clauses in European public procurement. An overview on regulation and practices with a focus on Denmark, Germany, Norway, Switzerland and the United Kingdom, Düsseldorf*, Study on behalf of the European Federation of Public Service Unions – EPSU, 2012, p. 5, disponible en ligne : https://www.boeckler.de/pdf/wsi_schulten_pay_and_other_social_causes.pdf. Dans la catégorie des « employment opportunities », on peut retrouver « promotion of youth employment ; promotion of gender balance (e.g. work/life balance, fighting against sectoral and occupational segregation, etc.) ; promotion of employment opportunities for the long-term unemployed and for older workers ; diversity policies and employment opportunities for persons from disadvantaged groups (e.g. migrant workers, ethnic minorities, religious minorities, people with low educational attainment, etc.) ; promotion of employment opportunities for people with disabilities, including through inclusive and accessible work environments ». Voy. encore Rosemary Boyle, « Disability issues in public procurement », in Sue Arrowsmith (dir.) et Peter Kunzlik (dir.), *Op. cit.*, 2009. Dans le cadre juridique français, voy. encore Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Guides et recommandations. Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées. Guide élaboré par l'Atelier de réflexion sur les*

décrochage scolaire, les chômeurs de longue durée, les travailleurs en situation d’handicap, ou d’autres personnes rencontrant des difficultés spécifiques ou faisant partie de groupes défavorisés ou de minorités. Il est évident que les entreprises qui peuvent être plus facilement sensibilisées à cet égard sont celles qui connaissent « la situation locale en matière d’emploi »¹⁰²⁰ et/ou qui ont déjà dans leur personnel un certain pourcentage de travailleurs provenant desdites catégories menacées de chômage. En revanche, il est probable que l’intérêt des entreprises non-locales sera fortement réduit à chaque fois que sera insérée dans les marchés publics une clause sociale d’exécution – généralement contrôlable et assortie d’une sanction en cas de non-respect¹⁰²¹ – qui établit un certain nombre d’heures d’insertion/de formation des publics bénéficiaires¹⁰²². De même, lorsqu’on requiert des méthodes d’exécution à haute intensité de main-d’œuvre (HIMO), les grandes entreprises semblent moins disposées que les petites à effectuer les travaux sous ces conditions (voy. *infra*)¹⁰²³. Sans oublier les cas de non-éligibilité des grandes

aspects sociaux de la commande publique, 2015, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/Guide-de-la-commande-publique-et-acces-a-l-emploi->

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰²¹ Pour l’exemple français, voy. <https://www.education.gouv.fr/pid37517/la-clause-sociale-de-formation-sous-statut-scolaire.html&xtnp=1&xtr=2>. En France, l’application de l’article 38 de l’ordonnance no. 2015-899 relative aux marchés publics comporte que les candidats doivent obligatoirement proposer une action permettant la formation d’un ou plusieurs jeunes en situation de décrochage scolaire, de 16 à 25 ans, suivie par la Mission de Lutte contre le Décrochage Scolaire (MLDS) du ministère chargé de l’Éducation nationale. Il s’agit de jeunes entre 16 et 25 ans, d’un niveau de qualification inférieur à celui mentionné à l’article L. 313-7 du code de l’éducation, tel que modifié par le décret no. 2010-1781 du 31 décembre 2010. Le volume horaire minimal exigé est à réaliser pendant la période ferme du marché. Dans le cadre de la clause sociale, le jeune bénéficiaire du dispositif est sous statut scolaire. Une convention de stage tripartite est conclue entre l’entreprise, la MLDS (ou l’établissement scolaire de rattachement du jeune) et le jeune (ou son représentant légal). Le titulaire du marché reçoit le jeune dans ses locaux, en immersion complète, et l’accompagne dans les tâches qui lui sont confiées. Voy. aussi Ministère de l’éducation nationale français, *Présentation Synthétique du dispositif de la clause sociale (au bénéfice de jeunes en situation de décrochage scolaire)*, 2018, disponible en ligne : https://cache.media.education.gouv.fr/file/Partenaires/18/1/Clause-sociale-qui-fait-quoi-fiche-pratique_894181.pdf. En outre, voy. Thomas Rouveyran, Christophe Farineau, Romain Millard, « 50 questions. Les clauses géographiques, sociales et environnementales dans les contrats de la commande publique », in *Le Courrier des Maires et des élus locaux. Les cahiers détachés*, no. 324-325, 2018, p. 9. Voy. encore Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l’économie et des finances français, *Guides et recommandations. Commande publique et accès à l’emploi des personnes qui en sont éloignées. Guide élaboré par l’Atelier de réflexion sur les aspects sociaux de la commande publique*, 2015, p. 15. Voy. aussi Joachim Lebiéd, « Le marché public sous couvert d’éthique : le mirage des clauses sociales », in Véronique Coq (dir.), *L’éthique en droit des marchés publics*, Paris, LexisNexis, 2020, pp. 43-51.

¹⁰²² Thomas Rouveyran, Christophe Farineau, Romain Millard, « 50 questions. Les clauses géographiques, sociales et environnementales dans les contrats de la commande publique », in *Le Courrier des Maires et des élus locaux. Les cahiers détachés*, no. 324-325, 2018, p. 10. « Le Conseil économique, social et environnemental (CESE) a récemment pointé les écueils d’une approche purement ‘volumétrique’. Il s’avère, notamment, qu’un seul marché ne produit pas nécessairement un nombre d’heures suffisant pour garantir une réinsertion professionnelle des bénéficiaires. Par ailleurs, une telle approche ne permet à l’acheteur de contrôler l’exécution de la clause que sur un plan quantitatif (le nombre d’heures travaillées) et non qualitatif. C’est pourquoi, selon le CESE, une approche plus qualitative, englobant l’ensemble d’un parcours menant à l’emploi, devrait être introduite ». Voy. aussi Patricia LExcellent, *Op. cit.*, 2018, pp. 50 s., soulignant que « les clauses sociales se sont développées sur la base d’une approche volumétrique du nombre d’heures à réaliser, sans que les modalités de réalisation des considérations sociad’d

les ne soient évaluées ni réellement prises en compte au moment de la notation : lors du dépôt de l’offre, l’entreprise candidate doit uniquement s’engager à mettre en œuvre la clause en respectant le volume d’heures exigé par le pouvoir adjudicateur mais n’est pas contrainte de détailler les conditions de son application. Par ailleurs, au cours et à la fin de l’exécution du marché, le pouvoir adjudicateur vérifiera uniquement si le titulaire a réalisé le nombre d’heures demandées, sans pouvoir intervenir sur la qualité du dispositif d’insertion qui aura été mise en place ».

¹⁰²³ Voy. chapitre 2 du titre 1 de la deuxième partie. Voy. aussi Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250.

entreprises en raison de la réservation du marché en faveur des opérateurs économiques locaux recrutant des travailleurs qui se trouvent dans une des conditions évoquées¹⁰²⁴.

C'est dans ce cadre que l'Agence française de Développement (AFD) précise que, dans les pays en voie de développement où elle finance des projets, les exigences « d'un minimum de main d'œuvre locale ou de produits fabriqués localement, ou de s'associer avec une entreprise locale » constituent des formes « de soutien à l'économie locale » et, de ce fait, ne peuvent pas être « éligible[s] à un financement de l'AFD, à moins que (i) ces exigences soient imposées par la réglementation applicable et que (ii) l'AFD ait conclu qu'elles ne soient pas préjudiciables au respect des Bonnes Pratiques Internationales et à l'atteinte des objectifs prévus du financement »¹⁰²⁵.

Toutefois, il n'est pas rare que les finalités de protection de l'économie interne se mêlent aux objectifs de développement durable. Dans certains cas, l'achat public local

¹⁰²⁴ Voy. par exemple la réservation des marchés publics en faveur des entreprises détenues par des indigènes selon la réglementation canadienne, en particulier Treasury Board of Canada Secretariat, *Procurement Strategy for Aboriginal Business: Guidelines for Buyers/Government Officials*, Contracting Policy Notice 1997-6. La réservation des marchés publics (*set-aside*) est utilisée aussi dans d'autres États, comme les États-Unis et l'Afrique du Sud. À cet égard, voy. Andrew G. Sakallaris, « Questioning the sacred cow: reexamining the justification for small business set asides », in *Public Contract Law Journal*, vol. 36, no. 4, 2007, pp. 685-699 ; Yuhua Qiao, Khi V. Thai and Glenn Cummings, « State and local procurement preferences: a survey », in *Journal of Public Procurement*, vol. 9, 2009, pp. 371-410 ; William Kirkwood, « The evolution of small business preferences in the United States and selected lessons learned for the European Union », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 4, 2016, p. 312 ; Hersh Friedman, « Why small business self-certification should be abolished and replaced: a case against fraud », in *Journal of Contract Management*, vol. 12, 2014, p. 50 ; John Mark Clapp, *Are Small Business Set-Asides Successful?*, disponible en ligne : http://www.academia.edu/7353444/Are_Small_Business_Set-Asides_Successful, p. 1. Voy. aussi Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250. « The Targeted Procurement system is no different to conventional procurement in this respect. It, however, results in addition in specific social benefits. The targeting of 'who ought to benefit' is brought into the procurement process in a regulated manner. [...] Small and medium enterprises can be targeted in a generic or area bound (localised) basis. Generic targeting, in turn, can target either all small scale enterprises within a country, or small scale enterprises within demarcated political boundaries or with specific ownership and control by disadvantaged persons e.g. women. Individuals can be targeted for employment on works and services contracts on the basis of gender, race, ethnicity, locality, age, disability, period of unemployment, etc. ». Pour ce qui concerne l'Afrique du Sud : Tjiamogale Eric Manchidi, Ian Harmond, *Targeted procurement in the Republic of South Africa. An independent assessment*, Organisation Internationale du Travail, 2002, disponible en ligne : https://www.ilo.org/emppolicy/pubs/WCMS_ASIST_8369/lang--en/index.htm ; Sandra Liebenberg (dir.) et Geo Quinot (dir.), *Law and Poverty: Perspectives from South Africa and Beyond*, Cape Town, Juta & Company, 2012 ; Phoebe Bolton et Geo Quinot, « Social Policies in Procurement and the Government Procurement Agreement: a Perspective from South Africa », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011 ; Carol Cravero, *Op. cit.*, vol. 8, 2017. Voy. aussi les ateliers protégés, conformément à l'article 20 de la directive 2014/24/UE. Les autorités contractantes peuvent réserver les marchés en faveur des ateliers protégés et des autres « entreprises sociales ayant pour objectif principal de soutenir l'intégration ou la réintégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées telles que les chômeurs, les membres de minorités défavorisées ou de groupes socialement marginalisés pour d'autres raisons », « à condition qu'au moins 30 % du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés ». Cette approche de *set-aside* se justifie par le fait que « de tels ateliers ou entreprises pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales ».

¹⁰²⁵ Agence Française de Développement (AFD), *Directives pour la Passation des Marchés financés par l'AFD dans les États étrangers*, février 2017, paragraphe 2.1.4, p. 17. Voy. aussi David Stiedl, *Contract documents for small contract in the road sector*, Technical Brief no. 5, Organisation Internationale du Travail, 2000, p. 6. Un contrat peut avoir « 145 clauses and over 200 sub-clauses. This is not a problem for an experienced contracts department, but in less experienced hands such a document can be misunderstood, wrongly applied, or often simply ignored. Newer forms of contract, particularly the shorter forms, are being written in simpler language using shorter sentences in a style more accessible to the non-legal reader ».

peut avoir une vertu durable voire sociale, comme dans l'exemple des marchés publics HIMO (voy. *infra*¹⁰²⁶) ; dans d'autres cas, il peut représenter une affirmation territoriale se focalisant principalement sur l'environnement économique interne, comme dans l'exemple de la promotion des entreprises nationales non explicitement liée à la poursuite d'un volet social précis (tel que l'inclusion des chômeurs de longue durée, des personnes vulnérables, des personnes en situation d'handicap, *etc.*). Il est cependant opportun de remarquer que cette dernière hypothèse rencontre de nombreuses limites dans plusieurs contextes, comme celui de l'Union européenne.

Section 2 : Le local et le durable à la lumière de l'efficacité économique et de l'ouverture à la concurrence

Lorsqu'on s'interroge sur la question de savoir si et jusqu'à quel point il est possible de favoriser l'achat local dans les marchés publics, il apparaît nécessaire de sonder les principales contraintes qui semblent y faire obstacle. Commun dénominateur avec l'achat public durable, l'achat local semble susceptible de mettre en cause les objectifs de l'ouverture à la concurrence et de l'efficacité économique¹⁰²⁷. Il existe, en fait une tendance assez répandue à considérer le local et le durable comme porteurs de risques intrinsèques¹⁰²⁸, car perçus comme économiquement inefficients et allant au détriment de la concurrence (paragraphe 2). Une telle approche repose principalement sur une conception hiérarchique des objectifs des achats publics, en vertu de laquelle le développement durable est considéré comme étant subordonné¹⁰²⁹ voire alternatif¹⁰³⁰ par rapport aux objectifs dits primaires ou traditionnels des marchés publics (paragraphe 1).

¹⁰²⁶ Voy. chapitre 2 du titre 1 de la deuxième partie.

¹⁰²⁷ Surtout pour ce qui concerne la réservation des marchés publics, la doctrine observe que ceux-ci sont « against the basic principles of government contracting which focuses on the best value to the taxpayer ». Voy. John Mark Clapp, *Are Small Business Set-Asides Successful?*, disponible en ligne : http://www.academia.edu/7353444/Are_Small_Business_Set-Asides_Successful.

¹⁰²⁸ Entre autres, voy. Banque Mondiale, *Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le financement de projet d'investissement (FPI)*, Section 3.1, Annexe 2, 2018, disponible en ligne : <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-new-framework#framework>.

¹⁰²⁹ Steven L. Schooner, « Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law », in *Public Procurement Law Review*, vol. 11, 2002, p. 103. « The author does not believe that wealth distribution is one of the procurement system's primary goals ». Voy. aussi Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 187, lequel souligne que « pursuing other objectives through procurement regulation » est possible et que ces objectifs « have been referred to as secondary objectives since they go beyond a purely economic analysis and introduce broader value judgements of a political and ethical nature ». En outre, la manière dont ce type d'objectifs sont poursuivis « differs greatly between the systems ».

¹⁰³⁰ Sur la dualité entre « objectifs traditionnels » et « objectifs alternatifs », voy. Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, pp. 169 et s.

Paragraphe 1 : L'efficacité économique et l'ouverture à la concurrence : objectifs primaires des marchés publics ?

Dans la multitude d'objectifs qui peuvent concerner les marchés publics, il y en a certains qui sont établis pour inspirer les règles et les actions des acheteurs publics de manière prioritaire par rapport à d'autres considérations. Une telle structure fondamentalement hiérarchique ne constitue cependant pas la seule approche existante et, en outre, il n'est pas possible d'arrêter une liste d'objectifs complète valable pour tous les cadres juridiques portant sur les marchés publics. En fait, les différents systèmes des marchés publics sont construits sur la base d'un « number of objectives in mind » (certain nombre d'objectifs à l'esprit)¹⁰³¹ découlant de « both international commitments and national priorities » (à la fois les engagements pris au niveau international et les priorités nationales)¹⁰³² (A), avec des divergences et des évolutions qui se sont produites dans l'espace et au fil du temps¹⁰³³. Malgré les différences et sans vouloir banaliser ni généraliser, on peut cependant considérer que les deux objectifs principaux des marchés publics sont l'efficacité économique et l'ouverture à la concurrence, dont les liens hiérarchiques font encore aujourd'hui l'objet de débats doctrinaux (B).

A : Les trois principales classifications des objectifs des marchés publics

Comme souligné par une partie de la littérature doctrinale, formuler les objectifs d'un système de passation et d'exécution des marchés publics est une tâche assez « difficile » voire « daunting » (titanesque)¹⁰³⁴, une question à la fois « simple » et « the most vexing » (la plus épineuse)¹⁰³⁵, un véritable « ever-evolving challenge » (défi en

¹⁰³¹ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 188. Dans l'Union Européenne, par exemple, « the adoption of the procurement directives had as much to do with the need to secure the completion of the internal Community market as with economic objectives. Their provisions, whilst they closely mirror those of systems based entirely on an economic objective, concentrate on access conditions and on the prevention of discrimination which are reflected in the drafting of those provisions ».

¹⁰³² Olga Martin-Ortega (dir.) et Claire Methven O'Brien (dir.), *Op. cit.*, 2019 (forward).

¹⁰³³ Pour les États-Unis, voy. Steven L. Schooner, *Op. cit.*, vol. 11, 2002, pp. 103 et s.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, pp. 103 et s.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, pp. 103 et s. La question peut se formuler sous les termes suivants : « what does your government hope to achieve through its government procurement law? ». En ce sens, s'interroger sur ce qu'on souhaite obtenir par le biais du droit des marchés publics (objectif), amène à une réponse qui n'est pas standard ou unique. Même s'il est possible de « draft and enact a new law without answering the question », la formulation et l'identification des objectifs restent des questions d'intérêt pour les juristes et sont susceptibles de « générer un débat important au sein de la doctrine, des *policy makers*, des législateurs, et, bien évidemment, des acheteurs et vendeurs » (traduit). Voy. également Guy I. Seidman et Eran Ifargan, « Public and international procurement: a comparative approach », in Mathias Audit (dir.) et

constante évolution)¹⁰³⁶. Les diverses options sont susceptibles de changer dans le temps, et la plupart de celles-ci présente des contradictions les unes avec les autres¹⁰³⁷. Sans oublier que, lorsque les droits des marchés publics « do exhibit multiple objectives » (présentent des objectifs multiples)¹⁰³⁸ ou « too many objectives » (trop d'objectifs)¹⁰³⁹, le risque est celui d'un « objective overload » (surabondance d'objectifs)¹⁰⁴⁰ avec une certaine difficulté de les poursuivre tous en même temps¹⁰⁴¹.

Sans vouloir être exhaustif et parcourir toutes les conceptions doctrinales portant sur les différents objectifs des marchés publics qui ont été identifiés au fil du temps¹⁰⁴², il

Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 73, qui précise que « none of the EC/EU treaties expressly refer to government procurement. This was not by omission, but the result of 'a failure to reach an agreement on a set of principles, because of the complexity of the subject matter and the highly sensitive nature of preference policies ». Voy. aussi Luca Mastromatteo, « Internationalizing public contracts through model laws: the case of the UNCITRAL model law on public procurement », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 411, qui précise que « it is necessary to distinguish between purposes, objectives and principles ».

¹⁰³⁶ « Unfortunately, it is difficult to articulate objectives for a procurement system ». Voy. Steven L. Schooner, *Op. cit.*, vol. 11, 2002, pp. 103 et s.

¹⁰³⁷ *Ibid.*, p. 103. « There are many options, and most are contradictory ».

¹⁰³⁸ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, pp. 132 s. ; Helen Walker et Wendy Philips, « Sustainable procurement : emerging issues », in *International Journal of Procurement Management*, vol. 2, no. 1, janvier 2009, p. 51, « [p]ractitioners are being asked to pursue a variety of objectives through the purchasing process, such as value for money, ensuring competition is not diminished in the market and supporting corporate performance. Sustainable procurement is yet another objective ».

¹⁰³⁹ Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement: Progress since 2008*, Public Governance Reviews, OECD Publishing, 2013, p. 4.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, p. 4.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, p. 4.

¹⁰⁴² Par exemple, certains auteurs reconnaissent la coexistence de trois objectifs principaux des marchés publics, tels que l'efficacité économique (*value for money*), l'égalité, et l'intégrité, bien que ces deux derniers puissent être considérés comme des principes. Voy. Steven Kelman, *Procurement and Public Management : The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, Washington DC, AEI Press, 1990. Selon d'autres auteurs, les objectifs des marchés publics seraient bien plus nombreux et incluraient le *value for money*, l'intégrité, la redevabilité, l'égalité de traitement, l'ouverture du marché à la concurrence, et la promotion d'objectifs environnementaux et sociaux, avec la même problématique, qu'on vient de mentionner *supra*, de distinction entre les concepts d'objectif et de principe. Voy. Sue Arrowsmith (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 4, disponible en ligne: <https://www.nottingham.ac.uk/>. Mais encore, pour d'autres auteurs, on devrait ajouter aux objectifs plutôt classiques de concurrence-intégrité-transparence-efficacité, les objectifs de la satisfaction du client, la répartition des richesses, la prévention des risques, et l'uniformité. Voy. Steven L. Schooner, *Op. cit.*, vol. 11, 2002, p. 103. « Also, in the 1990's, the U.S. procurement system increased its emphasis on obtaining customer satisfaction for end users. It makes sense for buyers to try to please those for whom they serve. Unfortunately, pleasing end users, especially if the end user favours specific suppliers or demands that goods be provided quickly, frequently results in less competition and higher prices, or simply embarrassing policy decisions. [...] It is difficult to describe a procurement regime without acknowledging the role of risk avoidance. Avoiding undue risk is a fundamental responsibility of any governing body. Conversely, improper obsession with risk avoidance can suffocate creativity, stifle innovation and render and institution ineffective. Further, there are infinite mechanisms available to control different types of risk. For example, in the United States, the concept of responsibility is used to filter out undesirable or incompetent contractors ». En outre, « the importance of uniformity, particularly in maximizing transparency, competition, and efficiency, among others, cannot be overstated. A uniform procurement system suggests that all government instrumentalities buy the same way, following the same laws, rules, and practices. Such a system is efficient because sellers do not need to learn new rules in order to do business with different agencies or departments. Further, it is much easier to train all of the government's buyers, and it permits buyers greater flexibility to work for various agencies or departments during their careers ». Voy. aussi Caroline Nicholas, « Work of UNCITRAL on Government Procurement: purpose, objectives and complementarity with the work of the WTO », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (eds.), *Op. cit.*, 2011, pp. 753 et s. « Other commonly cited procurement objectives are accountability and uniformity: accountability meaning that compliance with the rules and regulations of the system are seen to be achieved (which can be considered, consequently, to be an aspect of transparency and integrity), and uniformity meaning the standardization of procedures and processes, and ultimately, of outcome ». On peut encore mentionner l'exemple proposé par : Peter Baily, David Farmer, David Jessop, David Jones, *Purchasing*

importe de présenter les trois approches principales, qui opposent respectivement (i) les objectifs « traditionnels » – *versus* les objectifs « alternatifs »¹⁰⁴³, (ii) les objectifs « primaires » – *versus* les objectifs « secondaires »¹⁰⁴⁴, (iii) les objectifs « internationaux » – *versus* les objectifs « nationaux »¹⁰⁴⁵.

Conformément à cette troisième conception, on distingue entre l'objectif international de l'ouverture à la concurrence (*trade objective*)¹⁰⁴⁶ et les objectifs nationaux qui sont « domestic in nature » (intrinsèquement domestiques)¹⁰⁴⁷. Si les marchés publics représentent une « part trop importante de l'économie internationale pour être négligés lors des efforts visant à la libéralisation du commerce »¹⁰⁴⁸, il convient de souligner que ceux-ci constituent, en même temps, un outil stratégique de politique nationale permettant d'atteindre des finalités plutôt internes¹⁰⁴⁹. Les marchés publics peuvent être, en fait, utilisés pour le développement¹⁰⁵⁰ et la « 'protection' de l'économie nationale »¹⁰⁵¹, la stimulation de l'activité économique nationale ou régionale¹⁰⁵², « le

principles and management, Londres, Prentice Hall, 2005, p. 3. « A well-known statement of the objectives of purchasing is : to acquire the right quality of material, at the right time, in the right quantity, from the right source, at the right price ».

¹⁰⁴³ Sur la dualité entre « objectifs traditionnels » et « objectifs alternatifs », voy. Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, pp. 169 et s. « To the extent, therefore, that governments are in a position to pursue alternative policy goals through the use of procurement, they are merely exercising their right to buy what they choose. The choice of whether their purchases will be made according to what is economically efficient or socially desirable is theirs alone ».

¹⁰⁴⁴ Steven L. Schooner, *Op. cit.*, vol. 11, 2002, p. 103 ; Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 187.

¹⁰⁴⁵ Omer Dekel, *Op. cit.*, vol. 37, no. 2, 2008, pp. 237-254 ; Guy I. Seidman et Eran Ifargan, « Public and international procurement: a comparative approach », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, pp. 54-55 ; Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250.

¹⁰⁴⁶ Sur la distinction entre les politiques de libre-échange et l'objectif de l'ouverture à la concurrence, voy. Luca Mastromatteo, « Internationalizing public contracts through model laws: the case of the UNCITRAL model law on public procurement », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 412 ; Joshua I. Schwartz, « International protection of foreign bidders under GATT/WTO Law: plurilateral liberalization of trade in the public procurement sector and global propagation of best procurement practices », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 82. Voy. aussi Federico Trionfetti, « Discriminatory Public Procurement and International Trade », in *The World Economy*, vol. 23, no. 1, 2000, pp. 57-76.

¹⁰⁴⁷ Omer Dekel, *Op. cit.*, vol. 37, no. 2, 2008, pp. 237-254 ; Guy I. Seidman et Eran Ifargan, « Public and international procurement: a comparative approach », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, pp. 54-55. « The formulation of these objectives of public procurement regimes reveals one of the prime difficulties for international trade : all of these goals are domestic in nature ». Voy. aussi Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250 ; Sue Arrowsmith, « National and international perspectives on the regulation of public procurement : harmony or conflict ? », in Sue Arrowsmith (dir.) et Andy Davies (dir.), *Public Procurement Global Revolution*, Londres, Kluwer Law International, 1998.

¹⁰⁴⁸ Les marchés publics sont un « too large [...] component of the international economy to be ignored by efforts at trade liberalization ». Voy. Joshua I. Schwartz, « International protection of foreign bidders under GATT/WTO Law: plurilateral liberalization of trade in the public procurement sector and global propagation of best procurement practices », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 83.

¹⁰⁴⁹ Paul A. Geroski, « Government procurement as a tool of industry policy », in *International Review of Applied Economics*, vol. 4, 1990, pp. 182-198.

¹⁰⁵⁰ La commande publique peut se considérer au service des « grandes initiatives industrielles de l'Etat ». Sur ce point, voy. entre autres, Guillaume Thibault, *Quelle stratégie industrielle pour la France face à la mondialisation?*, Paris, Editions Technip, 2008, p. 19. « Colbert a ainsi stimulé l'activité des manufactures royales. C'est ainsi que les grands projets gaullo-pompidoliens (Concorde, aérospatiale, nucléaires) ont été financés. Aujourd'hui, il faut constater que ce levier est, en pratique, très largement abandonné ».

¹⁰⁵¹ Traduit de: « the line between the promotion of general economic progress and the 'protection' of the national economy is a fine one, all too often overstepped ». Voy. Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, pp. 140-152.

¹⁰⁵² Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 142.

développement [et la protection] des industries nationales »¹⁰⁵³, l'amélioration de la compétitivité de celles-ci au regard des entreprises étrangères, ainsi que la réduction des disparités internes/régionales, la création d'emploi pour les citoyens qui en sont éloignés, etc.¹⁰⁵⁴

D'un point de vue international, l'accès aux marchés publics nationaux (lancés dans/par d'autres États) est défini comme étant un « trade topic » (sujet relevant du champ des échanges commerciaux)¹⁰⁵⁵, alors que d'un point de vue interne les marchés publics peuvent constituer « a major means of investment and catalyst of governmental policies » (le moyen principal d'investissement et le catalyseur des politiques gouvernementales)¹⁰⁵⁶. Il y a donc une tension entre l'objectif international de l'ouverture à la concurrence et les objectifs nationaux. Les politiques globales de libre-échange se trouvent confrontées, en ce sens, à de nombreuses résistances politiques nationales – surtout en période de récession économique et d'instabilité financière¹⁰⁵⁷ –, et à des impulsions protectionnistes¹⁰⁵⁸ ayant un « strong populist appeal » (grand attrait populiste)¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵³ Banque Interaméricaine de développement (BID), *Policies for the Procurement of Goods and Works financed by the Inter-American Development Bank*, (Draft), 2019, article 1.2 ; Banque Interaméricaine de développement (BID), *Policies for the Selection and Contracting of Consultants financed by the Inter-American Development Bank*, 2019. Voy. ainsi Laurence Folliot-Lalliot, « From the internationalization of rules to the internationalization of public contracts : how international instruments are reshaping domestic procurement systems? », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.), *Op. cit.*, pp. 27-34. La tendance des États est plutôt de limiter l'accès à leurs propres marchés pour privilégier le développement de l'économie interne avec des « heavy preferences » pour les industries nationales.

¹⁰⁵⁴ Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250. Voy. aussi Omer Dekel, *Op. cit.*, vol. 37, no. 2, 2008, pp. 237-254, selon lequel les objectifs nationaux comprennent : i) assurer un gouvernement « propre » et l'intégrité tout au long du processus des marchés publics, ii) augmenter l'efficacité économique des marchés publics, iii) assurer une gouvernance équitable dans la sélection des « business partners » en évitant tout type de discrimination.

¹⁰⁵⁵ Laurence Folliot-Lalliot, « From the internationalization of rules to the internationalization of public contracts : how international instruments are reshaping domestic procurement systems? », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 34 ; voy. aussi R. Preston McAfee et John McMillan, « Government Procurement and International Trade », in *Journal of International Economics*, no. 26, 1989, pp. 291-308.

¹⁰⁵⁷ Anne Kruege, « Protectionism and the crisis », in Richard Baldwin (dir.) et Simon Evenett (dir.), *Op. cit.*, 2009.

¹⁰⁵⁸ « [G]lobal financial crisis [...] has demonstrated vividly both the importance and the difficulty of the internationalization of public procurement and the liberalization of trade in this sector. Indeed protectionist impulses come to the fore in national politics when confronted with an economic recession ». Sur cela voy. Joshua I. Schwartz, « International protection of foreign bidders under GATT/WTO Law: plurilateral liberalization of trade in the public procurement sector and global propagation of best procurement practices », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 103 ; Joshua I. Schwartz, « Procurement rules in times of crisis: lessons from US government procurement in three episodes of 'crisis' in the 21st century », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2001, p. 803 ; John Linarelli, « Global procurement law in times of crisis : new buy American policies and options in the WTO legal system », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2001, pp. 773-802.

¹⁰⁵⁹ Peter Treppe, *Op. cit.*, 2004, p. 155. L'auteur met en exergue que « [b]uy national policies have strong populist appeal, particularly in times of economic recession, and are used both as economic and political tools ». Par le biais des marchés publics, les formes de promotion économique régionale/nationale – avec des possibles dérives protectionnistes – peuvent inclure « formal buy national legislation ; informal buy national practices which include contract conditions requiring the use of national goods and services ; local content or origin rules ; eligibility of bidders based on nationality and price preferences ».

Revenant aux deux autres classifications, on observe que l'une se base sur des liens de subordination¹⁰⁶⁰ et l'autre sur un système d'objectifs alternatifs¹⁰⁶¹. Dans tous les deux cas, les objectifs dits *secondaires* ou *alternatifs* s'opposent aux objectifs dits primaires ou traditionnels des marchés publics. Dans ce cadre, le développement durable a été pour longtemps classé comme étant un objectif secondaire ou alternatif, pour ne pas dire exceptionnel¹⁰⁶². Il s'agit d'une structure fondamentalement hiérarchique qui vise à donner la priorité aux questions économiques et d'ouverture à la concurrence plutôt qu'aux considérations de développement durable ou du local – que ce soit, ce dernier, durable ou non. Au sommet de la hiérarchie on retrouve donc les objectifs de l'efficacité économique (« value for money » ou, parfois, « best value »¹⁰⁶³) et de l'ouverture à la concurrence (« trade objective »¹⁰⁶⁴), ces deux ayant une valeur différente en raison du contexte juridique spécifiquement pris en compte. Sans pouvoir énoncer une règle générale, on observe que le deuxième relève souvent du plan international, alors que les systèmes nationaux semblent davantage orientés vers l'atteinte de l'efficacité économique (voy. *infra*¹⁰⁶⁵).

Par ailleurs, il convient de mettre en exergue que la poursuite de ces objectifs est, en partie, assurée par l'application de certains principes des marchés publics. Identifier ces derniers n'est pas toujours une tâche évidente puisque, comme déjà souligné, ceux qui sont classés comme principes ne semblent cependant pas l'être toujours¹⁰⁶⁶, la

¹⁰⁶⁰ Steven L. Schooner, *Op. cit.*, vol. 11, 2002, p. 103 ; Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 187.

¹⁰⁶¹ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, pp. 169 et s.

¹⁰⁶² Voy. entre autres Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, 2012, p. 7, selon lequel les politiques socioéconomiques doivent être conçues à l'instar d'« une mesure exceptionnelle », appropriée jusqu'à ce qu'on se limite à l'utiliser comme une mesure transitoire.

¹⁰⁶³ En interprétant l'efficacité sous des termes économiques, « we aspire to focus upon getting the best deal – or the best bargain – for the public's money ». Mais, en allant au-delà de la signification d'efficacité économique, une partie de la doctrine argue que « [w]hen we talk about efficiency in this context, we focus primarily upon administrative or transactional efficiency (although the concept could be applied in a far broader context) ».

¹⁰⁶⁴ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 169 et s.

¹⁰⁶⁵ Voy. lettre B du paragraphe présent.

¹⁰⁶⁶ Marie-Charlotte Bontron, *Op. cit.*, p. 28. « [L]a détermination des principes du droit de l'Union diffère quelque peu de celle du droit interne ». À l'échelle « du droit de l'Union européenne, il existe un risque d'insécurité juridique lié aux divergences d'interprétation des principes du traité par les législateurs nationaux, et de fortes disparités entre les législations des différents États membres ». En outre, selon l'auteur, « il est possible de trouver dans le discours doctrinal des classifications différentes de celle retenue par le droit positif ». Voy. aussi Pierre Bourdon, *Le contrat administratif illégal*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 182, qui remarque que « chacun des auteurs y est allé de sa propre analyse qui l'a amené à élaborer sa propre classification ». Sur la difficulté de distinguer les principes et les objectifs, voy. par exemple la liste des objectifs tels que mentionnée par Sue Arrowsmith (dir.), *Op. cit.*, 2011. Voy. encore Justin B. Kaufman, « Cooperative Purchasing: A US Perspective », in Gabriella M. Racca (dir.), Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 65-91. Concernant « [t]he requirements to ensure fair and open competition, transparency, and accountability, [...] while these principles or requirements are nearly universal in public procurement, their meanings change depending upon the applicable legal requirements and policies. As well, what may seem fair and open to one entity at the city level may not look fair and open to a counterpart at the State level, and vice versa ».

doctrine ne partageant pas une seule catégorisation¹⁰⁶⁷, et il y a une certaine difficulté à tracer « les contours » des principes et de les distinguer des « concepts voisins »¹⁰⁶⁸. Malgré l'extrême variété de formulations en doctrine et dans les textes juridiques nationaux et internationaux, on peut mentionner au moins quatre principes des marchés publics que la plupart des espaces juridiques reconnaît¹⁰⁶⁹. Comme une partie de la doctrine aussi l'admet, il s'agit « nécessairement »¹⁰⁷⁰ de la transparence des

¹⁰⁶⁷ La doctrine aussi classe différemment les objectifs. Pour certains auteurs, il y a trois objectifs principaux des achats publics. Il s'agit, entre autres, du triptyque efficacité économique / égalité / intégrité, ou de celui « economic efficiency / socio-political objectives / trade objectives ». D'autres auteurs en identifient beaucoup plus, tels que : *value for money*, intégrité, redevabilité, égalité de traitement, ouverture du marché à la concurrence, et la promotion d'objectifs environnementaux et sociaux. Voy. respectivement Steven Kelman, *Procurement and Public Management : The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, Washington DC, AEI Press, 1990 ; Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004 ; Sue Arrowsmith (dir.), *Op. cit.*, 2011, disponible en ligne : <https://www.nottingham.ac.uk/>. Voy. encore Omer Dekel, *Op. cit.*, vol. 37, no. 2, 2008. Pour ce qui concerne les interactions entre concurrence et transparence, voy. Roberto Caranta, « Transparence et concurrence », in Rozen Noguellou (dir.) et Ulrich Stelkens (dir.), *Op. cit.*, 2010, pp. 153 et s. Voy. aussi Jean-François Sestier, « Les principes de la commande publique », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008, p. 194. Les principes de la commande publique « ne font pas toujours l'objet d'interprétations voire de fondements exactement identiques. De ce point de vue, on peut constater certaines fluctuations peu propices à une application sécurisée de la règle de droit ».

¹⁰⁶⁸ Entre autre, voy. Sylvie Caudal « Rapport introductif », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008, p. 4.

¹⁰⁶⁹ Mais cela ne constitue évidemment pas une liste exhaustive des principes des marchés publics. En outre, comme mis en exergue *supra*, les frontières entre principes et objectifs ne sont pas tracées de la même manière dans tous les espaces juridiques.

¹⁰⁷⁰ Jean-Marc Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit : continuité et modernité*, Thèse de doctorat, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, vol. 26, 2003, p. 8.

procédures¹⁰⁷¹, de la liberté d'accès à la commande publique, de l'égalité de traitement des candidats¹⁰⁷² et de la non-discrimination¹⁰⁷³.

Parmi d'autres fonctions, lesdits principes sont ainsi en mesure de faciliter la poursuite et l'atteinte des objectifs primaires/traditionnels de l'ouverture à la concurrence

¹⁰⁷¹ Voy. par exemple Conseil d'État français, 23 décembre 2009, décision no. 328827, *Établissement Public du Musée et du Domaine National de Versailles*. Le Conseil d'État français a, lui-même, reconnu que les « principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures [...] sont des principes généraux du droit de la commande publique ». Voy. aussi Conseil d'État français, Avis du 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, pour ce qui concerne la liberté d'accès aux marchés publics. Dans ce cadre, le Conseil d'État précise qu'« [a]ucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public. Aussi la personne qui envisage de conclure un contrat dont la passation est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, ne peut elle refuser par principe d'admettre à concourir une personne publique ». La même UE identifie la non-discrimination, l'égalité de traitement et la transparence comme étant des principes des marchés publics qui découlent des plus généraux principes (i) de non-discrimination sur la base de la nationalité prévu par le Traité instituant l'Union européenne, et (ii) de libre circulation des marchandises. Voy. Stéphane de la Rosa, *Op. cit.*, 2017, p. 56. À partir de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), *Telaustria*, « la jurisprudence va progressivement construire un système de formules, d'expressions, utilisés de manière récurrente dans les contentieux de la commande publique ». Comme l'auteur le remarque, « les formules mobilisés par la Cour s'appuient, de manière presque systématique, sur l'existence d'un lien entre le principe de non-discrimination et celui de transparence ». Voy. Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), arrêt du 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, aff. C- 324/98, Rec., p. 1-10770. Voy. également Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), arrêt du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia A/S, 3-S. Danske Svineproducenters Serviceselskab*, aff. C-275/98, Rec., p. I-8305, point 31. La Cour reconnaît une obligation de transparence en lien avec le principe de non-discrimination. Voy. aussi Jean-François Sestier, « Les principes de la commande publique », in Sylvie Caudal (dir.), *Op. cit.*, 2008, pp. 189-190, qui se réfère à la « sacralisation par les législateurs et les juges communautaires comme nationaux de règles anciennes. [...] La démarche consistant à transformer une règle écrite et confinée, en principe à vocation plus générale, est à la fois le fait du juge communautaire et du juge constitutionnel ». La directive 24/2014/UE, dans le considérant 90, prévoit que « [l]e marché devrait être attribué selon des critères objectifs qui assurent le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement, dans le but de garantir une comparaison objective de la valeur relative des offres afin de déterminer, dans des conditions de concurrence effective, quelle est l'offre économiquement la plus avantageuse ». Voy. l'article 18 du Traité sur le Fonctionnement de l'UE (ex-article 12 TCE). La même classification est retenue par Marie-Charlotte Bontron, *Op. cit.*, p. 38. « La typologie retenue des principes est donc celle de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, dans la mesure où elle prévaut dans le droit positif interne et qu'elle recoupe la typologie admise en droit de l'Union européenne ». Sur ce point, voy. entre autres Stéphane de la Rosa, *Op. cit.*, 2017, p. 40. « Inscrite dès le traité instituant la CEE en 1957 (art. 7 TCEE) et figurant désormais à l'article 18 TFUE, l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité fait figure de principe central en droit de l'Union ».

¹⁰⁷² Par ailleurs, il semble opportun de rappeler que, pour une partie de la doctrine, « la liberté d'accès à la commande publique se distingue difficilement de l'égalité de traitement », puisque les deux relèvent de l'égalité, « en étant seulement situées respectivement avant et après le lancement de la consultation ». Pour d'autres, la liberté d'accès à la commande se rattache plutôt à la liberté du commerce et de l'industrie et, donc, à la liberté d'entreprendre. Voy. Xavier Pinaud, *Op. cit.*, pp. 65-67. Pour ce qui concerne le principe d'égalité, l'auteur souligne que « c'est un principe qui irrigue encore aujourd'hui notre état de droit ». Voy. aussi Florian Linditch, *Droit administratif, l'éternel retour. L'illustration des marchés publics*, in *La Revue administrative*, no. 328, juillet-août 2002, pp. 358-372. L'auteur considère qu'il s'agit d'« un effort de pédagogie » à l'attention des acheteurs publics. Voy. aussi Pierre Devolve, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, pp. 86-107.

¹⁰⁷³ C'est à noter que, selon une partie de la doctrine, la non-discrimination et l'égalité de traitement seraient difficiles à « dissocier » l'un de l'autre. Stéphane de la Rosa, *Op. cit.*, 2017, p. 56. « À l'instar de nombreuses branches du droit de l'Union, le domaine de la commande publique est illustratif de la difficulté de dissocier le principe d'égalité et celui de non-discrimination. [...] L'articulation entre ces deux principes est également délicate lorsqu'il s'agit des principes fondamentaux de la commande publique ; l'égalité et la non-discrimination sont envisagées comme allant de pair, la seconde étant conçue comme une implication de la première ». Voy. aussi Caroline Nicholas, « Work of UNCITRAL on Government Procurement: purpose, objectives and complementarity with the work of the WTO », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 755. « The Model Law does not include 'non-discrimination' in its objectives stated in the preamble. Rather, it talks of 'fair and equitable treatment' ». Voy. également Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 68. Selon l'auteur, il s'agirait de principes à « forte coloration économique », surtout pour ce qui concerne l'égalité de traitement dans l'UE, qui est « de surcroît une valeur fondamentale en droit communautaire, [...] notamment dans les traités fondateurs ».

et de l'efficacité économique, ces deux considérés comme étant interconnectés selon des liens de subordination réciproque.

B : Les interconnexions entre l'efficacité économique et l'ouverture à la concurrence

Au sommet de la hiérarchie des objectifs des marchés publics, peuvent figurer donc l'ouverture à la concurrence (*trade objective*), comme c'est le cas par exemple au sein de l'Union européenne, et l'efficacité économique (*value for money*) qui caractérise la plupart des cadres juridiques nationaux. Si, pour une partie de la doctrine, c'est l'efficacité économique qui doit se voir accorder la priorité, pour une autre littérature juridique c'est plutôt l'ouverture à la concurrence qui devrait être considérée au premier rang.

En particulier, conformément à cette deuxième littérature juridique, l'efficacité économique doit être subordonnée au *trade objective*, en vertu du « power of the marketplace » (pouvoir du marché)¹⁰⁷⁴. Dans ce cadre, les « tenants du libéralisme »¹⁰⁷⁵ visent premièrement à éviter de « créer des obstacles inutiles pour le commerce international »¹⁰⁷⁶, de « restreindre la concurrence »¹⁰⁷⁷, de créer ou maintenir des

¹⁰⁷⁴ « We promote competition because we believe in the power of the marketplace. [...] We believe the marketplace thrives because of human self-interest, which proves far more effective than legislated or regulated mandates or policies ». Voy. Steven L. Schooner, *Op. cit.*, vol. 11, 2002, p. 103 ; Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, no. 3/4, 2013, mettant en exergue « the dominant pro-competitive approach of the emerging global procurement sphere ». Voy. encore Hilde Caroli Casavola, « Internationalizing Public Procurement Law: Conflicting Global Standards for Public Procurement », in *Global Administrative Law and Global Governance*, vol. 6, no. 3, 2006 ; Hilde Caroli Casavola, « Global Rules on Public Procurement », in *Global Administrative Law: An Italian Perspective*, EUI RSCAS PP, 2012/04, Global Governance Programme, European, Transnational and Global Governance, 2012, pp. 51 et s.

¹⁰⁷⁵ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 83. Pour ce qui concerne l'OMC, voy. https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact2_f.htm. « On dit parfois que l'OMC est l'institution du 'libre-échange', mais cela n'est pas tout à fait exact. Le système autorise bien l'application de droits de douane et, dans des circonstances limitées, d'autres formes de protection. Il serait plus juste de dire qu'il s'agit d'un système de règles visant à garantir une concurrence ouverte, loyale et exempte de distorsions ». Voy. aussi Thato Toeba, « Corruption in public procurement in Lesotho », in *Law and Development Review*, vol. 11, no. 2, 2018, pp. 397-431. « Competition extends a neoliberal focus on free market solutions and a development mindset ».

¹⁰⁷⁶ Traduit de : Conseil de l'Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Recommandation du Conseil sur l'amélioration des performances environnementales des marchés publics*, 2002, disponible en ligne : <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0311>, p. 4. Il est prévu que « measures to improve the environmental performance of public procurement should not constitute unnecessary obstacles to international trade »

¹⁰⁷⁷ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, 2012, p. 6. Les politiques socio-économiques « peuvent avoir une incidence sur le fonctionnement même du système de passation des marchés, puisqu'il s'agit essentiellement de restreindre la concurrence pour une passation de marché donnée ».

« obstacles au commerce, au libre-échange¹⁰⁷⁸, ou à l'échelon de l'UE de « fausser le marché unique et d'amoindrir la concurrence »¹⁰⁷⁹.

Mais la « competition is paramount » (concurrence est fondamentale)¹⁰⁸⁰ aussi au niveau national, puisque « le résultat » des marchés publics « dépend fortement du niveau de concurrence dans les marchés publics »¹⁰⁸¹. Selon cette conception, l'ouverture à la concurrence serait donc au sommet de la hiérarchie des objectifs des marchés publics tant sur le plan national qu'international, et formulée « dans l'intérêt de tous »¹⁰⁸². En particulier, le « pouvoir adjudicateur 'consommateur' »¹⁰⁸³ serait en mesure d'obtenir les biens/services/travaux « from better-value foreign suppliers » (provenant des soumissionnaires étrangers offrant la meilleure relation qualité/prix)¹⁰⁸⁴ ; alors que les entreprises au niveau domestique seraient elles-mêmes stimulées à améliorer leurs propres performances¹⁰⁸⁵ tout en étant plus compétitives¹⁰⁸⁶ ; de même, la création d'un

¹⁰⁷⁸ Voy. le document GPA/113, Annexe E de l'Appendice 2, page 444 pour ce qui concerne le Programme de Travail sur les marchés publics durables. Il est prévu que « la libéralisation des échanges commerciaux vise, en général, à supprimer tous les obstacles au commerce ». Ces obstacles ne peuvent être maintenus que dans des cas exceptionnels, par exemple « pour protéger les consommateurs, empêcher la propagation des maladies ou protéger l'environnement ». En ce sens, l'annexe E de l'AMP prévoit que les politiques d'achats publics durables ne doivent pas contredire les principes de non-discrimination et de transparence.

¹⁰⁷⁹ Commission européenne Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM (2008) 400, *Communication relative à des marchés publics pour un environnement meilleur*, p. 3, disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52008DC0400>.

¹⁰⁸⁰ Voy. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), *Competition policy and public procurement* (TD/B/C.I/CLP/14), 2012, pp. 1 et s.

¹⁰⁸¹ Traduit de : *Ibid.*

¹⁰⁸² https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/whatis_f.htm. Voy. aussi Hilde Caroli Casavola, « Global Rules for Public Procurement », in Ulrich Stelkens (dir.), Rozen Noguellou (dir.), *Op. cit.*, 2010, pp. 27-61 ; Robert D. Anderson et Anna Caroline Müller, « The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): key design features and significance for global trade and development », in *Georgetown Journal of International Law*, vol. 48, 2017, pp. 949-1008 ; Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011.

¹⁰⁸³ Diane Deom et Pierre Nihoul, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », in *Revue générale de droit*, vol. 36, no. 4, 2006, pp. 801-829 ; Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, disponible en ligne : [ffhshs-00673124](https://www.fhshs-00673124.fr), p. 18. L'UE « impose aux marchés publics de respecter les règles de concurrence et exige des acheteurs publics qu'ils se comportent en consommateurs avertis – i.e. qu'ils sélectionnent l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix ».

¹⁰⁸⁴ Sue Arrowsmith (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 16-18, disponible en ligne : <https://www.nottingham.ac.uk/> ; Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, no. 3/4, 2013. « Administrations and public authorities find increasingly convenient to negotiate contracts with foreign competitors that may offer goods and services at lower price than national ones. Technological developments (in transport systems, information and communications) and enlargement of free movement areas have significantly improved the opportunities for economic operators (including administrations) to avoid extra-costs and save consistent amounts of money even in traditional home-biased sectors, like public procurement ».

¹⁰⁸⁵ Sue Arrowsmith (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 16-18, disponible en ligne : <https://www.nottingham.ac.uk/>.

¹⁰⁸⁶ Robert D. Anderson et Anna Caroline Müller, « The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): key design features and significance for global trade and development », in *Georgetown Journal of International Law*, vol. 48, 2017, pp. 949-1008. Mais cette opinion n'est pas partagée par tout le monde. Voy. John Linarelli, « The limited case for permitting SME procurement preferences in the Agreement on Government Procurement », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 444 et s., qui cherche à « demonstrate that contrary to the standard argument that SME procurement policies are trade protectionist, there are cases in which they enhance competition and reduce procurement costs, though the condition for these benefits are narrow and depend on proper institutional design. [...] World Bank economists [...] cast doubt on a causal link between SMEs, economic development and poverty alleviation ».

« level playing field » (ensemble de règles du jeu équitables)¹⁰⁸⁷ permettrait de ne pas exclure les « would-be suppliers » (soumissionnaires potentiels) étrangers¹⁰⁸⁸, tout en s'appuyant sur les principes de la non-discrimination et de l'égalité de traitement¹⁰⁸⁹. Dans ce cadre, « [l]a mise en compétition des acteurs économiques » apparaît comme un « moyen privilégié pour atteindre une situation d'optimum dans la mise en œuvre des ressources rares [voire, limitées] et la satisfaction des besoins des individus »¹⁰⁹⁰, ce qui renvoie à l'idée – à caractère international – de « profitabilité [...de l'ouverture à la concurrence] à toutes les populations quelle que soit la situation économique de leurs pays »¹⁰⁹¹.

En revanche, une autre partie de la doctrine reconnaît à l'efficacité économique le statut d'objectif primaire d'un marché public donné¹⁰⁹², en soulignant que « tous les

¹⁰⁸⁷ Viko Lember (dir.), Rainer Kattel (dir.), Tarmo Kalvet (dir.), *Public Procurement, Innovation and Policy. International Perspectives*, Springer, 2014, pp. 16-17. « The dominant conceptual wisdom, stemming from neoclassical economic theory and also characterizing the existing World Trade Organization's (WTO) Government Procurement Agreement (GPA) framework, underlines a 'level playing field' as the main principle which public procurement and its institutions should stem from. In other words, public procurement should foremost be organized so that it would not prevent in any way open competition and access to government contracting opportunities. It is held that transparency, non-discrimination and maximum competition are the main, if not the only key principles to follow. Moreover, it is often maintained that even if one can make a theoretical case for using public procurement for some sort of side-policies, public authorities are still better-off without designing these policies, as governments are inherently prone to failing in implementing these policies ».

¹⁰⁸⁸ Voy. entre autres Joshua I. Schwartz, « International protection of foreign bidders under GATT/WTO Law: plurilateral liberalization of trade in the public procurement sector and global propagation of best procurement practices », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 99. « [T]he fundamental mandate is to prohibit discrimination against would-be suppliers from foreign GPA member nations – with respect to the GPA-covered procurement ». Voy. également le site web suivant : https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact2_f.htm.

¹⁰⁸⁹ C'est à noter que, selon une partie de la doctrine, la non-discrimination et l'égalité de traitement seraient difficiles à « dissocier » l'un de l'autre. Voy. Stéphane de la Rosa, *Op. cit.*, 2017, p. 56 ; Caroline Nicholas, « Work of UNCITRAL on Government Procurement: purpose, objectives and complementarity with the work of the WTO », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 755 ; Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 68.

¹⁰⁹⁰ Grand Lyon, *Compétition économique & solidarité : Quelles tensions ? Quelles articulations ?*, Cahier n. 6, août 2014, p. 12, disponible en ligne : <https://www.millenaire3.com/publications/competition-economique-solidarite-queelles-tensions-queelles-articulations>.

¹⁰⁹¹ Saïd Hamdouni, « Le système commercial multilatéral et la solidarité internationale », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 207 et s.

¹⁰⁹² À noter que « achieving value for money, a primary objective of the Model Law, is not generally considered to be an objective of the GPA, which is a trade liberalization instrument. However, governments will always be motivated by economic objectives, of which maximizing value for money in purchasing is one of the most important, and by other considerations, and there is no one-size-fits-all categorization of their motives ». Voy. Caroline Nicholas, « Work of UNCITRAL on Government Procurement: purpose, objectives and complementarity with the work of the WTO », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, note en bas de page n. 16, et p. 750. « Trepte considers three 'abstracted' models of procurement. The first is an 'economic' model, based on maximising value for money for the purchaser. The second is a 'social' model, based on the economic model, but allowing for social or other economic or political objectives to be accommodated in the system. The third is an 'international' model, in which national governments are required to follow internationally agreed principles and procedures, which generally restrict them from national policies that would conflict with the international trade objectives of the international agreement concerned. Trepte concludes that not all objectives under each model are mutually exclusive, and that each procurement system includes some features of each model. Thus the Model Law is an example of a mainly economic system that allows limited social or political objectives (and is intended to promote international trade), whereas the GPA is an example of an international system that also allows limited national policies to be followed for essentially developmental reasons ». Voy. aussi Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 5. « Procurement (purchasing) is primarily an economic activity. It concerns the economic relationship between vendor and purchaser and, to the extent that transactions occur in the context of a market order, that relationship will be determined by the laws of the market ».

systèmes de marchés publics connus »¹⁰⁹³, et surtout au niveau national¹⁰⁹⁴, sont exprimés – au moins en partie – sous des termes « qui révèlent principalement une motivation économique »¹⁰⁹⁵. En conformité avec l'intérêt général selon lequel l'argent public doit être utilisé au mieux, sans gaspillage économique¹⁰⁹⁶, les marchés publics visent prioritairement à minimiser la dépense qu'ils engagent¹⁰⁹⁷.

Il en résulte que, « pour permettre aux États d'obtenir le *value for money* et de faire un bon usage des ressources publiques [par nature] limitées, la concurrence est essentielle », car « l'*outcome* [résultat] du processus des marchés publics dépend fortement du niveau de concurrence établi »¹⁰⁹⁸. Cela s'explique en vertu du postulat « plus de concurrence, plus d'innovation, et des produits plus nombreux et moins

Voy. aussi United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 7. « The overriding objective of procurement is to obtain the best available value for money, considered in terms of the quality of the item procured and the effective cost to the purchasing agency, but not considering the effect of procurement decisions on social or economic policy objectives ». Voy. également Christine Leon de Mariz, Claude Menard, and Bernard Abeillé, *Public Procurement Reforms in Africa. Challenges in Institutions and Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 5. « Developing countries, especially those in Africa, are characterized by a scarcity of public resources and private investment, which makes the efficient use of those resources crucial ».

¹⁰⁹³ Traduit de : Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 187- 188 ; Caroline Nicholas, « Work of UNCITRAL on Government Procurement: purpose, objectives and complementarity with the work of the WTO », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 750 et s.

¹⁰⁹⁴ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 48, qui précise que « domestic systems [...] seek only economic efficiency », alors que l'AMP et l'UE sont plutôt basés sur « the principles of non-discrimination and free trade ». Même s'ils restent « undoubtedly inspired by the principles of economic efficiency », ils « do not offer regulations which will achieve such objectives since they are largely silent on those issues ; their aim is to superimpose specific objectives on to the existing procurement systems of their member countries ».

¹⁰⁹⁵ Traduit de : *Ibid.*, pp. 187-188 ; Caroline Nicholas, « Work of UNCITRAL on Government Procurement: purpose, objectives and complementarity with the work of the WTO », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 750 et s., qui souligne que « the Guide to Enactment comments that the objectives of the Model Law 'are considered essential for fostering economy and efficiency in procurement and for curbing abuses', indicating that the latter two objectives are the ultimate ends, and the remainder in the Preamble can be considered as means to those ends ».

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, p. 47. « The government represents the public interest and is entrusted with a responsibility to achieve and promote certain policies which are assumed to be in the public good and which seek to reflect that the public interest. To do so, it will adopt certain policy choices inspired by its political ideology ».

¹⁰⁹⁷ Steven L. Schooner, *Op. cit.*, vol. 11, 2002, p. 103, selon lequel « a procurement system is efficient when it spends the least amount of resources in the process of purchasing what is needed ».

¹⁰⁹⁸ « For States to get good value for money and hence make good use of scarce public resources, competition is paramount », puisque « the outcome of public procurement procedures strongly depends on the level of competition for public contracts ». Voy. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), *Competition policy and public procurement* (TD/B/C.I/CLP/14), 2012, pp. 1 et s. En particulier, il est précisé que « public procurement procedures shall promote competition for public contracts to ensure best value for money. [...] Considering the economic importance of public procurement, competition for public contracts does not only protect the financial interests of the procuring state, but also economic opportunities for bidders ». En ce sens, « le point de départ pour pouvoir obtenir le *value for money* dans les achats publics est un cadre normatif et réglementaire [...] qui soumet les dépenses publiques au respect des méthodes de passation de marché avec mise en concurrence ». « The starting point for achieving best value for money in government procurement is a regulatory framework that is based on the principle of competition and that submits public spending to the adherence to competitive procurement methods ».

chers »¹⁰⁹⁹, qui décrit le lien de complémentarité¹¹⁰⁰ ainsi que d'*instrumentalité* entre l'ouverture à la concurrence et l'efficacité économique¹¹⁰¹.

La question de l'existence d'un lien d'*instrumentalité* entre l'ouverture à la concurrence et l'efficacité économique dans les marchés publics est une question encore ouverte en doctrine¹¹⁰². Toutefois, il semble que la poursuite de l'ouverture à la concurrence ne puisse pas être considérée comme une fin en soi, n'étant pas un simple

¹⁰⁹⁹ <https://www.touteurope.eu/actualite/le-marche-unique.html> ; voy. aussi Steven L. Schooner, *Op. cit.*, vol. 11, 2002, p. 103. « By maximizing the effective use of competition, the government receives its best value in terms of price, quality, and contract terms and conditions. [...] Contractor motivation to excel is greatest when private companies, driven by a profit motive, compete head-to-head in seeking to obtain work ».

¹¹⁰⁰ « To a very large extent the objectives of opening up procurement to trade and value for money in acquiring goods, works and services are complementary ». Voy. Sue Arrowsmith (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 16-18, disponible en ligne: <https://www.nottingham.ac.uk/>.

¹¹⁰¹ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 132, 187-188. Selon l'auteur, « all known systems of procurement regulation are expressed, at least partially, in terms which reveal a primary economic motivation ». En outre, « the examination of economic efficiency [...] shows that it is possible to explain and account for the emergence of procurement regulation purely in economic terms. It is argued that this is also the primary motivation for procurement regulation and that, whilst many systems of procurement do exhibit multiple objectives, they will all be based on provisions which [...] are intended to tackle the issues [of efficiency...] ». En particulier, selon l'auteur il s'agit de prendre compte des notions d'« allocative efficiency » et de « market and institutional failures », car ce sont ces « failures » qui expliquent « many of the provisions which are common to most procurement systems ». L'auteur distingue aussi entre « laissez-faire governments » et « interventionist governments » : les premiers « tend to intervene in the market only to correct (perceived) market failures », alors que les deuxièmes « tend to see procurement regulation as a further means of implementing or supporting additional (or secondary) economic and social policies which are not necessarily encompassed by a purely economic approach ». Voy. United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 7. Voy. également Christopher L. Atkinson, « Full and open competition in public procurement: Values and ethics in contracting opportunity », in *International Journal of Public Administration*, 2019 ; « Best value for money is assumed to be achieved through open competition ». La concurrence « is believed to lead to impartial outcomes – 'without it there is no assurance that the price of the lowest bidder will be fair and reasonable. [...] Competition is thought to lead to financial savings ». Voy. encore Ruben Berrios, « Government contracts and contractor behavior », in *Journal of Business Ethics*, vol. 63, 2006, pp. 119-130 ; Giancarlo Spagnolo, « Reputation, competition, and entry in procurement », in *International Journal of Industrial Organization*, 2012, vol. 30, p. 292. « Open competition is not only seen as an instrument to achieve efficiency and value for tax payer money, but also to keep public buyers accountable by limiting their discretion in the allocation of public funds ».

¹¹⁰² Albert Sanchez-Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing, 2015. Cela est confirmé par le Rapport Cecchini (SEC (88)524 final), 1988, p. 2, qui précise que « the failure to achieve a single market has been costing European Industry dearly In unnecessary costs and lost opportunities; that the completion of the Internal market will provide the economic context for the regeneration of European Industry In both goods and services; and that it will give a permanent boost to the prosperity of the people of Europe ». *Contrairement* Sue Arrowsmith, « The Purpose of the EU Procurement Directives : Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies », in *Cambridge Yearbook of European legal studies*, vol. 14, 2012, pp. 1-47. La concurrence signifie « removing discrimination and barriers to entry into the competitive market, and implementation of the competitive procedures for transparency reasons ». Pour Arrowsmith, « competition might be developed as a general principle with the same status as transparency and equal treatment », voy. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2e édition, Londres, Sweet and Maxwell, 2005. Voy. aussi Peter Kunzlik, « Neoliberalism and the European Public Procurement Regime », in *Cambridge yearbook of European legal studies*, vol. 15, 2013, pp. 327, 335 et 340. Différemment de la conception proposée par Sanchez-Graells, l'auteur remarque que « the concept of 'competition' to which the public procurement directives relate is not the 'efficiency' concept suggested by Graells, but rather a 'structure of competition' concept that is concerned to protect the structure of the market and equality of competitive opportunity of traders in the interests of customers, competitors and ultimate consumers. It is a concept that in the public procurement context simply requires that the law must ensure equality of opportunity for potential tenderers and a structure of competition for public contracts that allows sufficient opportunities for EU-wide competition, thereby ensuring the integrity of the internal market-the very same objectives that are asserted by Arrowsmith ». Ensuite, il met encore en exergue que « the public procurement directives do have a competition objective. However, [...] the objective in question is not to achieve 'efficiency' in the sense contended by [Sanchez] Graells, but to ensure a structure of competition for public contracts to be opened up to EU-wide competition on the basis of equality of competitive opportunity. Tertium non datur ». Voy. aussi Christopher L. Atkinson, *Op. cit.*, 2019, qui souligne que « [c]ompetition is believed to lead to impartial, optimal outcomes, but attention paid to competition in the literature suggests that the benefits are not universally clear ».

« economic altruism » (altruisme de nature économique)¹¹⁰³ mais plutôt la base pour favoriser l'atteinte de l'efficacité économique de l'achat¹¹⁰⁴.

Paragraphe 2 : L'efficacité économique et l'ouverture à la concurrence comme limites à la prise en compte du durable et du local au sein des marchés publics

L'efficacité économique et l'ouverture à la concurrence ne constituent pas seulement deux objectifs primaires/traditionnels des marchés publics, mais ils apparaissent aussi comme les limites majeures à l'achat durable et à l'achat local.

Objectif prétendument non essentiel, accessoire ou résiduel, le développement durable semblerait pouvoir s'appliquer uniquement quand il reste de la marge ou s'il est économiquement viable et non-discriminatoire¹¹⁰⁵. Pareillement, afin d'en limiter les

¹¹⁰³ « We promote competition because we believe in the power of the marketplace. [...] We believe the marketplace thrives because of human self-interest, which proves far more effective than legislated or regulated mandates or policies ». Voy. Steven L. Schooner, *Op. cit.*, vol. 11, 2002, p. 103.

¹¹⁰⁴ Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Recommandation du conseil de l'OCDE sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, 2012, p. 1. L'OCDE reconnaît que « les marchés publics sont une activité économique essentielle des États qui a un impact général sur la concurrence du marché » et, en même temps, que « dans les marchés publics, la concurrence favorise l'efficacité, ce qui contribue à assurer que les biens et services proposés aux entités publiques correspondent mieux à leurs préférences et, s'accompagne d'avantages pour les consommateurs finaux, les usagers des services publics et les contribuables comme la minoration des prix, l'amélioration de la qualité, le renforcement de l'innovation, les gains de productivité et, plus généralement, un meilleur rapport qualité/prix ». Voy. également Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 210. L'auteur souligne que « it may be naïve to suggest that procurement systems based on free trade principles are motivated purely by economic altruism. Governments are content to subscribe to such systems not only because they seek to develop their own domestic markets through competitive forces but because they see advantages for their own suppliers in having access to the markets of third countries. They see access as a means of maximizing their comparative or competitive advantage. That membership of such a system implies reciprocal access merely indicates the belief that their own domestic markets are sufficiently strong enough to withstand such competition ». Voy. Aussi Lili Jiang, *Op. cit.*, 2009, p. 2 ; Sue Arrowsmith (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 16-18, disponible en ligne: <https://www.nottingham.ac.uk/>. Voy. aussi Federico Trionfetti, « Home biased government and international trade », in Sue Arrowsmith (dir.) et Martin Trybus (dir.), *Op. cit.*, 2002. Sur l'importance du libre-échange au niveau européen, voy. Paolo Cecchini, Michel Catinat, Alexis Jacquemin, *The European Challenge, 1992: The Benefits of a Single Market*, 1988, (summary of the Cecchini report), SEC (88) 524 final, Commission européenne.

¹¹⁰⁵ Voy. entre autres Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, 2012, p. 7, selon lequel les politiques socioéconomiques doivent être conçues à l'instar d'« une mesure exceptionnelle », appropriée jusqu'à ce qu'on se limite à l'utiliser comme une mesure transitoire. Voy. aussi Catherine Prebissy-Schnall, « Marchés publics : l'existence d'une règle de publicité des sous-critères et de leur pondération : CE, 18 juin 2010, Cne de Saint-Pal-de-Mons, req. No. 337377 », in *Contrats Concurrence et Consommation*, août-septembre 2010, comm. no. 215. « Le pouvoir adjudicateur méconnaît les règles de publicité et de mise en concurrence en ne portant pas à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères qui, eu égard à leur nature et à leur importance, doivent être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. [...] En pratique, il est en effet fréquent que les pouvoirs adjudicateurs utilisent des critères de choix des offres assez imprécis comme la 'valeur technique de l'offre' ou encore la 'valeur esthétique de l'offre'. Le choix est alors concrètement opéré à l'aide de sous-critères qui viennent expliciter les critères de sélection. Cette méthode consistant à utiliser des sous-éléments inconnus des candidats laisse donc place à toutes les stratégies. Si l'analyse des offres sur une base multicritères permet aux commissions d'appel d'offres de motiver objectivement des choix différents, elle peut aussi permettre à la collectivité, en conservant l'apparence de la légalité, d'adapter les critères au candidat à qui elle veut attribuer le marché ».

« dérivées »¹¹⁰⁶ et les effets potentiellement restrictifs de la concurrence et de prétendue inefficience économique, le local reste sujet lui-aussi « à caution »¹¹⁰⁷.

Entre le durable/le local et l'efficacité économique/l'ouverture à la concurrence, il y a donc des confrontations et des oppositions (A), qui révèlent la nécessité de procéder à une pondération cas par cas (B).

A : Les tensions traditionnelles

Les tensions qui découlent de l'intégration des approches durables et/ou locales dans les marchés publics sont généralement exprimées en termes d'une inefficience économique (a) et d'une restriction de la concurrence (b).

a : Les tensions de nature économique

Selon une large partie de la doctrine, les tensions de nature économique découlant de la prise en compte du développement durable et des aspects locaux dans les marchés publics seraient inévitables¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁶ Pascale Idoux, *Op. cit.*, 2016, p. 260.

¹¹⁰⁷ Hélène Hoepffner, *Op. cit.*, 2019, p. 236.

¹¹⁰⁸ « [T]he social and environmental policies pursued by governments will necessarily deviate from the economic definition of either technical or allocative efficiency. The result may be more 'equitable' but it is unlikely to be efficient in economic terms ». Il en résulte que, quand les choix d'achats ne sont plus inspirés du seul facteur économique, mais plutôt « coloured » d'autres considérations liées à la durabilité, les tensions seraient inévitables. Traduit et/ou tiré de: Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 60-62, 134, 188. « If the primary purpose of the procurement regulation in question is to secure economic efficiency and none other, secondary policies have no place or, rather, only have a place where they may be pursued without offending the existing provisions designed to achieve efficiency ». En outre, « [if] the primary and apparent objective of procurement regulation is economic, it will be difficult, if not impossible, to pursue secondary policies without affecting efficiency in procurement ». Mais l'auteur définit aussi l'adjectif « secondaire » dans les termes suivants : « Secondary only in the sense that they are in addition to the economic approach. They may indeed be one of the primary objectives, though rarely the sole objective, of regulation ». Il distingue aussi entre « supplementary objectives » et « additional policy objectives » : les premiers sont « those which are employed in furtherance of existing policies and used to support and complement those policies by way of the procurement process. Examples might be compliance with certain health and safety standards which are often imposed throughout the country as a statutory obligation » En revanche, « additional policy objectives are those which are not already contained in existing national or applicable international legislation but which are sought to be imposed only through the procurement process. An example might be a requirement to meet certain non-mandatory environmental standards which are prevalent in a particularly environmentally friendly country but absent elsewhere ». Voy. aussi Christopher McCrudden, « Corporate social responsibility and public procurement », in Doreen McBarnet (dir.), Aurora Voiculescu (dir.) et Tom Campbell (dir.), *Op. cit.*, pp. 93-117. Pour ce qui concerne l'intégration du développement dans les marchés publics, « [c]ommon general objections are: that such linkage increases the costs of procurement; that linkage leads to a reduction in the transparency of the procurement process; that linkage leads to greater bureaucratization of procurement; or that it increases the opportunity for corruption. In the European Community context, a particular concern, given that one of the primary functions of the organization is to reduce barriers to the creation of a vibrant internal market, is that such linkages increase the opportunity for, or have the effect of, reducing competition ». Sur le

En particulier, la dialectique entre l'efficacité économique et le développement durable est souvent comprise dans les termes d'une incompatibilité, d'un « inherently conflict » (conflit intrinsèque)¹¹⁰⁹ qui nécessite un choix entre les deux¹¹¹⁰, l'un et l'autre n'étant pas conciliables mais plutôt « antagonistes »¹¹¹¹. Il y aurait, en fait, le risque que le « bilan économique net »¹¹¹² de l'achat public durable se traduise « par un surcoût pour l'autorité publique contractante »¹¹¹³. Le résultat du marché serait donc, peut-être, plus équitable mais économiquement inefficace¹¹¹⁴. Pour cette raison, « si l'objectif primaire

potential lien entre corruption et marchés publics durables, voy. Ama Eyo, « Corruption and the challenge to sustainable public procurement (SPP) : a perspective on Africa », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, pp. 253-265. Voy. aussi Ron Watermeyer, *Op. cit.*, 2014, pp. 1-50. « Concerns regarding the undermining of primary procurement (good governance) objectives are invariably expressed whenever procurement is used as an instrument of socio-economic policy ». Voy. également Andrea Appoloni, Alessio D'Amato et Cheng Wenjuan, *Op. cit.*, 2011, pp. 5 s., lesquels soulignent qu'« [a] general conclusion would suggest that GPP is more likely to be an efficient policy choice in sectors where standard environmental policy instruments are difficult to be implemented and/or are in their very early stages. Also, we can expect it to be fruitful when it is introduced in sectors characterized by relatively new technologies (recycling, renewable energy), where the exploitation of economies of scale and scope is necessary to make firms operating in such sectors able to be competitive. On the other hand, we deem as very unlikely the chance for GPP to be an effective policy tool in sectors where public intervention is already well established ». Voy. également Gustavo Piga et Tunde Tatrai, « Supporting social considerations through public procurement: economic considerations », in Gustavo Piga (dir.) et Tunde Tatrai (dir.), *Op. cit.*, 2016 ; Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, disponible en ligne : ffhalshs-00673124 ; Stéphane Saussier, Jean Tirole, *Op. cit.*, no. 22, 2015, 1e Recommandation, selon lequel « l'objectif de la commande publique, quel qu'en soit le montant, est avant tout de satisfaire un besoin identifié en parvenant à la meilleure performance en termes de coûts et de services ou fonctionnalités attendus, [alors] charger la commande publique d'atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation est [en ce sens] inefficace ». Voy. encore Jonathon Porritt, « Last Gasp », in *The Guardian*, 17 juillet 2002, cité par James Tunney, « The WTO and sustainability after Doha. A time for re-assessment of the relationship between political science and law? », in John Barry (dir.), Brian Baxter (dir.) et Richard Dunphy (dir.), *Op. cit.*, 2004, p. 189. Certaines institutions, tant au niveau national que global, semblent être « genetically predisposed » à donner la priorité à l'économie plutôt qu'aux aspects écologiques et sociaux. Voy. ainsi Susan Hanson et Robert Lake, *Op. cit.*, p. 1. Voy. encore Jean Tirole, Stéphane Saussier, *Op. cit.*, no. 22, 2015, pp. 1-12. « Passer par la commande publique pour atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation est inefficace pour plusieurs raisons. Charger la commande publique d'atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d'innovation est inefficace ». Voy. ainsi Suzanne Kingston, « The uneasy relationship between EU environmental and economic policies. The role of the Court of Justice », in Beate Sjøfjell (dir.) et Anja Wiesbrock (dir.), *Sustainable Public Procurement Under EU Law - New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge University Press, 2016, pp. 23-49.

¹¹⁰⁹ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 134.

¹¹¹⁰ Beate Sjøfjell et Anja Wiesbrock, « Why should public procurement be about sustainability ? », in Beate Sjøfjell (dir.) et Anja Wiesbrock (dir.), *Op. cit.*, 2015.

¹¹¹¹ Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, disponible en ligne : ffhalshs-00673124, p. 10.

¹¹¹² *Ibid.*, pp. 7, 18, disponible en ligne : ffhalshs-00673124, selon lequel « [l]a période actuelle, caractérisée par de fortes tensions budgétaires et par une hausse du coût de la dette publique – conséquence de la dégradation de la confiance des marchés en la qualité de la dette souveraine [...] –, ne se prête donc que difficilement à des politiques publiques conduisant à des surcoûts sur le court terme, gagés par des économies globales sur le moyen ou long terme ». Voy. également Commission européenne, « Strategic public procurement : facilitating green, inclusive and innovative growth », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 219. Au niveau national, les autorités publiques s'efforcent – surtout dans (et après) les périodes de crises économiques – de concilier i) l'exigence d'obtenir un *value for money* adéquat par rapport à des « constrained budgets », avec ii) des solutions socio-environnementales de plus en plus ambitieuses pour des « policy challenges » complexes. « In the period following the economic crisis, public authorities find themselves trying to reconcile the goal of obtaining adequate value out of their constrained budgets, with the goal to achieve ambitious solutions to ever more complex policy challenges ».

¹¹¹³ Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, p. 7, disponible en ligne : ffhalshs-00673124. Par rapport spécifiquement aux aspects écologiques, « [i]l s'agit [...] de s'attacher aux conditions d'efficacité même de ces politiques, de s'interroger sur leur efficacité relative par rapport à d'autres instruments de politique publique environnementale ». En outre, l'auteur précise que « [e]n information incomplète, une politique d'achat vert ne peut pas être la solution la plus efficace en termes de coûts pour porter des objectifs environnementaux ».

¹¹¹⁴ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 60 ; Gustavo Piga et Tunde Tatrai, « Supporting social considerations through public procurement: economic considerations », in Gustavo Piga (dir.) et Tunde Tatrai (dir.), *Op. cit.*, 2016 ; Stéphane

des marchés publics est celui d'assurer l'efficacité économique et rien d'autre, les objectifs secondaires n'ont pas de place ou, plutôt, ont seulement de la place lorsqu'ils sont poursuivis sans contrevenir aux provisions existantes en matière d'efficacité économique¹¹¹⁵. Toutefois, pour une autre doctrine, il s'agirait d'une dualité « artificielle » (artificielle)¹¹¹⁶, car sur le long terme l'efficacité économique et le développement durable pourraient se considérer comme « mutually beneficial » (mutuellement avantageux) surtout dans une perspective écologique¹¹¹⁷, même s'il est difficile de tirer des conclusions à ce propos qui soient générales et universelles¹¹¹⁸.

Pareillement, ces mêmes considérations s'appliquent à l'achat local, quel qu'en soit l'interprétation – notamment comme un « local development procurement » (achat public visant le développement local)¹¹¹⁹ ou comme moyen de « valorisation conjointe du local et du durable »¹¹²⁰. Malgré certaines résistances en doctrine, l'efficacité économique de ce type d'achats locaux ne semble pas toujours mise en danger, comme démontré par certains marchés publics HIMO (voy. *infra*)¹¹²¹.

Mais ce n'est pas tout. Une partie de la doctrine souligne ainsi que, avant de comprendre les tensions du durable et du local par rapport à l'efficacité économique, il

Saussier, Jean Tirole, *Op. cit.*, no. 22, 2015, 1^e Recommandation ; Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, disponible en ligne : fhalshs-00673124, qui souligne que, concernant les aspects écologiques, « [i]l s'agit donc de s'attacher aux conditions d'efficacité même de ces politiques, de s'interroger sur leur efficacité relative par rapport à d'autres instruments de politique publique environnementale ». En outre, il précise qu'« [e]n information incomplète, une politique d'achat vert ne peut pas être la solution la plus efficace en termes de coûts pour porter des objectifs environnementaux ». Voy. également Andrea Appoloni, Alessio D'Amato et Cheng Wenjuan, *Op. cit.*, 2011, pp. 5 s.

¹¹¹⁵ Traduit de: Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 188. « If the primary purpose of the procurement regulation in question is to secure economic efficiency and none other, secondary policies have no place or, rather, only have a place where they may be pursued without offending the existing provisions designed to achieve efficiency ».

¹¹¹⁶ Susan Hanson et Robert Lake, *Op. cit.*, p. 1.

¹¹¹⁷ En faisant spécifiquement référence à la protection environnementale, il a été observé que la prise en compte des considérations écologiques avec celles liées à la croissance économique amène à une situation « win-win-win » pour l'environnement, l'économie et le business. Sur ce point, voy. Debra Johnson, « Ecological modernization, globalization and Europeanization. A mutually reinforcing nexus ? », in John Barry (dir.), Brian Baxter (dir.) et Richard Dunphy (dir.), *Op. cit.*, 2004, p. 156 ; voy. aussi Andrea Appoloni, Alessio D'Amato et Cheng Wenjuan, *Op. cit.*, 2011, p. 25, soulignant qu'il y a des « win-win situations where the reduction in environmental impacts of public purchases is coupled with a reduction in the related costs ». Voy. encore Susan Hanson et Robert Lake, *Op. cit.*, p. 1. « Economy and environment are often posed as encompassing antagonistic or mutually exclusive values and objectives ». Toutefois, « [t]he duality between economic and ecological sustainability is artificial. A key issue in the relationship between economic and ecological sustainability is temporal scale. While objectives considered 'economic' may appear to conflict with 'ecological' goals in the short term, they are likely to be co-dependent when viewed over the long term ».

¹¹¹⁸ Pour ce qui concerne la prise en compte des aspects écologiques au sein des marchés publics, « the judgment of GPP as an effective and efficient policy tool [is] necessarily based on a case by case analysis ». Voy. Andrea Appoloni, Alessio D'Amato et Cheng Wenjuan, *Op. cit.*, 2011, p. 25 ; Susan Hanson et Robert Lake, *Op. cit.*, p. 1 ; Paul A. Geroski, « Government procurement as a tool of industry policy », in *International Review of Applied Economics*, vol. 4, 1990, pp. 182-198.

¹¹¹⁹ United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013.

¹¹²⁰ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, n. 1, avril 2020, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>. La « promotion conjointe, voire l'amalgame entre le local et le durable n'ont somme toute rien d'évident ».

¹¹²¹ Voy. chapitre qui suit.

faudrait repenser et revoir cette dernière notion. En fait, l'objectif de l'efficacité économique (*value for money*), qui n'a pas été interprété de la même manière dans tous les espaces juridiques ou par toute la doctrine, peut avoir différentes significations. On peut passer d'une définition étroite comme l'obtention d'un « commodity for the lowest available price » (produit au prix le plus bas possible)¹¹²², à une conception moins étroite prenant en compte le prix mais aussi la qualité, les services après-vente et d'autres conditions de vente¹¹²³, jusqu'à une vision bien plus large visant à ne pas oublier l'impact « sur les politiques sociales ou économiques »¹¹²⁴. En ce dernier sens, le *value for money* n'est pas représenté « du seul prix »¹¹²⁵, mais d'un ensemble de facteurs, y compris les « nonprice attributes » (considérations/critères non basés sur le prix)¹¹²⁶ et les coûts de cycle de vie, ainsi que « les objectifs de développement socioéconomique et environnemental »¹¹²⁷. Pour les marchés de fournitures, par exemple, il ne faudrait donc « plus considérer le seul prix d'acquisition [...] mais [...] coût global de possession sur l'ensemble de son cycle de vie »¹¹²⁸, ainsi que les effets « externes » au détriment de la collectivité et de l'environnement¹¹²⁹.

¹¹²² United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 6.

¹¹²³ *Ibid.*

¹¹²⁴ « For a public administration, 'value' may sometimes be defined even more broadly to include the impact of the buying decision on social or economic policies such as developing the local economy, stimulating employment, favoring women or disadvantaged groups, etc. (private buyers may do this as well : for example, some people may prefer to buy goods produced in their native country or under 'fair trade' or environmentally friendly conditions, even though they are more expensive ». Voy. entre autres United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 6.

¹¹²⁵ Traduit de : Banque asiatique de développement (ADB), *Procurement Regulations for ADB Borrowers. Goods, Works, Nonconsulting and Consulting Services*, 2017, p. 3, disponible en ligne : <https://www.adb.org/> ; BID, *Procurement Policies (Draft)* élaborés en février 2019 en ligne avec la deuxième mise à jour de la Stratégie Institutionnelle de la Banque de 2019.

¹¹²⁶ Cela est prévu par le *draft des Procurement Policies* élaborés en février 2019 en ligne avec la deuxième mise à jour de la Stratégie Institutionnelle de la Banque de 2019. Voy. ainsi Dacian C. Dragos et Bogdana Neamtu, « Life-cycle costing for sustainable public procurement in the European Union », in Beate Sjøfjell (dir.) et Anja Wiesbrock (dir.), *Op. cit.*, 2015, pp. 114-138.

¹¹²⁷ Traduit de : Banque asiatique de développement (ADB), *Procurement Regulations for ADB Borrowers. Goods, Works, Nonconsulting and Consulting Services*, 2017, p. 3, disponible en ligne : <https://www.adb.org/>. selon l'ADB, le développement durable constitue l'un des éléments à prendre en compte pour établir le *value for money* du marché. Il est, en fait, prévu que « price alone may not sufficiently represent value for money », car d'autres considérations doivent être prises en compte, « as appropriate ». Ces considérations peuvent inclure « life-cycle costs and socioeconomic and environmental development objectives ».

¹¹²⁸ Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, disponible en ligne : ffhals-00673124, p. 8. Par exemple, les biens écologiquement responsables seraient, par exemple, « certes plus onéreux à l'acquisition », mais leurs « coût sur l'ensemble du cycle de vie s'avèrera moindre par exemple du fait d'une meilleure performance énergétique ». L'auteur souligne aussi que « faut-il que le cadre comptable et budgétaire, dans lequel se déploie l'action publique, permette de rendre compte des gains réalisés sur une base pluriannuelle ». En particulier, il est nécessaire de ne pas considérer l'acquisition « sur une base strictement annuelle dans le cadre d'une comptabilité de flux », car « un cadre annuel fait reposer la décision sur la seule dimension du coût d'acquisition, [alors qu'] une base pluriannuelle permet de tenir compte du coût global de possession, dimension essentielle pour des acquisitions faisant une large part à des objectifs tels la performance énergétique ».

¹¹²⁹ *Ibid.*, p. 18. L'auteur remarque que, au sein de l'UE, des « effets 'externes' au profit de la collectivité dans son ensemble ne peuvent être tenus comme un critère de sélection ». Il mentionne l'arrêt de la Cour de Justice du 4 décembre 2003 dans l'affaire *Wienstrom*, qui « a admis l'intégration à hauteur de 45 % de pondération d'un critère tenant à une électricité issue à partir d'énergies renouvelables ».

C'est dans ce cadre qu'une partie de la doctrine argue que l'objectif de l'efficacité économique (*value for money*) aurait besoin d'une « reformulation voire d'un rajeunissement » afin d'intégrer aussi « les besoins sociaux à satisfaire et [les] nouveaux enjeux auxquels est confrontée la société », sans oublier la nécessité d'« une meilleure protection des grands équilibres écologiques pour notre génération et les générations à venir »¹¹³⁰.

Suivant une telle interprétation, il en résulte que les tensions de nature économique par rapport à l'intégration des approches durables et locales dans les marchés publics seraient inévitablement moins fortes.

b : Les tensions découlant de la restriction de la concurrence

Si accorder la priorité aux ressources humaines ou matérielles locales constitue une mesure contraire à l'objectif de l'ouverture à la concurrence et, de ce fait, elle est considérée interdite ou nécessairement exceptionnelle, le durable est souvent perçu lui-même comme susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence.

Limite à la prise en compte du durable et du local au sein des marchés publics, l'objectif de l'ouverture à la concurrence repose généralement sur le modèle international « standard »¹¹³¹ de libéralisation¹¹³² et suit une logique principalement d'opposition entre le global et le local, entre les politiques de libre-échange et les questions d'intérêt plutôt interne¹¹³³.

Découlant dudit objectif de l'ouverture à la concurrence, les principes de la non-discrimination et de l'égalité de traitement – qui sont considérés par certains difficiles à

¹¹³⁰ Conseil d'État français, *Rapport public 1999 : Réflexions sur l'intérêt général*, 30 novembre 1998, p. 355. Sur la possibilité de prendre en compte les « effets positifs [qui] peuvent être dégagés tant du point de vue environnemental [ou social] qu'en termes d'efficacité inter-temporelle de la dépense publique », voy. Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, p. 7, disponible en ligne : fihalshs-00673124.

¹¹³¹ Traduit de : United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 8.

¹¹³² Sur la « the tensions between free trade in procurement and national interest », voy. Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 210.

¹¹³³ Omer Dekel, *Op. cit.*, vol. 37, no. 2, 2008, pp. 237-254 ; Guy I. Seidman et Eran Ifargan, « Public and international procurement: a comparative approach », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, pp. 54-55. « The formulation of these objectives of public procurement regimes reveals one of the prime difficulties for international trade : all of these goals are domestic in nature ». Voy. aussi Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250. Voy. aussi Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, no. 3/4, 2013. « The opening of public contract sector to competition in the last three decades has been determined by several concurring factors ».

« dissocier » l'un de l'autre¹¹³⁴ – visent à ce que certains opérateurs économiques ne soient pas indûment favorisés au détriment d'autres¹¹³⁵. Sur cette base, conformément à certains cadres juridiques, la « préférence géographique, directe ou indirecte, constituerait un délit de favoritisme »¹¹³⁶, une pratique interdite dans les achats publics qui peut, toutefois, trouver pas mal d'exceptions sous certaines conditions.

En vertu de tout cela, on observe que la règle d'or des procédures de passation des marchés publics est donc la mise en concurrence, mais des dérogations existent tant dans les pays développés¹¹³⁷ que dans ceux moins développés. Il est, par exemple, assez courant de promouvoir « a small-scale contracting » (des marchés publics à petite échelle) au niveau local¹¹³⁸ afin de favoriser « une participation plus massive »¹¹³⁹ des PME et des

¹¹³⁴ Stéphane de la Rosa, *Op. cit.*, 2017, p. 56. « À l'instar de nombreuses branches du droit de l'Union, le domaine de la commande publique est illustratif de la difficulté de dissocier le principe d'égalité et celui de non-discrimination. [...] L'articulation entre ces deux principes est également délicate lorsqu'il s'agit des principes fondamentaux de la commande publique ; l'égalité et la non-discrimination sont envisagées comme allant de pair, la seconde étant conçue comme une implication de la première ». Voy. aussi Caroline Nicholas, « Work of UNCITRAL on Government Procurement: purpose, objectives and complementarity with the work of the WTO », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 755, « The Model Law does not include 'non-discrimination' in its objectives stated in the preamble. Rather, it talks of 'fair and equitable treatment' ».

¹¹³⁵ Voy. entre autres l'article 18 de la directive 2014/24/UE.

¹¹³⁶ Ministère français de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt, *Guide pratique. Favoriser l'approvisionnement local et de qualité en restauration collective*, 2014, disponible en ligne : https://agriculture.gouv.fr/sites/minagri/files/1506-al-gui-restaucoll-bd_0.pdf.

¹¹³⁷ En France, par exemple, on a estimé que « la part des PME titulaires est stable aux alentours de 30% du montant total des marchés, bien qu'elles représentent 60 % du nombre total des marchés passés », avec des divergences dans les chiffres relatifs à la place des PME « selon que les marchés publics concernent l'État ou les collectivités locales ». Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique*, 2019, p. 3, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/daj-publication-guide-pratique-faciliter-acces-des-tpe-pme-a-commande-publique>. Voy. aussi l'adresse : <https://www.economie.gouv.fr/daj/oeap-part-pme-dans-commande-publique>, pour ce qui concerne le chiffrage portant sur la commande publique, *Analyse économique - Part des PME dans la commande publique*. Voy. également Máté Péter Vincze, Juliette Mathis, Anca Dumitrescu, Ali Erbilgic, Eva Coscia, Maurizio Megliola, *Evaluation of SME access to public procurement markets in the EU. Final Report*, 2010, disponible en ligne : <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/14808/attachments/1/translations/en/renditions/pdf>. En moyenne, les moyennes et petites entreprises sont, au sein de l'Union européenne, sous-représentées dans les marchés publics d'un montant supérieur aux seuils fixés par les directives de l'UE. Voy. encore Stéphane Saussier, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.webssa.net/files/MARCHEPUB-VFINALE.pdf>. « Comme le montre les données européennes concernant la place des PME dans les marchés publics [...], les PME françaises représentent déjà environ, en valeur, 35% des marchés publics, la moyenne en Europe étant à 42% et ceci hors sous-traitance ». Il est difficile, en revanche, de procéder à une « comparaison directe avec les chiffres » relatifs aux PME aux États-Unis, en raison d'une diverse définition des PME. « En général, les PME de l'Union européenne ont une productivité plus faible et une croissance plus lente que celles affichées par les PME des États-Unis. Dans ce dernier pays, les entreprises survivantes accroissent en moyenne leurs effectifs de 60 % au cours de leurs sept premières années d'existence, alors qu'en Europe, la progression n'est que 10 à 20 % ».

¹¹³⁸ Organisation Internationale du Travail (OIT), *Local Economic Development and Employment Intensive Investments*, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/genericdocument/wcms_099642.pdf ; Commission européenne, *Étude sur les Méthodes à Haute Intensité de Main d'œuvre dans les Infrastructures et autres Programmes de Secteurs Non-Sociaux / Study on Employment-Intensive Methods in Infrastructure and other Non-Social Sector Programmes*, 2009/220452/1, Rapport Final, octobre 2010 – commanditée par l'AIDCO E3/ESIP, p. 41. « For instance, in the Solomon Islands road rehabilitation project in coordination with ADB [survey response], contracts are split to meet local capacities, as existing providers are very small scale. Similar practices are widely reported by other Delegations – Liberia, Cote d'Ivoire, Burkina Faso ».

¹¹³⁹ Stéphane Saussier, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.webssa.net/files/MARCHEPUB-VFINALE.pdf> ; voy. ainsi <http://www.marche-public.fr/contrats-publics/Acces-PME-UE-2010.htm>.

MPE locales¹¹⁴⁰ par le biais des marchés publics. On assiste, en fait, à une certaine difficulté de la part des MPE et PME à accéder aux marchés publics et « survivre dans un marché concurrentiel »¹¹⁴¹ pour une pluralité de raisons différentes, telles que le « manque d’attractivité du secteur public (perçu comme complexe) et par l’emploi de clauses contractuelles standards, parfois inadaptées à des petits opérateurs et donc dissuasives »¹¹⁴². L’arsenal juridique à la disposition des acheteurs publics¹¹⁴³ à ces fins

¹¹⁴⁰ Les « PME opèrent dans des environnements nationaux et locaux très différents et sont elles-mêmes de nature très variée (puisque l’on y trouve des entreprises artisanales, des microentreprises, des entreprises familiales et des entreprises d’économie sociale) ». Voy. Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2008) 394 final, «*Think Small First*»: *Priorité aux PME. Un «Small Business Act» pour l’Europe*, 2008.

¹¹⁴¹ Traduit de : Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, p. 24, disponible en ligne : https://www.ilo.org/global/topics/employment-intensive-investment/publications/WCMS_734235/lang--en/index.htm.

¹¹⁴² Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l’économie et des finances français, *Guide pratique pour faciliter l’accès des TPE/PME à la commande publique*, 2019, p. 3, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/daj-publication-guide-pratique-faciliter-acces-des-tpe-pme-a-commande-publique>.

¹¹⁴³ Au sein de l’UE, voy. entre autre, Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2011) 0078 final, *Réexamen du «Small Business Act» pour l’Europe*, 2011, disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011DC0078&from=EN> ; Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2008) 394 final, «*Think Small First*»: *Priorité aux PME. Un «Small Business Act» pour l’Europe*, 2008, disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:FR:PDF>, fixant dix principes généraux destinés à guider la conception et la mise en œuvre des politiques au niveau de l’UE comme à celui des États membres, à savoir « I Créer un environnement dans lequel les entrepreneurs et les entreprises familiales peuvent prospérer et où l’esprit d’entreprise est récompensé ; II Faire en sorte que les entrepreneurs honnêtes qui ont dû déposer leur bilan bénéficient rapidement d’une seconde chance ; III Définir les règles selon le principe «Think Small First» ; IV Assurer la réactivité des administrations aux besoins des PME ; V Adapter les outils des pouvoirs publics aux besoins des PME: faciliter la participation des PME aux marchés publics et mieux exploiter les possibilités qui sont offertes aux PME en matière d’aides d’État ; VI Faciliter l’accès des PME au financement et mettre en place un environnement juridique et commercial favorisant la ponctualité des paiements lors des transactions commerciales ; VII Aider les PME à profiter davantage des potentialités du marché unique ; VIII Promouvoir le renforcement des qualifications au sein des PME et l’innovation sous toutes ses formes ; IX Permettre aux PME de transformer les défis environnementaux en opportunités ; X Encourager et aider les PME à tirer parti de la croissance des marchés ».

est assez varié : procédures simplifiées, marchés publics réservés¹¹⁴⁴, allotissement¹¹⁴⁵, groupements¹¹⁴⁶, sous-traitance¹¹⁴⁷, etc.

¹¹⁴⁴ Andrew G. Sakallaris, « Questioning the sacred cow: reexamining the justification for small business set asides », in *Public Contract Law Journal*, vol. 36, no. 4, 2007, pp. 685-699 ; Yuhua Qiao, Khi V. Thai and Glenn Cummings, « State and local procurement preferences: a survey », in *Journal of Public Procurement*, vol. 9, 2009, pp. 371-410 ; William Kirkwood, « The evolution of small business preferences in the United States and selected lessons learned for the European Union », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 4, 2016, p. 312 ; Hersh Friedman, « Why small business self-certification should be abolished and replaced: a case against fraud », in *Journal of Contract Management*, vol. 12, 2014, p. 50 ; John Mark Clapp, *Are Small Business Set-Asides Successful?*, disponible en ligne : http://www.academia.edu/7353444/Are_Small_Business_Set-Asides_Successful, p. 1. Pour ce qui concerne le Canada, voy. entre autres Treasury Board of Canada Secretariat, *Procurement Strategy for Aboriginal Business: Guidelines for Buyers/Government Officials*, Contracting Policy Notice 1997-6. Voy. aussi Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250. Pour ce qui concerne l’Afrique du Sud : Tjiamogale Eric Manchidi, Ian Harmond, *Targeted procurement in the Republic of South Africa. An independent assessment*, Organisation Internationale du Travail, 2002, disponible en ligne : https://www.ilo.org/emppolicy/pubs/WCMS_ASIST_8369/lang--en/index.htm ; Sandra Liebenberg (dir.) et Geo Quinot (dir.), *Law and Poverty: Perspectives from South Africa and Beyond*, Cape Town, Juta & Company, 2012 ; Phoebe Bolton et Geo Quinot, « Social Policies in Procurement and the Government Procurement Agreement: a Perspective from South Africa », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011 ; Carol Cravero, *Op. cit.*, vol. 8, 2017. Voy. aussi les ateliers protégés, article 20 de la directive 2014/24/UE.

¹¹⁴⁵ Voy. Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l’économie et des finances français, *Guide pratique pour faciliter l’accès des TPE/PME à la commande publique*, 2019, p. 42, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/daj-publication-guide-pratique-faciliter-acces-des-tpe-pme-a-commande-publique>. Voy. Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l’économie et des finances français, *Fiche. Allotissement dans les marchés*, 2019, disponible en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/allotissement-dans-marches-2019.pdf.

¹¹⁴⁶ Pierre-Henri Morand, *Op. cit.*, no. 1, 2002, pp. 73-100, établissant « un cadre d’hypothèse assurant la supériorité de la procédure de recours au groupement d’entreprises » en relation avec l’allotissement », tout en démontrant que « l’alternative entre » les deux n’est n’est « pas équivalente ». Voy. Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l’économie et des finances français, *Guide pratique pour faciliter l’accès des TPE/PME à la commande publique*, 2019, p. 42, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/daj-publication-guide-pratique-faciliter-acces-des-tpe-pme-a-commande-publique>. Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l’économie et des finances français, *Fiche. Allotissement dans les marchés*, 2019, disponible en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/allotissement-dans-marches-2019.pdf.

¹¹⁴⁷ La sous-traitance « constitue un assouplissement au principe général de l’exécution personnelle des marchés publics » : il s’agit, en fait, d’un mécanisme par lequel « un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l’exécution d’une partie des prestations du marché conclu avec l’acheteur ». Cela contribue à l’accès des PME – MPE aux marchés publics, même si – selon certains auteurs – les PME pourraient préférer « le statut de titulaire ou de cotraitant à celui de sous-traitant, lié par un contrat de droit privé à une entreprise de plus grande envergure et ne bénéficiant pas des conditions particulières du marché public ».

¹¹⁴⁷ Pierre-Henri Morand, *Op. cit.*, no. 1, 2002, pp. 73-100, établissant « un cadre d’hypothèse assurant la supériorité de la procédure de recours au groupement d’entreprises » en relation avec l’allotissement », tout en démontrant que « l’alternative entre » les deux n’est « pas équivalente ». Voy. Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l’économie et des finances français, *Guide pratique pour faciliter l’accès des TPE/PME à la commande publique*, 2019, p. 42, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/daj-publication-guide-pratique-faciliter-acces-des-tpe-pme-a-commande-publique> ; Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l’économie et des finances français, *Fiche. La sous-traitance*, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/sous-traitance-2019>. Il s’agit du « sub-contracting model ». « The sub-contracting model whereby a large contractor or firm sub-contracts the portions of the projects that are labour-based to small contractors and assumes overall responsibility for the supervision, administration and management required to execute the works ». Sur ce point, voy. Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250. Voy. également Commission européenne, *Op. cit.*, 2009/220452/1, Rapport Final, octobre 2010 – commanditée par l’AIDCO E3/ESIP, p. 43. « Sub-contracted works are [...] carried out either by SMEs or a combination of SMEs and community groups / associations ».

Mais la conciliation entre ces différents mécanismes et les objectifs de l'ouverture de la concurrence et de l'efficacité économique n'est pas évidente à atteindre et peut varier d'un mécanisme à l'autre¹¹⁴⁸.

À titre illustratif, il apparaît assez évident que la réservation du marché réduit inévitablement la participation des opérateurs économiques, alors que l'allotissement ne semble pas rivaliser en soi avec l'objectif de l'ouverture à la concurrence, étant en revanche « [d]estiné à favoriser la concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique »¹¹⁴⁹. Dans ce cadre, « l'allotissement est particulièrement approprié » en présence d'« avantages techniques, financiers ou organisationnels » spécifiques¹¹⁵⁰, par exemple lorsque « l'importance des travaux, fournitures ou services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'un seul opérateur économique »¹¹⁵¹. En parallèle, il « apparaît ainsi particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises, dans la mesure où il leur permet d'accéder plus facilement » aux marchés publics¹¹⁵². Il en résulte que l'acheteur – sans manquer à ces obligations de mise en concurrence¹¹⁵³ – « dispose d'une grande liberté dans la détermination du nombre et de la consistance des lots, mais il doit tenir compte des caractéristiques techniques de la prestation concernée, du territoire où elle est

¹¹⁴⁸ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, p. 100, disponible en ligne : https://www.ilo.org/global/topics/employment-intensive-investment/publications/WCMS_734235/lang-en/index.htm. Voy. aussi Bureau International du Travail (BIT), *Travaux de reconstruction à haute intensité d'emploi dans les pays qui sortent de conflits armés. Principes directeurs*, 2002, p. 111, disponible en ligne: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_115912.pdf.

¹¹⁴⁹ Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Fiche. Allotissement dans les marchés*, 2019, disponible en ligne: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/allotissement-dans-marches-2019.pdf. Le Conseil d'État français « exerce un contrôle normal sur le respect par l'acheteur de l'obligation de procéder à l'allotissement des marchés publics afin de garantir une réelle concurrence entre les opérateurs. [...] Le Conseil d'État a cependant estimé que le choix opéré par l'acheteur du nombre et de la consistance des lots ne peut être remis en cause par le juge administratif que si l'acheteur commet des erreurs grossières dans le découpage au regard 'des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions'. En conséquence, seule une erreur manifeste d'appréciation de l'acheteur dans la détermination du nombre et de la consistance des lots, eu égard à la nature des prestations et à l'objet du marché est susceptible de caractériser un manquement à ses obligations de mise en concurrence ». Voy. aussi Veronika Grimm, Riccardo Pacini, Giancarlo Spagnolo et Matteo Zanza, « Division into lots and competition in procurement », in Nicola Dimitri (dir.), Gustavo Piga (dir.), Giancarlo Spagnolo (dir.), *Op. cit.*, 2006, pp. 168-192 ; OCDE-SIGMA, *Division of Contracts into Lots*, Brief no. 36, septembre 2016, disponible en ligne : <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-36-200117.pdf>.

¹¹⁵⁰ Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250. Voy. également Commission européenne, *Op. cit.*, 2009/220452/1, Rapport Final, Octobre 2010 – commanditée par l'AIDCO E3/ESIP.

¹¹⁵¹ Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Fiche. Allotissement dans les marchés*, 2019, disponible en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/allotissement-dans-marches-2019.pdf.

¹¹⁵² *Ibid.*

¹¹⁵³ *Ibid.*

exécutée, de l'état de la concurrence, de sa propre capacité à coordonner l'ensemble des prestations, etc. afin d'aboutir à la meilleure structuration fonctionnelle et géographique, le cas échéant »¹¹⁵⁴.

B : Une pondération au cas par cas

À la lumière de tout ce qui précède, les effets restrictifs sur l'efficacité économique et sur l'ouverture à la concurrence de l'achat durable et de l'achat local semblent devoir être évalués au cas par cas, puisqu'une règle générale n'existe pas.

Si l'OCDE introduit un véritable « principe de mise en balance »¹¹⁵⁵ entre objectifs divergents des marchés publics, une grande partie de la littérature juridique confirme l'exigence d'« un arbitrage sous-jacent [qui doit] demeurer toujours présent »¹¹⁵⁶.

Toutefois, trouver le « centre de gravité de l'équilibre »¹¹⁵⁷ n'est pas évident, car cela peut varier d'une situation à l'autre, d'un cadre juridique à l'autre. L'équilibre est, en ce sens, « nécessairement subtil, susceptible, comme tout compromis, de prêter le flanc à la critique et d'entraîner parfois l'insécurité »¹¹⁵⁸. Comme la doctrine l'a observé, tous les objectifs ne restent vraisemblablement pas « constant over time » (constants dans le temps)¹¹⁵⁹, ils ne sont pas statiques¹¹⁶⁰, et ils interagissent entre eux selon des relations d'influence et de contradiction qui varient au fil du temps et selon les contextes. Il s'agit

¹¹⁵⁴ Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique*, 2019, p. 9, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/daj-publication-guide-pratique-faciliter-acces-des-tpe-pme-a-commande-publique>. « Lorsque les prestations sont exécutées sur des sites géographiquement distincts, un allotissement géographique est susceptible d'ouvrir le marché à des entreprises qui n'auraient pas la capacité d'assurer l'exécution de la prestation sur l'ensemble des sites ».

¹¹⁵⁵ Conseil de l'Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Rapport sur la mise en œuvre de la Recommandation du Conseil sur les Marchés Publics*, C(2019)94/FINAL, 2019, pp. 9 et s. Les Adhérents à la Recommandation sur les marchés publics de 2015 « tiennent compte du fait que tout recours au système de passation de marchés publics en faveur d'objectifs secondaires devrait être mis en balance avec l'objectif principal de la passation du marché. La Recommandation contient des principes directeurs visant à aider les adhérents à trouver le juste équilibre entre l'objectif principal de la passation et les objectifs secondaires afin que les systèmes de passation de marchés publics servent la réalisation d'objectifs plus larges, qui soient écologiques, durables, innovants et inclusifs ». Voy. aussi Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics*, 2015.

¹¹⁵⁶ Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, p. 8, disponible en ligne : ffhahshs-00673124.

¹¹⁵⁷ Pascale Idoux, *Op. cit.*, 2016, p. 260.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 260.

¹¹⁵⁹ Steven L. Schooner, *Op. cit.*, vol. 11, 2002, p. 103.

¹¹⁶⁰ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 59. « These models are not static either ; they are constantly evolving and developing and the relationship between these abstracted models is constantly changing. Accession to an international system, for example, might mean abandoning national economic or social objectives. It may mean simply the replacement of a national social objective with an international social objective ».

donc d'un équilibre relatif et évolutif, « a matter of degree » (une question de degré)¹¹⁶¹ variable d'un point de vue temporel et géographique.

Sur la base des circonstances concrètes, les logiques à suivre peuvent aller de (a) celle – moins fréquente – de l'exclusion des approches durables et locales en faveur des questions de l'efficacité économique et de l'ouverture à la concurrence, à (b) celle – plus fréquente – de l'équilibrage, du « balancing »¹¹⁶² entre ces divers intérêts, ce qui pose la question de « comment concilier » des objectifs « parfois potentiellement contradictoires »¹¹⁶³. Pour exemplifier ces deux logiques, on peut présenter, pour la première, l'exemple de la clause dite « Molière » ; pour la deuxième, on peut illustrer le cas des circuits courts.

a : La logique de l'exclusion : l'exemple de la clause Molière

Le « contentieux relatif à l'insertion de clauses dites *Molière* dans les cahiers des charges de collectivités » françaises¹¹⁶⁴ permet d'illustrer le cas où les questions relatives à la promotion du local sont rejetées en raison de leur contradiction par rapport à l'objectif primaire de l'ouverture à la concurrence des marchés publics.

En particulier, la clause *Molière* imposait « de façon systématique la maîtrise de la langue française pour l'exécution d'un marché public » par le personnel de

¹¹⁶¹ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 188.

¹¹⁶² Beate Sjøfjell et Anja Wiesbrock, « Why should public procurement be about sustainability ? », in Beate Sjøfjell (dir.) et Anja Wiesbrock (dir.), *Op. cit.*, 2015 ; Khi V. Thai, « Advancing Public Procurement: Practices, Innovation and Knowledge Sharing », in Thai Khi (dir.), Paul J. Salia (dir.), Frederick A. Mwakibinga (dir.), *Advancing Public Procurement: Theories and Practice*, Highland Beach, U.S., PrAcademics Press, 2018, pp. 1-11. Il est important de « [b]alancing the dynamic tension between (a) competing socioeconomic objectives, and (b) national economic interests and global competition as required by regional and international trade agreements ».

¹¹⁶³ Traduit de : Marta Andrecka, « Forward », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 217 ; Carol Cravero, *Op. cit.*, vol. 2, no. 1, 2018, disponible en ligne : <https://doi.org/10.20897/ejosdr/80730>. « How to integrate all these considerations in public procurement needs above all a clear needs-prioritization policy in order to avoid 'too many competing priorities' ». Voy. aussi Olga Martin-Ortega and Andy Davies (MBA FCIPS), *Protecting human rights in the supply chain. A guide for public procurement practitioners*, 2017, disponible en ligne : <http://www.hrprocurementlab.org/wp-content/uploads/2017/06/KnowledgeLUPC-ProtectingHumanRightsintheSupplyChain2.pdf>. Voy. aussi Beatriz Martinez Romera et Roberto Caranta, *Op. cit.*, vol. 12, no. 3, 2017, pp. 281-292 ; Abby Semple, *Op. cit.*, no. 3, 2017, p. 294, qui s'interroge sur « how to reconcile social objectives with the market-opening objectives of procurement regulation across a large number of countries ».

¹¹⁶⁴ Hélène Hoepffner, *Op. cit.*, 2019, p. 236.

l'attributaire¹¹⁶⁵, « sous couvert de raisons de sécurité des travailleurs »¹¹⁶⁶. Toutefois, elle était « réellement justifiée par une volonté de promouvoir l'économie locale »¹¹⁶⁷, tout en étant « susceptible[...] d'avoir un effet discriminatoire »¹¹⁶⁸ et de porter « une atteinte non justifiée au principe d'égal accès à la commande publique »¹¹⁶⁹. Pour ces raisons, les clauses *Molières* ont été jugées « illégales »¹¹⁷⁰.

Il convient, par ailleurs, de souligner que les clauses *Molières* se distinguent des clauses dites « d'interprétariat »¹¹⁷¹, ces dernières étant légitimes sous certaines conditions. En particulier, les clauses d'interprétariat imposent « le recours à un interprète pour permettre au personnel de comprendre la réglementation sociale en application du Code du travail »¹¹⁷², et sont légitimes dans la mesure où elles ont un « lien suffisant avec

¹¹⁶⁵ Ministère de l'économie et des finances - Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social - Ministère de l'aménagement du territoire, de la ruralité et des collectivités territoriales - Ministère de l'intérieur français, *Instruction interministérielle du 27 avril 2017 relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés*, (NOR : ARCB1710251J), 27 avril 2017.

¹¹⁶⁶ Hélène Hoepffner, *Op. cit.*, 2019, p. 236.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 236.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 236 ; Ministère de l'économie et des finances - Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social - Ministère de l'aménagement du territoire, de la ruralité et des collectivités territoriales - Ministère de l'intérieur, *Instruction interministérielle du 27 avril 2017 relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés*, (NOR : ARCB1710251J), 27 avril 2017. Ladite circulaire précise que, pour ce qui concerne l'adoption de la clause dite Molière, celle-ci constitue « [e]n règle générale, une [...] pratique [...] illégale. Elle ne saurait non plus se réclamer valablement de la volonté de protéger les travailleurs, compte tenu des garanties qui leur sont apportées par le droit européen et national. [...] Il ressort de ces dispositions que le code du travail n'impose pas l'obligation de parler ou de comprendre le français à l'égard des ressortissants de l'Union européenne, des étrangers qui ne s'installent pas durablement en France, ainsi que des salariés détachés. [...] Au regard des règles applicables à la commande publique, imposer de façon systématique la maîtrise de la langue française pour l'exécution d'un marché public ou d'un contrat de concession constitue une violation du principe de non-discrimination qui gouverne la passation desdits contrats, qu'une telle obligation figure dans une délibération ou dans les clauses contractuelles. [...] Au total, les 'clauses' précédemment décrites sont illégales ». De même, en 2017 la commissaire européenne à l'Emploi, Marianne Thyssen, estimait que la clause dit Molière était une discrimination, <https://www.lefigaro.fr/conjoncture/2017/03/19/20002-20170319ARTFIG00054-la-clause-moliere-est-une-discrimination-estime-la-commission-europeenne.php>.

¹¹⁶⁹ Ministère de l'économie et des finances - Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social - Ministère de l'aménagement du territoire, de la ruralité et des collectivités territoriales - Ministère de l'intérieur, *Instruction interministérielle du 27 avril 2017 relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés*, (NOR : ARCB1710251J), 27 avril 2017.

¹¹⁷⁰ *Ibid.* Voy. aussi la Cour administrative d'appel de Paris (CAA Paris), 13 mars 2018, no. 17PA03641-17PA03657, qui a suspendu l'exécution d'un marché dont le règlement de consultation avait imposé l'usage exclusif du français comme langue de travail. Le motif de cette suspension repose dans la contrariété de l'article 8.5 du règlement de la consultation, intitulé « Langue et rédaction des propositions et d'exécution des prestations », selon lequel « la langue de travail pour les opérations préalables à l'attribution du marché et pour son exécution est le français exclusivement », avec les « libertés fondamentales garanties par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne était de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur la validité du contrat ». Voy. en revanche Conseil d'État français, 8 février 2019, décision no. 420296, *Veolia Eau et SIIAP*, qui considère que la disposition imposant l'usage du français seulement au stade de la mise en concurrence n'est pas de nature à restreindre la concurrence.

¹¹⁷¹ Les clauses d'interprétariat « ne doivent pas être confondues avec les clauses dites 'Molière' ». Voy. Conseil d'État français, 4 décembre 2017, décision no. 413366, *Min. de l'intérieur c/Région Pays de la Loire*.

¹¹⁷² Hélène Hoepffner, *Op. cit.*, 2019, p. 236 ; Conseil d'État français, 4 décembre 2017, décision n. 413366, *Min. de l'intérieur c/Région Pays de la Loire*, qui précise que « l'intervention d'un interprète qualifié peut être demandée, aux frais du titulaire du marché, afin que la personne publique responsable puisse s'assurer que les personnels présents sur le chantier et ne maîtrisant pas suffisamment la langue française, quelle que soit leur nationalité, comprennent effectivement le socle minimal de normes sociales qui, en vertu notamment de l'article L. 1262-4 du code du travail précité au point 3 ci-dessus, s'applique à leur situation » (point 7).

l'objet du marché », ne restreignent pas la concurrence¹¹⁷³ et poursuivent un objectif d'intérêt général, tout en respectant le principe de proportionnalité¹¹⁷⁴.

b : La logique de l'équilibrage : l'exemple des circuits courts

D'actualité est aussi le débat sur le recours aux circuits courts dans les marchés publics, particulièrement dans le cadre de l'Union européenne. Très utilisés surtout pour les approvisionnements des cantines (par exemple, scolaires)¹¹⁷⁵, les circuits courts s'inscrivent entre des considérations durables et des considérations locales. Ils peuvent avoir des effets potentiellement limitatifs de l'efficacité économique et restrictifs de la concurrence, en fonction des approches qui peuvent être « with or without a localisation emphasis » (avec ou sans un accent sur la localisation)¹¹⁷⁶.

¹¹⁷³ « [M]ême si le fait qu'elles soient de nature à restreindre l'exercice des libertés fondamentales garanties par le TFUE ou les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement ne les rend pas nécessairement illégales ». Voy. Hélène Hoepffner, *Op. cit.*, 2019, p. 236 ; Conseil d'État français, 4 décembre 2017, décision n. 413366, *Min. de l'intérieur c/Région Pays de la Loire*.

¹¹⁷⁴ Conseil d'État français, 4 décembre 2017, décision n. 413366, *Min. de l'intérieur c/Région Pays de la Loire*, qui précise « qu'un pouvoir adjudicateur peut imposer, parmi les conditions d'exécution d'un marché public, des exigences particulières pour prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, sous réserve que celles-ci présentent un lien suffisant avec l'objet du marché ; qu'une mesure nationale qui restreint l'exercice des libertés fondamentales garanties par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne peut être admise qu'à la condition qu'elle poursuive un objectif d'intérêt général, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de celui-ci et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ; qu'il suit de là que, lorsqu'elles sont susceptibles de restreindre l'exercice effectif des libertés fondamentales garanties par ce traité, les exigences particulières imposées par le pouvoir adjudicateur doivent remplir les conditions qui viennent d'être rappelées ; qu'à défaut, le juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, constate le manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence » (point 6).

¹¹⁷⁵ Angela Tregear, Maysara Sayed, Mary Brennan, *Op. cit.*, Conférence, Londres, 2019, disponible en ligne : <http://conference.rgs.org/AC2019/b3dc2101-974f-4a1c-adc7-fb0d8df427a1>. Voy. ainsi le « Localim, nouvel outil à destination des acheteurs publics de la restauration collective en gestion directe pour accompagner le développement de l'approvisionnement local et de qualité », tel que conçu par le ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation et la direction des achats français, disponible en ligne : <https://agriculture.gouv.fr/localim-la-boite-outils-des-acheteurs-publics-de-restauration-collective>. Voy. aussi Bruno Koebel, « Développement du 'bio' dans les cantines », in *Contrats et Marchés publics*, no. 1, janvier 2020, commentaire 32.

¹¹⁷⁶ Angela Tregear, Maysara Sayed, Mary Brennan, *Op. cit.*, Conférence, Londres, 2019, disponible en ligne : <http://conference.rgs.org/AC2019/b3dc2101-974f-4a1c-adc7-fb0d8df427a1>. « Whilst research in public food procurement has shown how institutions are changing policies and practices to further their sustainability goals, to date relatively few studies have sought to measure empirically the impacts of such changes. Within the European Union funded project Strength2Food (www.strength2food.org), the current study aimed to address this gap, by assessing the environmental, economic, social and nutritional outcomes of different procurement models used in primary school meals services. In five countries (Croatia, Greece, Italy, Serbia and the UK), two contrasting models of meals procurement (one with a localisation emphasis, and one without) were investigated and compared in terms of sustainability impacts ». Mais ce n'est pas la seule différence qui a été mise en exergue. Par exemple, « differences were found in terms of who is responsible for contracting and managing school meals services (in Greece, Italy and UK, it is municipalities/Local Authorities (Las), but in Serbia and Croatia it is handled by individual schools) ; the length of the contract renewal cycle (from up to nine years in one Italian region, to one year in Serbia and Croatia) ; and the mode of meals service delivery (high use of private central caterers in Italy and Greece vs. In-house provision in Croatia and Serbia) ». Sur ce point, voy. Angela Tregear, Maysara Sayed, Mary Brennan, et al., *Op. cit.*, 2019, disponible en ligne : <https://www.strength2food.eu/wp-content/uploads/2019/03/D6.3-Evaluation-of-environmental-economic-and-social-impacts-of-different-PSFP-models-compressed.pdf>.

En particulier, lorsqu'on intègre les circuits courts dans les marchés publics, on observe que les cahiers des charges présentent généralement des conditions d'exécution « portant des exigences en termes d'impact sur l'environnement, de nature à favoriser les circuits courts d'approvisionnement », comme la « réduction des déplacements des véhicules de livraison pour limiter la production des émissions de gaz à effet de serre ; livraison en vrac, limitation des petits emballages »¹¹⁷⁷. Il est possible ainsi de faire référence à l'appellation d'origine protégée (AOP)¹¹⁷⁸, l'indication géographique protégée (IGP)¹¹⁷⁹, la spécialité traditionnelle garantie (STG)¹¹⁸⁰ pour assurer la qualité des aliments¹¹⁸¹, comme c'est le cas en Italie conformément à l'article 144, paragraphe 1 du Code des marchés publics italien (DLgs 50/2016 modifié par le DLgs 56/2017).

La question est souvent celle de savoir « comment favoriser une alimentation 'raisonnée' et contrôlée, et en même temps privilégier des produits de 'terroir', donnant par la même occasion un accès plus large à la commande publique [marchés publics] pour

¹¹⁷⁷ François Souty, *Droit de la commande publique, circuits courts, proximité, développement durable et concurrence*, présentation au sein du Séminaire « Restauration collective locale et durable- problèmes juridiques », Nantes, MSH Ange-Guépin, 2016, disponible en ligne : https://lascaux.hypotheses.org/files/2016/06/Séminaire_RestoCo_Commande-publique-circuits-courts-et-de-proximité.pdf.

¹¹⁷⁸ L'AOP « désigne un produit dont toutes les étapes de production sont réalisées selon un savoir-faire reconnu dans une même aire géographique, qui donne ses caractéristiques au produit ». C'est donc « un signe européen qui protège le nom du produit dans toute l'Union européenne ». Définition tirée de : <https://www.inao.gouv.fr/Les-signes-officiels-de-la-qualite-et-de-l-origine-SIQO/Appellation-d-origine-protégée-contrôlée-AOP-AOC>.

¹¹⁷⁹ L'IGP « identifie un produit agricole, brut ou transformé, dont la qualité, la réputation ou d'autres caractéristiques sont liées à son origine géographique », ce qui « s'applique aux secteurs agricoles, agroalimentaires et viticoles ». Définition tirée de : <https://www.inao.gouv.fr/Les-signes-officiels-de-la-qualite-et-de-l-origine-SIQO/Indication-geographique-protégée>.

¹¹⁸⁰ La STG « correspond à un produit dont les qualités spécifiques sont liées à une composition, des méthodes de fabrication ou de transformation fondées sur une tradition ». Définition tirée de : <https://www.inao.gouv.fr/Les-signes-officiels-de-la-qualite-et-de-l-origine-SIQO/Specialite-traditionnelle-garantie-STG>.

¹¹⁸¹ Ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt français, *Fiches méthodologiques accompagnant l'acheteur à chaque étape de son projet d'achat*, disponible en ligne : <https://agriculture.gouv.fr/localim-la-boite-outils-des-acheteurs-publics-de-restauration-collective>. « Les appellations d'origine Protégées (aoP) et les indications Géographiques Protégées (iGP) sont des labels européens. [...] Les Appellations d'Origine Protégées (AOP) et les Indications Géographiques Protégées (IGP) garantissent l'origine des produits ; le Label rouge certifie leur qualité supérieure, la Spécialité Traditionnelle Garantie (STG) protège une recette traditionnelle et l'Agriculture biologique garantit que le mode de production est respectueux de l'environnement et du bien-être animal ». Le Label rouge « est un signe français accessible pour tous les produits sans distinction de l'origine géographique. Le label rouge atteste qu'une denrée alimentaire ou un produit agricole non alimentaire et non transformé possède des caractéristiques spécifiques, préalablement fixées dans un cahier des charges établissant un niveau de qualité supérieure par rapport au produit courant. Ces produits doivent se distinguer des produits similaires, notamment par leurs conditions particulières de production et de fabrication ». Voy. encore Angela Tregear, Maysara Sayed, Mary Brennan, et al., *Op. cit.*, 2019, disponible en ligne : <https://www.strength2food.eu/wp-content/uploads/2019/03/D6.3-Evaluation-of-environmental-economic-and-social-impacts-of-different-PSFP-models-compressed.pdf>.

les producteurs locaux, notamment de petite taille »¹¹⁸² et en se basant sur les concepts de « ‘zero km/short chain’ et de[...] produits locaux »¹¹⁸³.

La prise en compte de ces exigences – qui se situent entre le local et le durable – est acceptable tant qu’elle ne se traduit pas par une clause géographique¹¹⁸⁴, ce qui serait contraire à l’objectif de la concurrence. Il y a, en fait, une différence importante entre la promotion du local et la préférence locale¹¹⁸⁵. Si, en général, « [l]a localisation du producteur ne peut [...] pas constituer un critère d’attribution du marché »¹¹⁸⁶, et le marché public ne peut pas être conçu comme s’il était « Made in ... » ; en parallèle, la préférence locale, comme la préférence nationale, sont contraires aux principes de libre concurrence et de non-discrimination tels qu’affirmés au niveau européen. En ce sens, la CJUE « par un arrêt du 3 juin 1992, C-360/89, *Commission c/ République italienne* censure comme discriminatoire le fait de réserver des marchés publics aux entreprises ayant leur siège social dans la région où ils doivent être exécutés »¹¹⁸⁷.

Généralement acceptée dans plusieurs États européens, la pratique des circuits courts dans les marchés publics est donc à équilibrer attentivement avec l’objectif de l’ouverture à la concurrence, afin de réduire les effets potentiellement restrictifs à la fois sur la concurrence, suivant des tendances localistes (en relation avec les « effets multiplicateurs locaux »¹¹⁸⁸), et sur l’efficacité économique des achats publics¹¹⁸⁹.

¹¹⁸² Raphael Apelbaum et Edouard Clot, « Marchés publics Agriculture : la mise en œuvre de circuits courts », in *La Gazette*, no. 54, avril 2019, disponible en ligne : http://www.earthavocats.com/fichier/Agriculture_et_circuits_courts.pdf.

¹¹⁸³ Traduit de : Angela Tregear, Maysara Sayed, Mary Brennan, et al., *Op. cit.*, 2019, p. 227, disponible en ligne : <https://www.strength2food.eu/wp-content/uploads/2019/03/D6.3-Evaluation-of-environmental-economic-and-social-impacts-of-different-PSFP-models-compressed.pdf>.

¹¹⁸⁴ Selon le cadre juridique français, « le code des marchés publics ne permet pas de sélectionner des produits sur le critère de provenance : en vertu du principe d’égalité de traitement des candidats, toute préférence géographique, directe ou indirecte, constituerait un délit de favoritisme ». Voy. Ministère de l’agriculture, de l’agroalimentaire et de la forêt, *Guide pratique. Favoriser l’approvisionnement local et de qualité en restauration collective*, 2014, p. 36, disponible en ligne : https://agriculture.gouv.fr/sites/minagri/files/1506-al-gui-restauecoll-bd_0.pdf.

¹¹⁸⁵ « [O]ù le local peut être privilégié sans pour autant faire de la préférence locale, se situe le critère du circuit court ». Voy. Berger-Levrault, *Les marchés publics ‘Made in France’*, 13 décembre 2012, disponible en ligne : <https://commande-publique.legibase.fr/actualites/focus/les-marches-publics-made-france-78574> ; Bruno Koebel, « Préférence locale et marchés publics », in *Contrats et Marchés publics*, no. 4, avril 2020, commentaire 132.

¹¹⁸⁶ Ministère de l’intérieur, de l’outre-mer, des collectivités territoriales et de l’immigration, le ministre de l’économie, des finances et de l’industrie et la ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l’Etat français, *Circulaire interministérielle du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, JORF no. 0039 du 15 février 2012 p. 2600, texte no. 16.

¹¹⁸⁷ Berger-Levrault, *Les marchés publics ‘Made in France’*, 13 décembre 2012, disponible en ligne : <https://commande-publique.legibase.fr/actualites/focus/les-marches-publics-made-france-78574> ; Cour de Justice de l’Union européenne (CJUE), arrêt du 3 juin 1992, *Commission c/ République italienne*, aff. C-360/89 ; Bruno Koebel, « Préférence locale et marchés publics », in *Contrats et Marchés publics*, no. 4, avril 2020, commentaire 132.

¹¹⁸⁸ Traduit de : Angela Tregear, Maysara Sayed, Mary Brennan, et al., *Op. cit.*, 2019, disponible en ligne : <https://www.strength2food.eu/wp-content/uploads/2019/03/D6.3-Evaluation-of-environmental-economic-and-social-impacts-of-different-PSFP-models-compressed.pdf>.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*

Toutefois force est de constater qu'il n'existe pas une seule hiérarchie ni une seule « calibration »¹¹⁹⁰ valable pour toutes les situations et pour toutes les échelles spatiales.

Conclusion

L'achat public durable a été souvent critiqué en raison de sa portée locale. Toutefois, l'équation *durable égale local* n'est pas toujours exacte : en particulier, le durable peut avoir une extension globale (par exemple, pour les enjeux de changement climatique), alors que le local peut ne pas être durable (par exemple, dans le cas d'initiatives d'affirmation territoriale dépourvue de volet social ou environnemental). De ce fait, il est difficile d'établir une règle commune pour tous les achats publics durables et locaux, ces deux pouvant converger tout comme s'écarter les uns des autres.

Ce qui est, en revanche, fréquent c'est le souci de subordonner les considérations durables et locales dans les marchés publics à deux limites principales, notamment les objectifs (i) d'obtenir un résultat économiquement efficient par rapport à des « contraintes budgétaires »¹¹⁹¹, et ii) de garantir l'ouverture la plus large possible.

De la dynamique entre ces objectifs découle cependant un équilibre précaire qui peut présenter des différences importantes d'un cas à l'autre, en raison de l'architecture d'objectifs sur laquelle repose chaque système de passation et d'exécution des marchés publics.

Par exemple, comme souligné dans le chapitre qui suit, dans certains contextes locaux de développement il peut être assez difficile de garantir la participation la plus large possible et de séparer le *value for money* (efficacité économique) de « l'impact des investissements sur l'emploi local, sur l'équité entre les groupes sociaux ou sur le renforcement et l'autonomisation des communautés locales »¹¹⁹².

¹¹⁹⁰ Traduit de : Olga Martin-Ortega et Claire Methven O'Brien, « Public procurement and human rights: interrogating the role of the state as buyer », in Olga Martin-Ortega (dir.) et Claire Methven O'Brien (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 17.

¹¹⁹¹ Traduit de : Commission européenne, « Strategic public procurement : facilitating green, inclusive and innovative growth », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 219.

¹¹⁹² Traduit de : United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 10.

CHAPITRE 2.

LA VALORISATION CONJOINTE DU LOCAL ET DU DURABLE : L'EXEMPLE DES MARCHÉS PUBLICS HIMO

En situation d'équilibre relatif et évolutif par rapport à l'efficience économique et l'ouverture à la concurrence, les marchés publics à haute intensité de main-d'œuvre (HIMO) se situent au confluent du local et du durable. Même si la définition de l'approche HIMO « n'est pas standardisée »¹¹⁹³ et ses variantes sont multiples et hétérogènes¹¹⁹⁴ en fonction des objectifs poursuivis¹¹⁹⁵, on va tenter d'en décrire les caractéristiques principales tant en général que dans les marchés publics (Section 1), tout en mettant en exergue le dénominateur commun de la valorisation conjointe du local et du durable (Section 2).

¹¹⁹³ Mireille Razafindrakoto et François Roubaud, *L'Approche à Haute Intensité de Main-d'Oeuvre (HIMO): Une Opportunité pour Madagascar. Essai de cadrage macro-économique*, Réflexions sur le Développement. Document de discussion, Organisation internationale du Travail, 1997, p. 19.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 20 ; CTB Burundi, *La haute intensité de main-d'œuvre : valorisation locale des ressources humaines*, disponible en ligne : https://www.enabel.be/sites/default/files/pavage_haute_intensite_main_doeuvre_himo_fr.pdf. « Les possibilités d'application de la méthode HIMO dépendent de facteurs techniques, économiques, sociaux et institutionnels spécifiques à chaque pays ». Voy. aussi Bureau International du Travail (BIT), *Burkina Faso. Vers une stratégie de travaux publics à haute intensité de main-d'œuvre. Améliorer la protection sociale et promouvoir l'emploi. Un projet BIT/UE*, 2012, p. xi. « [D]e plus de trente ans de coopération entre le BIT et le gouvernement du Burkina Faso dans le domaine des travaux publics à 'haute intensité de main-d'œuvre' (HIMO) », il a été remarqué que les « différents programmes mis en œuvre pendant cette période » avaient « des caractéristiques assez divergentes ». Il faut, en fait, reconnaître « que les programmes HIMO peuvent avoir des objectifs multiples et se prêter à des situations différentes ». Voy. également Marc Van Imschoot et Claude Kouamé Yao, *Expériences récentes et innovations dans les programmes publics d'emploi: constats et recommandations*, présentation Power Point, Programme des investissements à forte intensité d'emplois, Ouagadougou, 2011 ; Franco Olivier et Eddy Bynens, *L'approche HIMO et les investissements routiers. Perspectives pour la création d'emplois et l'économie de devises à Madagascar*, Socio-Economic Technical Papers (SETP) no. 3, Genève, Bureau International du Travail, 1998 ; Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 38 ; Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), *Guide méthodologique - Créer de l'emploi au travers des projets à haute intensité de main-d'œuvre (HIMO)*, août 2013, pp. 2-7 ; Carlo del Ninno, Kalanidhi Subbarao et Annamaria Milazzo, *How To Make Public Works Work: A Review of the Experiences*, The World Bank SP Discussion Paper no. 0905, The World Bank, mai 2009 ; Bureau International du Travail (BIT), *Burkina Faso. Vers une stratégie de travaux publics à haute intensité de main-d'œuvre. Améliorer la protection sociale et promouvoir l'emploi. Un projet BIT/UE*, 2012, p. 2.

¹¹⁹⁵ Yves Bourdet, *HIMO et lutte contre la pauvreté au Mali*, Suède, Agence Suédoise de Coopération au Développement International, 2012, pp. 6 et s., disponible en ligne : www.sida.se. « Une étude récente dénombre six sortes d'objectifs : une réponse à un choc temporaire négatif (sécheresse, inondations ou autres), des activités pour occuper la main d'œuvre pendant la saison creuse, un tremplin (une passerelle) vers l'auto-emploi, une aide à l'insertion sur le marché du travail, un filet de sécurité (une forme d'assurance) et la lutte contre la pauvreté. [...] La composition des travaux HIMO en fonction des objectifs explicitement avancés diffère selon le niveau de développement du pays. Dans les pays à faible revenu, l'objectif de lutte contre la pauvreté est le plus fréquent, suivi par ordre d'importance par ceux d'occupation saisonnière, de filet de sécurité, de passerelle vers l'auto-emploi et de réponse à un choc temporaire. Dans les pays à revenu moyen et élevé, par contre, l'objectif de réponse à un choc temporaire est le plus souvent avancé, suivi loin derrière par ceux d'aide à l'insertion sur le marché du travail et de lutte contre la pauvreté. On peut aussi observer des différences dans l'espace. En Afrique subsaharienne, par exemple, quelques 90 % des travaux HIMO visent à réduire le sous-emploi saisonnier et la pauvreté (à proportion égale) ».

Section 1 : La conception de l'approche HIMO comme outil pour le développement local

Afin de cerner le rôle que l'approche HIMO peut jouer dans la promotion du développement local, il convient d'en introduire les traits principaux (paragraphe 1) et d'illustrer son intégration spécifique dans les marchés publics (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les éléments constitutifs de l'approche HIMO

Tel que « préconisé » par le Bureau international du travail (BIT)¹¹⁹⁶, le terme HIMO signifie « haute intensité de main-d'œuvre » (en anglais Employment-Intensive Investment Programme – EIIP)¹¹⁹⁷ et désigne une approche particulière basée sur l'« utilisation rationnelle »¹¹⁹⁸ de deux méthodes d'exécution des travaux, notamment la « Labour-based Technology »¹¹⁹⁹ et la « Local Resource based Technology – LRBT »¹²⁰⁰, c'est-à-dire l'usage respectivement (i) de la main-d'œuvre en mesure prépondérante par rapport aux équipements lourds, et (ii) des ressources humaines (main-d'œuvre) et matérielles (matériaux et équipements) locales.

¹¹⁹⁶ « Le programme d'investissement intensif en emplois, communément appelé approche HIMO, est un programme phare du Bureau international du travail (BIT) visant à lutter contre le chômage et le sous-emploi par le biais d'investissements publics, généralement dans le développement des infrastructures ». Voy. sur cela Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019. Pour « une analyse comparative des différents programmes HIMO mis en œuvre depuis le début des années 1980 » au Burkina Faso, voy. Bureau International du Travail (BIT), *Burkina Faso. Vers une stratégie de travaux publics à haute intensité de main-d'œuvre. Améliorer la protection sociale et promouvoir l'emploi. Un projet BIT/UE*, 2012, p. 2. « Les programmes HIMO mis en œuvre par le BIT dans les années 1970 et 1980 ont été conçus comme des programmes de création d'emplois, ayant pour objectifs principaux la lutte contre le sous-emploi et la pauvreté. À travers ses programmes dans différents pays, le BIT a par la suite orienté sa coopération vers des programmes durables, tant du point de vue technique qu'économique. Ainsi, les infrastructures créées par l'approche HIMO devraient en principe être de qualité et de coûts comparables à celles construites à partir des techniques classiques basées sur l'équipement lourd. Par ailleurs, l'approche HIMO ne s'applique pas à toute la gamme d'infrastructures, mais doit en principe être utilisée uniquement dans les cas où les critères de coût et de qualité peuvent être satisfaits ». Voy. aussi Marc Van Imschoot et Claude Kouamé Yao, *Expériences récentes et innovations dans les programmes publics d'emploi: constats et recommandations*, présentation Power Point, Programme des investissements à forte intensité d'emplois, Ouagadougou, 2011.

¹¹⁹⁷ Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, p. 2. Le BIT a exécuté des projets pilotes dans plusieurs pays en développement. Voy. aussi, Organisation Internationale du Travail (OIT), *Local Economic Development and Employment Intensive Investments*, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/genericdocument/wcms_099642.pdf. « The ILO's Employment Intensive Investment Programme (EIIP) promotes a local resource-based strategy to increase the impact of investments in infrastructure on employment creation, poverty reduction and local development ».

¹¹⁹⁸ Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, p. 3.

¹¹⁹⁹ Organisation Internationale du Travail (OIT), *Local Economic Development and Employment Intensive Investments*, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/genericdocument/wcms_099642.pdf.

¹²⁰⁰ Organisation Internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. ILO EIIP Contract ITB No 63/2019. Construction of a Vegetable Market in Al Qaa Municipality, Bekaa Governorate*, Lebanon, August 2019, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/documents/genericdocument/wcms_714870.pdf.

En vertu de la *Labour-based Technology*, on considère que le « trait caractéristique des activités HIMO » repose dans le fait que celles-ci « privilégient de manière systématique des méthodes de production qui utilisent beaucoup de main d'œuvre et peu de capital physique »¹²⁰¹. En ce sens, il s'agit d'une approche « à fort coefficient d'emploi »¹²⁰² qui associe à la main-d'œuvre « des équipements légers »¹²⁰³ et de « petits outillages »¹²⁰⁴. Une telle approche s'oppose à l'option intensive en équipements (HIEQ)¹²⁰⁵ qui « désigne les méthodes où l'essentiel des travaux s'effectue avec un équipement lourd, une main-d'œuvre très limitée et beaucoup d'équipements mécanisés »¹²⁰⁶. Pour certains, si la « méthode avec les machines » permet un gain surtout pour « le directeur de l'entreprise », en revanche l'approche HIMO contribuerait à ce que « l'argent rentre dans les ménages »¹²⁰⁷ avec la création de nombreuses opportunités d'emplois dans une zone donnée¹²⁰⁸.

¹²⁰¹ Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 4, disponible en ligne : www.sida.se ; Bureau International du Travail (BIT), *Burkina Faso. Vers une stratégie de travaux publics à haute intensité de main-d'œuvre. Améliorer la protection sociale et promouvoir l'emploi. Un projet BIT/UE*, 2012, p. 63. « Le travail à haute intensité de main-d'œuvre (HIMO) consiste à recourir en priorité à la force de travail, facteur le plus abondant, au lieu et place d'équipements, le plus souvent importés, pour réaliser ou entretenir des ouvrages d'infrastructures; avec, pour corollaire, l'utilisation des matériaux locaux ».

¹²⁰² Bureau International du Travail (BIT), *Burkina Faso. Vers une stratégie de travaux publics à haute intensité de main-d'œuvre. Améliorer la protection sociale et promouvoir l'emploi. Un projet BIT/UE*, 2012, p. 1.

¹²⁰³ Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, p. 2-3 ; Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Des pistes construites avec une haute intensité de main d'œuvre. Pistes rurales – Désenclavement à l'Est (PrEst). Capitalisation de quinze ans d'appui de la Coopération au désenclavement des villages de la Région de l'Est du Burkina Faso*, Ougadougou, 2017.

¹²⁰⁴ Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, pp. et 2 s.

¹²⁰⁵ Sur ce point, voy. aussi Alexis Symphorien Emvono, *Enjeux et perspectives d'un programme de travaux à haute intensité de main d'œuvre dans la lutte contre la pauvreté rurale au Cameroun*, Mémoire de Master, Université de Maurice, 2011, chapitre 2 de la partie première. « Les techniques HIMO s'opposent aux méthodes à haute intensité d'équipement (HIEQ). Les HIEQ désignent les méthodes où l'essentiel des travaux sont réalisés avec un équipement lourd et l'appui d'une main d'œuvre majoritairement qualifiée et très limitée ». Voy. aussi David Stiedl, *Contract documents for small contract in the road sector. Technical Briefno. 5*, Organisation Internationale du Travail, 2000, p. 2. « The low wage level in most of the developing world, and the high cost of imported machinery and the poor availability of spares, tends to mean encouraging a labourintensive approach. Local labour is usually supported with simple or intermediate equipment, with relatively low capital costs compared to conventional heavy civil engineering plant ».

¹²⁰⁶ Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, p. 2-3 ; Alexis Symphorien Emvono, *Op. cit.*, 2011, chapitre 2 de la partie première.

¹²⁰⁷ CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be>. Selon le Directeur en charge des administrations provinciales et communales, au sein du ministère de l'Intérieur du Burundi, Léonard Ntandikiye, « [f]aire les travaux avec les équipements modernes, qui remplacent beaucoup de gens, c'est bon pour les quartiers aisés où il n'y a pas beaucoup de main-d'œuvre ».

¹²⁰⁸ Par exemple, au Mali, « les 19 activités HIMO ont créé 131 189 journées de travail, soit seulement 437 emplois annuels (en comptant 300 jours de travail par an) ». Voy. sur ce point, Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 17, disponible en ligne : www.sida.se ; Mireille Razafindrakoto et François Roubaud, *Op. cit.*, p. 21. Voy. aussi Ron Watermeyer, *Op. Cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250. « Work on construction projects is temporary by its very nature. It nevertheless generates significant opportunities for unskilled and semi-skilled workers. Although the jobs which are created thereby are not necessarily permanent, the total volume of work available to the poorer sectors of society is increased ».

En vertu de la *Local Resource based Technology (LRBT)* et selon une « stratégie alternative de développement, plus largement auto-centrée »¹²⁰⁹, l'approche HIMO s'appuie sur l'utilisation de ressources de provenance/origine locale. Outre la main-d'œuvre recrutée localement, « l'accent est mis [aussi] sur l'utilisation de matériaux produits localement »¹²¹⁰ ainsi que sur « la capacité des PME du secteur privé local et des autorités locales »¹²¹¹.

Il importe de souligner que de nombreux acteurs supranationaux¹²¹² et internationaux¹²¹³ se sont appuyés sur l'approche HIMO en intégrant les relatives *Labour-*

¹²⁰⁹ Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, p. 3 ; Mireille Razafindrakoto et François Roubaud, *Op. cit.*, p. 19, selon lesquels « les promoteurs des technologies HIMO se font les avocats d'une stratégie de développement auto-centrée et reproductible (durable, soutenable), renforçant les institutions et la capacité de gestion locale, sans remettre en question l'ouverture de l'économie ».

¹²¹⁰ Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, p. 2.

¹²¹¹ *Ibid.*, p. 3.

¹²¹² L'Union européenne, elle-même, s'est intéressée à l'approche HIMO. En 2009-10, la Commission européenne a conduit une étude sur les infrastructures à haute intensité de main-d'œuvre, ayant « comme point de départ l'utilisation des méthodes à haute intensité de main-d'œuvre dans les programmes financés par la CE », avec aussi un coup d'œil sur « les pratiques d'autres organisations internationales et d'autres organismes donateurs ». Au niveau des marchés financés par l'UE, la Commission européenne considère possible d'admettre le recours aux « labour-based methods » comme un critère de sélection, mais seulement si ces méthodes sont « stated in the contract requirements in the tender documentation ». Voy. Commission européenne, *Op. cit.*, 2009/220452/1, Rapport Final, octobre 2010 – commanditée par l'AIDCO E3/ESIP, identifiant les « employment intensive approaches in 45 EC projects/programmes in 27 countries since 2000. However, only 7 of the 45 projects were located outside of sub-Saharan Africa » ; <https://europa.eu/capacity4dev/public-employment-social-protection/wiki/study-employment-intensive-methods-infrastructure-and-other-non-social-sector-programmes-2010>. Voy. aussi le projet PREST 5 - Pistes rurales et désenclavement à l'Est, cofinancé par la Suisse et la Banque Mondiale, qui constitue un « projet d'infrastructures et de mobilité avec la méthode haute intensité de main d'œuvre (HIMO) ». Pour plus de détails, voy. le site web suivant : <https://www.eda.admin.ch/deza/fr/home/activites-projets/projets.html/content/dezaprojects/SDC/en/2002/7F02218/phase5>.

¹²¹³ Les Programmes HIMO sont « soutenus par la quasi-totalité des organismes et agences internationaux impliqués dans l'aide au développement. - Les Organismes du Système des Nations Unies (BIT, PNUD, FIDA, ...) ; - Les Agences de développement des partenaires bilatéraux (AFD, Coopération Suisse, Allemande, Japonaise, ...) ; - Les organisations internationales (Banque Mondiale, Banque Africaine de Développement, ...) ». Par exemple, « [l]e projet d'appui à la création d'emplois et au renforcement de l'employabilité des jeunes réalisé en marge des travaux de construction de la route la Route Kumba/Mamfé [au Cameroun] a mis en évidence l'efficacité d'un partenariat responsable à l'échelle locale. Le projet a été conçu et exécuté de façon participative par quatre organisations nationales, régionales et internationales partenaires à savoir : - le Gouvernement à travers le Ministère des Travaux Publics (MINTP) ; - la Banque Africaine de Développement (BAD) ; - la Banque de Développement des Etats de l'Afrique Centrale (BDEAC) et ; - le Bureau International du Travail (BIT) ». Sur ce point voy. Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 37. Voy. aussi Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), *Guide méthodologique - Créer de l'emploi au travers des projets à haute intensité de main-d'œuvre (HIMO)*, août 2013, p. 7. En particulier, au sein du Programme des Nations Unies pour le Développement au Niger, on a mis en œuvre le projet de « Contribution à la Consolidation de la Paix dans le Nord du Niger 2012-2013 » sous la tutelle de la Haute Autorité à la Consolidation de la Paix (HACP). « Ce projet, conçu grâce à l'appui technique et financier du Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), de l'Union Européenne et du Danemark vient, entre autres activités, à soutenir les efforts du Gouvernement dans la promotion de l'intégration socioéconomique des jeunes sans emploi par le travail, la formation et la valorisation des compétences locales ». Au sein de l'UE, voy. aussi Commission européenne, *Op. cit.*, 2009/220452/1, Rapport Final, octobre 2010 – commanditée par l'AIDCO E3/ESIP, p. 53. « [T]he 2009 EC Communication following the Council Conclusions on supporting developing countries in coping with the crisis states that 'the Commission will provide support for labour-intensive infrastructure works and maintenance in order to preserve access to services and to curb likely under-spending on maintenance due to fiscal pressure in developing countries' ». Voy. Alexis Symphorien Emvono, *Op. cit.*, 2011. « Depuis les années 1970, le BIT utilise les HIMO pour lutter contre le chômage et le sous-emploi particulièrement en Afrique. [...] De nombreux pays, principalement en Afrique et en Asie, avec l'assistance technique du BIT, ont une expérience dans les approches HIMO, mises en place depuis le début les années 1970; celles-ci ont au fil du temps véritablement évolué, tant dans leur conception que dans leur mise en œuvre pour accorder davantage de place à la durabilité et à l'efficacité ». Voy. entre

based Technology et *Local Resource based Technology (LRBT)* au sein de leurs initiatives dans les pays à faibles revenus, et en particulier à trois divers niveaux : notamment dans les programmes, dans les projets et dans les marchés publics. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut distinguer ces trois comme suit. Le programme se caractérise par une durée généralement longue et regroupe une série prédéterminée de projets liés entre eux, « dont les objectifs réunis contribuent à un objectif global commun, aux niveaux sectoriel, national ou même international »¹²¹⁴. À son tour, le projet se définit comme un « groupe d'activités visant à atteindre un objectif spécifique dans un délai donné »¹²¹⁵. Pour réaliser ce résultat spécifique, des marchés publics sont passés et des travaux sont exécutés.

Suivant cette conception, la finalité générale poursuivie par les programmes HIMO consiste à réduire au maximum la pauvreté d'une certaine région ou zone, tout en promouvant le développement local¹²¹⁶. Cela peut se faire en s'appuyant sur plusieurs axes d'intervention tels que « l'amélioration des conditions de vie, le développement des systèmes de protection sociale, la promotion de l'accès des pauvres et des personnes vulnérables aux ressources économiques, aux services de base, à la propriété et à des nouvelles technologies et la résilience des pauvres et la réduction de leur exposition aux chocs et aux catastrophes »¹²¹⁷, et l'amélioration « des conditions matérielles

autres les projets conduites par la Banque Allemande de Développement - KfW. L'un des projets liés à l'approche HIMO est expliqué à l'adresse suivante : <https://www.kfw-entwicklungsbank.de/International-financing/KfW-Development-Bank/Local-presence/North-Africa-and-Middle-East/Jordan/>. « KfW uses quickly implemented, labour-intensive infrastructure measures to create short-term employment opportunities for Jordanians and Syrian refugees. To increase long-term employment, KfW is participating in funds that will improve access to financial products and consulting services for small and medium-sized businesses. KfW is using these measures to contribute positively to job creation and business start-ups ». Voy. également https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_099513/lang-en/index.htm. « The ILO has been active in Indonesia with respect to promoting and strengthening various forms of labour-based or local resource-based works, to different degrees and at various levels – from direct road rehabilitation on Sumatra to policy dialogue at the national level ».

¹²¹⁴ Commission européenne, *Manuel. Gestion du Cycle de Projet*, 2001, p. 3 (note en bas de page no. 2), disponible en ligne : <https://eeas.europa.eu/> ; Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), *Guide méthodologique - Créer de l'emploi au travers des projets à haute intensité de main-d'œuvre (HIMO)*, août 2013, p. 7. « Les programmes peuvent être multisectoriels [...]. Les programmes peuvent aussi être sectoriels (transports, irrigation, protection de l'environnement, etc.) [...]. Les programmes peuvent intervenir en milieu rural comme en milieu urbain ». Voy. aussi Bureau International du Travail (BIT), *Burkina Faso. Vers une stratégie de travaux publics à haute intensité de main-d'œuvre. Améliorer la protection sociale et promouvoir l'emploi. Un projet BIT/UE*, 2012, p. 2.

¹²¹⁵ Commission européenne, *Manuel. Gestion du Cycle de Projet*, 2001, p. 3 (note en bas de page no. 2).

¹²¹⁶ Pour la différence entre les Programmes d'Investissements Publics (PIP) et les Programmes Publics d'Emploi (PPE: PSTP – PGE) par rapport à l'intégration de l'approche HIMO, voy. Marc Van Imschoot et Claude Kouamé Yao, *Expériences récentes et innovations dans les programmes publics d'emploi: constats et recommandations*, présentation Power Point, Programme des investissements à forte intensité d'emplois, Ouagadougou, 2011.

¹²¹⁷ Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 5.

d'habitation (standing de l'habitat, environnement de l'habitation, accessibilité physique à certaines infrastructures de base, [...tels qu'en matière de] l'éducation et la santé) »¹²¹⁸.

Pour réaliser cette finalité de réduction de la pauvreté, plusieurs projets interconnectés entre eux sont conçus « généralement dans le développement des infrastructures »¹²¹⁹ et précisément dans la construction, la réhabilitation, ou l'entretien de certaines infrastructures en milieu rural ou urbain¹²²⁰, comme « routes, irrigation, micro-barrages, logement, marchés, écoles, centres de santé »¹²²¹, afin d'en réduire les inégalités¹²²² et les « gaps » (écarts), parfois significatifs¹²²³. Il est en fait démontré que « [I]a plupart des pauvres dans le monde vivent en zone rurale ; ils ont un accès limité aux infrastructures, à l'emploi et aux possibilités économiques et sont particulièrement vulnérables aux risques économiques, sanitaires et environnementaux »¹²²⁴. Dans ce

¹²¹⁸ *Ibid.* « La forte demande d'infrastructures de base offre des opportunités immenses de développement des programmes HIMO fondés sur une valorisation optimale des ressources locales ; main d'œuvre et matériaux locaux. Ceci permet d'assurer la durabilité et la résilience, notamment face aux changements climatiques ».

¹²¹⁹ *Ibid.* ; Organisation Internationale du Travail (OIT), *Local Economic Development and Employment Intensive Investments*, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/genericdocument/wcms_099642.pdf. « There is generally a strong link between investment in infrastructure and local economic development in a region. The needs for infrastructure investments in developing countries are vast. Community priorities often include infrastructure for both economic and social development. Estimates put annual investment needs for infrastructure at 5.5% of GDP in middle income countries and 9% in the least developed countries. [...] The direct results of investments in infrastructure include the generation of employment, incomes and business opportunities linked to the development, maintenance and operations of infrastructure of public and community interest. Longer lasting impacts such as improved access to transport, markets, health, education and other socio-economic goods and services contribute to local economic development and sustainable poverty reduction ».

¹²²⁰ Pour ce qui est par exemple de l'entretien, on observe que « [m]aintaining the assets created and sustaining the workfare intervention are important issues generally not addressed in most public workfare projects. Sustainability problems were evident in 15 of the 60 infrastructure projects reviewed. Most assets (primarily some heavily used roads) were not being adequately maintained. This neglect can be attributed in large part to the lack of a sense of local ownership of the projects, since community involvement in project planning and design was not actively sought. Even where, after the completion of the asset, the local communities are involved in their maintenance through the local communities' presidents, the unavailability of resources prevents them from maintaining the projects. In fact in most projects no practical arrangements were put in place to ensure maintenance nor were beneficiaries assigned the responsibility for that task ». Sur cela voy. Carlo del Ninno, Kalanidhi Subbarao et Annamaria Milazzo, *How To Make Public Works Work: A Review of the Experiences*, The World Bank SP Discussion Paper no. 0905, The World Bank, mai 2009 ; Commission européenne, *Op. cit.*, 2009/220452/1, Rapport Final, octobre 2010 – commanditée par l'AIDCO E3/ESIP, p. 53. Voy. aussi Doug Forbes, Mohamed El-Haram, Malcolm Horner, Sandra Lilley, « Forecasting the number of jobs created through construction », in Simon Smith (dir.), *28e Annual ARCOM Conference*, 3-5 September 2012, Edinburgh, UK, Association of Researchers in Construction Management (ARCOM), 2012, pp. 317-326. « The construction sector is one of the largest single contributors to employment. [...] The research [...] reviews the outcomes of five years of research into labour forecasting culminating in the development of the Labour Forecasting Tool (LFT). [...] The LFT is capable of producing a month-by-month, trade-by trade forecast for a project by the use of a bespoke algorithm. Using the LFT, results are presented for eight typical projects within seven construction sectors ». Voy. ainsi Peter Bentall, Andreas Beusch et Jan de Veen, *Programmes d'Infrastructures à Haute Intensité de Main-d'œuvre – HIMO. Renforcement des capacités pour la passation de contrats dans le secteur de la construction. Directives*, Genève, Bureau international du Travail (BIT), 1999, p. 27. « La construction consiste essentiellement en quatre éléments : la gestion de la construction, la gestion des matériaux, la fourniture des matériaux et le travail physique ».

¹²²¹ Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019.

¹²²² Mireille Razafindrakoto et François Roubaud, *Op. cit.*, p. 27.

¹²²³ Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 9.

¹²²⁴ « On estime que 79% des personnes qui utilisent des sources d'eau non salubres et 93% des personnes qui utilisent de l'eau de surface vivent en zone rurale ». Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p.

cadre, les projets HIMO peuvent concerner, à titre illustratif, les infrastructures relatives au transport routier¹²²⁵, aux secteurs de l'agriculture, de la sécurité alimentaire et de la sylviculture¹²²⁶, aux domaines « prometteurs » tels que la « gestion de l'environnement et l'adaptation aux effets du changement climatique »¹²²⁷, pour ne citer qu'eux. Pour ce qui concerne la productivité agricole, l'approche HIMO est appliquée, par exemple, « pour la préparation des terres cultivables et les aménagements hydroagricoles », la « construction des canalisations d'eaux, des forages, des puits, des anneaux de drainage des eaux »¹²²⁸, comme cela a été le cas dans le « projet d'appui aux infrastructures agricoles dans la vallée de l'Ouémé (PAIA-VO) au Bénin (2013-2017) »¹²²⁹.

Il en résulte que, par rapport au programme HIMO, dont la finalité est plus générale, les divers projets HIMO qui le composent poursuivent des objectifs plus spécifiques et tangibles ainsi que réalisables dans un temps donné avec un début et une fin bien établis¹²³⁰. Au sein desdits projets, afin d'en atteindre les objectifs spécifiques, des travaux HIMO sont effectués par le biais aussi (et non seulement) des marchés publics.

Pour illustrer cette structure à trois (programme-projets-marchés publics), on peut s'appuyer sur l'exemple du programme « Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP) » au Liban¹²³¹, qui a été lancé par l'OIT et la Banque Allemande de Développement (KfW) et est actuellement en cours de réalisation. L'objectif général

13, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_737311.pdf.

¹²²⁵ Commission européenne, *Op. cit.*, 2009/220452/1, Rapport Final, Octobre 2010 – commanditée par l'AIDCO E3/ESIP, p. 5. « Global and EC experience with employment-intensive technologies has to date been mainly in the roads sector. But recently the range of technologies and the approaches have evolved to embrace a broader range of activities, in other infrastructure sectors and beyond ».

¹²²⁶ *Ibid.*, p. 5. Voy. aussi CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be>, selon lequel « on compte notamment parmi les projets prioritaires les routes rurales, les réseaux d'alimentation, les ouvrages d'irrigation et de lutte contre les inondations et l'érosion, les installations de stockage ». Les projets HIMO sont aussi utilisés « quand il s'agit de surmonter des périodes de crise », comme dans les cas de crises économiques, catastrophes naturelles, destruction des récoltes, etc. Sur ce dernier point, voy. Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Op. cit.*, 2017, p. 27 ; Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019. « Les interventions des approches HIMO couvrent divers secteurs et sous-secteurs, notamment les routes rurales, l'irrigation, la conservation de l'eau et des sols, la foresterie communautaire et le patrimoine culturel ».

¹²²⁷ « Promising areas are environmental management and climate change adaptation, as well as multi-sector projects embracing agriculture and forestry ». Sur ce point voy. Commission européenne, *Op. cit.*, 2009/220452/1, Rapport Final, octobre 2010 – commanditée par l'AIDCO E3/ESIP, p. 5. Voy. aussi CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be>.

¹²²⁸ Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 15.

¹²²⁹ Le projet se focalise notamment sur « l'aménagement des bas-fonds, la construction des routes de dessertes agricoles, des dépôts de stockage et la construction d'infrastructures d'irrigation durables ». Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 7.

¹²³⁰ Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), *Guide méthodologique - Créer de l'emploi au travers des projets à haute intensité de main-d'œuvre (HIMO)*, août 2013, pp. 21 et s. ; Commission européenne - Capacity4dev, *Compte-rendu : les infrastructures à haute intensité de main d'œuvre* ; Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, p. 2.

¹²³¹ https://www.ilo.org/beirut/projects/WCMS_546889/lang--en/index.htm.

udit programme est l'amélioration de la situation socio-économique et des infrastructures au Liban, qui a été « gravement affecté » par, entre autres, des flux migratoires de plus en plus importants perdurant depuis 2014¹²³², avec plus d'un million de réfugiés syriens recensés jusqu'à aujourd'hui, ce qui correspond à environ un quart de la population libanaise autochtone d'environ 4.3 millions de personnes¹²³³.

À travers une série de projets de construction, de réhabilitation et d'entretien des infrastructures (telles que les routes, les systèmes de gestion des déchets, les réseaux électriques, les écoles et les établissements de santé) on vise à créer « des opportunités de travail décent pour les réfugiés syriens et les communautés d'accueil »¹²³⁴ dans les zones les plus exposées aux possibles tensions et conflits dû aux flux migratoires.

Conformément à ces projets, des travaux sont exécutés en utilisant « a local resource based approach » (une approche basée sur l'utilisation des ressources locales) avec un « high labour content » (forte intensité de main-d'œuvre)¹²³⁵. Sur cette base, des marchés publics sont lancés et exécutés, sans ou avec appel d'offres ouvert à la concurrence, en intégrant des clauses HIMO spécifiques, sur la base de mécanismes « variables d'une situation à l'autre, et [qui] ne peuvent être considérés comme pertinents ou efficaces pour toute situation »¹²³⁶.

Paragraphe 2 : La définition des marchés publics intégrant l'approche HIMO

Si la méthode HIMO peut être définie comme une « approche d'exécution des travaux qui combine de manière optimale l'utilisation du matériel léger avec les ressources localement disponibles en termes de main d'œuvre locale et de matériaux

¹²³² Traduit de la présentation du projet disponible en ligne : https://www.ilo.org/beirut/projects/WCMS_546889/lang-en/index.htm. Sur les liens entre la migration et l'approche HIMO, voy. OIT, *Contribution des programmes et des approches HIMO à l'atteinte des objectifs de développement durable. Le cas de l'assistance technique du BIT au ministère des travaux publics dans le cadre des travaux d'aménagement de la route Kumba-Mamfe*, Yaoundé, 2019, p. 21. « Phénomène mondial qui devient chaque jour plus complexe, la migration tend à devenir un facteur du sous-développement lorsqu'elle concerne les jeunes quittant leurs terroirs pour fuir la marginalisation, les injustices, l'insécurité sociale ou encore la famine et la pauvreté ».

¹²³³ Traduit de la présentation du projet disponible en ligne : https://www.ilo.org/beirut/projects/WCMS_546889/lang-en/index.htm.

¹²³⁴ https://www.ilo.org/beirut/projects/WCMS_546889/lang-en/index.htm.

¹²³⁵ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. ILO EIIP Contract ITB No 63/2019. Construction of a Vegetable Market in Al Qaa Municipality, Bekaa Governorate*, Lebanon, August 2019, p. 5.

¹²³⁶ Pour ce qui concerne spécifiquement l'accès des PME au marché public, voy. Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique*, 2019, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/daj-publication-guide-pratique-faciliter-acces-des-tpe-pme-a-commande-publique>.

locaux »¹²³⁷, en revanche dans la littérature manque une définition commune des *marchés publics HIMO*. Ces derniers regroupent un ensemble assez hétérogène de marchés qui à la fois se basent sur les deux caractéristiques principales de l'approche HIMO, à savoir l'utilisation massive de la main-d'œuvre (*Labour-based Technology*) (A), et le caractère local des ressources employées (*Local Resources based Technology*) (B), et à la fois y ajoutent des considérations éminemment socio-environnementales. Dans la suite, on va donc analyser les marchés publics HIMO en vertu des deux premiers facteurs, le troisième étant couvert par la section 2.

A : Le choix entre l'approche HIMO et l'approche HIEQ

Partons du premier point, celui de la *Labour-based Technology* telle qu'intégrée dans les marchés publics. Tout d'abord, il convient de souligner qu'opter pour l'utilisation massive de la main-d'œuvre plutôt que pour l'approche HIEQ dans l'exécution des travaux dépend d'une pluralité de facteurs, tels que la disponibilité de la main-d'œuvre dans une zone donnée, le temps à disposition pour compléter les travaux, « l'importance quantitative des travaux [...], le ciblage géographique [...], la nature des travaux [...], le niveau des rémunérations, la durée et la saisonnalité des travaux, [...], le financement des travaux (fonds publics, partenaires au développement, ONG) »¹²³⁸, ainsi que l'existence de certains standards qualitatifs qui exigent le recours aux équipements de manière complémentaire par rapport à la main-d'œuvre¹²³⁹. En ce sens, il peut s'avérer, par exemple, que « quelques équipements » soient « nécessaires pour garantir une bonne qualité »¹²⁴⁰, ou encore, il peut arriver que l'approche HIMO ne soit pas adaptée (ou, même pas techniquement faisable) en raison du manque de « ressources matérielles [...] ou humaines »¹²⁴¹ dans la zone concernée. Dans ces cas, il est opportun de trouver une

¹²³⁷ Voy. par exemple Le Président de la République du Cameroun, Décret no. 2018/366 du 20 juin 2018 portant le nouveau code des marchés publics, article 5 (b).

¹²³⁸ Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 8, disponible en ligne : www.sida.se ; Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), *Guide méthodologique - Créer de l'emploi au travers des projets à haute intensité de main-d'œuvre (HIMO)*, août 2013, p. 7. « La typologie des programmes et le cadre institutionnel le plus approprié pour leur mise en œuvre peuvent varier considérablement. Ils peuvent être mis en place en tant que réponse à une situation de crise pour créer de l'emploi, redistribuer des revenus en faveur des populations sinistrées et reconstruire ou améliorer les infrastructures détruites. Ils peuvent au contraire être mis en place pour répondre aux situations structurelles ou saisonnières de chômage, de sous-emploi ou de précarité de l'emploi ».

¹²³⁹ « Time is a more important factor than cost in deciding whether to adopt employment – intensive methods and unreasonable programmes may oblige government and/or contractors to resort to the use of equipment ». Voy. Commission européenne, *Op. cit.*, 2009/220452/1, Rapport Final, octobre 2010 – commanditée par l'AIDCO E3/ESIP.

¹²⁴⁰ Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, p. 2.

¹²⁴¹ Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Op. cit.*, 2017, p. 22.

« combinaison appropriée entre main-d'œuvre et équipements »¹²⁴², un « dosage optimal [qui] est très dépendant » des conditions locales et « doit être adapté à chaque pays et à chaque région dans ces pays »¹²⁴³ et, encore, au type de marché à exécuter.

Pour mieux comprendre comment le choix entre l'approche HIMO et l'approche HIEQ est adopté sur le plan pratique, on peut prendre l'exemple d'un projet routier dans une zone rurale ou urbaine¹²⁴⁴. Faisant « partie intégrante du développement urbain » local¹²⁴⁵, la route est reconnue « de tout temps [...] par les populations comme indispensable à leur développement », tout en améliorant « non seulement le désenclavement physique, mais aussi la mobilité, les échanges socioéconomiques et culturels, l'accès aux zones à potentiel de production agrosylvopastorale et aux services

¹²⁴² Traduit de : Commission européenne, *Op. cit.*, 2009/220452/1, Rapport Final, octobre 2010 – commanditée par l'AIDCO E3/ESIP, p. 5. « 'Employment-intensive' is the term used by the International Labour Organisation (ILO) to mean the optimal use of labour to reach maximum effect on poverty reduction, while paying due regard to cost and quality issues. It should be distinguished from the maximum use of labour, often with the specific exclusion of equipment. Generally, an appropriate mix of labour and equipment is required to provide products of adequate quality in a cost effective manner ».

¹²⁴² <https://europa.eu/capacity4dev/public-employment-social-protection/wiki/study-employment-intensive-methods-infrastructure-and-other-non-social-sector-programmes-2010>.

¹²⁴³ Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, pp. 2-3. Il y a aussi le facteur relatif au « niveau des salaires dans le pays » qui doit être pris en compte. Il a été, en fait, mis en exergue que dans les Etats où « le niveau des salaires est très faible la composante main-d'œuvre sera très élevée (mais quelques équipements sont souvent nécessaires pour garantir une bonne qualité) ; puis, au fur et à mesure que les salaires augmentent, de plus en plus de main-d'œuvre est remplacée par des équipements ». Voy. aussi Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), *Guide méthodologique - Créer de l'emploi au travers des projets à haute intensité de main-d'œuvre (HIMO)*, août 2013, p. 11.

¹²⁴⁴ Entre autres, voy. l'exemple du Burkina Faso dont « le réseau routier est encore faible avec seulement 0,24% de routes bitumées. En zone rurale, 76% de la population n'a pas accès à des infrastructures routières praticables en toute saison. La région de l'Est fait partie des régions ayant un faible réseau routier praticable toute l'année. En fait, elle ne dispose actuellement que d'un tronçon bitumé de 411,5 km sur 3527,144 km de routes classées ». Sur ce point, voy. Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Op. cit.*, 2017. Voy. aussi <https://www.eda.admin.ch/deza/fr/home/activites-projets/projets.html/content/dezaproyets/SDC/en/2002/7F02218/phase5>. Le Burkina Faso a adopté une politique de développement du secteur transport sur la période 2011-2025. Le premier programme d'actions prioritaires de cette politique consacre la mise à niveau des infrastructures de transport rural, l'amélioration des services de transport rural et l'accès des populations rurales aux moyens intermédiaires de transport. Il prévoit entre autres, l'aménagement d'environ 4'000 km de pistes rurales par la méthode mécanisée et 1'000 km de pistes rurales par la méthode haute intensité de main d'œuvre. Un secrétariat permanent est en place et coordonne les appuis avec une prise en compte de l'approche HIMO.

¹²⁴⁵ CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.ENABLE.be> ; voy. aussi le projet PREST 5 - Pistes rurales et désenclavement à l'Est, conduit par la Suisse avec la Banque Mondiale au Burkina Faso. Il s'agit d'un « projet d'infrastructures et de mobilité avec la méthode haute intensité de main d'œuvre (HIMO) », <https://www.eda.admin.ch/deza/fr/home/activites-projets/projets.html/content/dezaproyets/SDC/en/2002/7F02218/phase5>. « Les routes constituent un soutien à la croissance économique par la mobilité des personnes et des marchandises ». Voy. aussi David Stiedl, *Contract documents for small contract in the road sector*, Technical Brief no. 5, Organisation Internationale du Travail, 2000, p. 1. Voy. aussi le programme du Gouvernement de Timor-Leste's dans le secteur routier « the Roads for Development Programme (R4D) », dont les détails sont disponibles en ligne : https://www.ilo.org/jakarta/info/public/pr/WCMS_549706/lang-en/index.htm. « The overarching rationale and goal for R4D is that : Women and men in rural Timor-Leste are deriving social and economic benefits from improved rural road access. R4D focuses on the rehabilitation and maintenance of Timor-Leste's 1,975 km of core rural road network – covering 12 Municipalities. Without compromising quality, local contractors employ community members to build and maintain roads servicing their communities. Strengthening the capacity of the public and private sector to plan, design and implement rural road improvements is also an important objective of R4D ». Voy. encore Elisabeth Stock et Jan de Veen, *Expanding Labour-Based Methods for Road Works in Africa*, in Sub-Saharan Africa Transport Policy Program (SSATP) Working Paper no. 22, Washington DC, 1996.

sociaux de base tels que l'éducation, la santé, l'eau potable ou encore les marchés »¹²⁴⁶. D'un point de vue pratique, la construction de la route peut se faire « en dur » ou non¹²⁴⁷. Mais cela constitue une « décision importante » qui peut contribuer à un meilleur « drainage de la route et des parcelles avoisinantes, la gestion des eaux pluviales, le trafic et le poids des véhicules »¹²⁴⁸, tout en entraînant « une série de bénéfices en termes de santé publique et d'assainissement : la quantité de poussière diminue et les eaux ne stagnent plus, ce qui provoque une baisse des cas de maladies d'origine hydriques. Le drainage des eaux de pluie réduit les risques d'inondations »¹²⁴⁹. Ainsi, « [d]u point de vue des transports, un trafic fluidifié et une circulation plus aisée favorisent le développement économique en améliorant l'accès aux micro-entreprises locales »¹²⁵⁰.

Dans ce cadre, le choix du type de revêtement en dur – tels que le pavé, le béton, le goudron – a un impact non seulement sur la qualité de vie des personnes concernées, mais aussi sur la relative méthode d'exécution des travaux. Si pour certains types de revêtements il est préférable une mise en œuvre plutôt mécanique (HIEQ), pour d'autres il est possible de procéder avec l'utilisation massive de la main-d'œuvre (HIMO). En particulier, il a été démontré que les « routes pavées présentent les avantages [...] de l'utilisation efficace de la main-d'œuvre », tout en nécessitant « très peu d'engins mécanisés »¹²⁵¹. En revanche, les routes bétonnées et goudronnées nécessitent « une mise en œuvre mécanique », avec un certain nombre de « complications lorsqu'il s'agit

¹²⁴⁶ Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Op. cit.*, 2017. Voy. aussi https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_099513/lang--en/index.htm. « Rural roads provide access to markets and employment centres and have a sustained impact on employment. It is easier, faster, more convenient and less expensive for people to travel and transport their produce if the road network is in good shape. This results not only in expanded opportunities to sell produce or find work but also in increased productivity and profits. Rural roads provide opportunities for the rural transport sector to develop which in turn benefits both users and operators of rural transport services and the entire rural transport service supply industry. Irrigation facilities increase agricultural production and enhance productivity. Public market facilities bring buyers and sellers together and stimulate local trade. Various backward and forward linkages will stimulate local economic development and provide new income opportunities for the rural poor ».

¹²⁴⁷ Par exemple, dans le projet « Développement économique et social via les chantiers de pavage », aussi dit Projet Pavage, géré par l'Agence belge de développement (CTB) et le gouvernement burundais dans les communes de Kinama, Kamenge et Cibitoke, au nord de la ville de Bujumbura (2009-2015), les routes ont été construites en dur. « Ce projet consiste en la construction de 36 kilomètres de routes pavées dans le cadre de chantiers-écoles situés dans les communes de Kinama, Kamenge et Cibitoke, au nord de la ville de Bujumbura. Ces chantiers appliquent la méthode à haute intensité de main d'œuvre (HIMO). À terme, le Projet Pavage permettra de fournir des emplois à environ 4 500 personnes résidant dans ces communes, pour une période de maximum neuf mois. Environ 13% des ménages habitant dans la zone d'intervention seront touchés par le projet ». Voy. CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be>.

¹²⁴⁸ *Ibid.*

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ *Ibid.*

¹²⁵¹ *Ibid.* « À part le compactage, toutes les autres activités peuvent être réalisées par une main-d'œuvre peu ou pas qualifiée, qui est amplement disponible dans la zone d'action ».

d'effectuer des modifications (pose de conduites) et/ou des réparations »¹²⁵². Si les routes bétonnées et goudronnées « présentent l'avantage de la rapidité d'exécution » et le désavantage « d'un coût élevé », les routes pavées comportent « un coût relativement faible » de construction et « l'aisance des modifications et des réparations », tout en ayant « le désavantage d'une lenteur parfois significative dans leur mise en œuvre »¹²⁵³.

Sur une telle base, il est possible de comparer, en général, l'approche HIMO avec l'approche HIEQ : si « au passif » de la première figure « la lenteur des travaux »¹²⁵⁴, à son actif il y a la réduction des coûts. En fait, malgré « l'extrême hétérogénéité des projets » concernés¹²⁵⁵ et l'impossibilité de tracer une tendance homogène, il a été souvent souligné que « les méthodes 'modernes' importées des pays développées et qui utilisent des machines pour la plupart des tâches » comportent généralement des coûts majeurs par rapport à l'approche HIMO surtout dans les pays moins avancés¹²⁵⁶. Par exemple, à Madagascar on a estimé que, pour les projets routiers, « le coût au kilomètre des projets HIMO est largement inférieur à celui des projets HIEQ »¹²⁵⁷.

L'utilisation massive de la main-d'œuvre est donc « une alternative technologique qui s'impose chaque fois que c'est techniquement possible et économiquement rentable »

¹²⁵² *Ibid.* Pour les routes pavées, les « réparations peuvent s'effectuer très rapidement, avec un minimum d'investissement, avec une main-d'œuvre peu qualifiée et peu coûteuse. Ce n'est pas le cas pour les routes bétonnées ou goudronnées, dont la réparation requiert des matériaux coûteux et une technicité élevée. Or si ces réparations ne sont pas correctement effectuées, cela affecte la durée de vie des routes ».

¹²⁵³ CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be>. En outre, « [l]es routes pavées sont très durables, même avec un minimum d'entretien : environ 30 à 40 ans par rapport à 15 ans pour les routes goudronnées. Le pavage présente aussi l'avantage d'être plus perméable que le goudronnage et le bétonnage, ce qui réduit le ruissellement. En outre, le recours minimum aux énergies fossiles est un aspect environnemental à prendre en compte ». Les routes pavées empêchent aussi « les vitesses excessives et protègent donc implicitement les usagers de la route les plus vulnérables, comme les enfants, les piétons et les cyclistes. Cette protection peut encore être renforcée grâce à la mise en place de ralentisseurs de vitesse ».

¹²⁵⁴ Mireille Razafindrakoto et François Roubaud, *Op. cit.*, p. 27.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, p. 20.

¹²⁵⁶ Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, p. 3. Pour ce qui concerne les coûts relatifs à l'approche HIMO telle qu'adoptée dans les projets routiers à Madagascar, voy. Mireille Razafindrakoto et François Roubaud, *Op. cit.*, p. 21. Voy. aussi CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be>. « À titre d'exemple, la Chaussée de l'Agriculture (une route goudronnée en mairie de Bujumbura, d'une largeur de 6 mètres), réalisée en 2008 avec le financement de l'Union européenne dans le cadre du projet 'Voirie urbaine', a coûté sans la moindre infrastructure d'assainissement environ 500.000 euros par kilomètre. L'ordre de grandeur est nettement supérieur à celui d'une route pavée, qui peut coûter, selon les modalités de mise en œuvre, de 180.000 à 300.000 euros par kilomètre ». Voy. aussi Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 10, disponible en ligne : www.sida.se. « Les méthodes HIMO sont généralement, mais pas toujours, moins coûteuses que les méthodes à haute intensité d'équipement ». Selon l'étude, « [a]u Burkina Faso, par exemple, le pavage d'un m² est plus cher avec la méthode HIMO qu'avec la méthode HIEQ [...]. Les deux actifs sont en fait difficilement comparables car la route bitumée nécessite un entretien coûteux et régulier (tous les cinq ans) alors que la route pavée ne demande qu'un entretien peu coûteux et beaucoup moins fréquent ». Voy. également https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_099513/lang--en/index.htm. « A study carried out in 2008 in Aceh comparing road works using the local resource-based approach with road works using more traditional approaches concluded that the average total costs of the local resource-based roads was 10-50% less than that of other approaches ».

¹²⁵⁷ Mireille Razafindrakoto et François Roubaud, *Op. cit.*, p. 21 ; Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Op. cit.*, 2017, p. 21.

sur la base d'études de faisabilité technique et de rentabilité économique spécifiques¹²⁵⁸. Il en résulte que la main d'œuvre n'est pas utilisée en mesure prépondérante par rapport aux équipements lourds si cela n'est pas faisable d'un point de vue technique¹²⁵⁹, ou lorsque cela entraîne des coûts excessifs empêchant d'obtenir des « produit[s] rentable[s] et de qualité satisfaisante »¹²⁶⁰.

En vertu de ces deux limites, l'article 57 du Code camerounais sur les marchés publics (2018) prévoit, par exemple, que « [I]es conditions d'exécutions indiquées dans les documents de consultation doivent privilégier chaque fois que cela est possible, l'utilisation de l'approche à Haute Intensité de Main d'Œuvre (HIMO), conformément à la réglementation en vigueur et selon les méthodes d'exécution à préciser dans les Cahiers des Clauses Techniques Particulières [CCAP] »¹²⁶¹. À cet égard, en consultant les DAO publiés sur le site de l'Agence de Régulation des marchés publics au Cameroun¹²⁶², on constate qu'il n'est pas rare que les relatifs CCAP prévoient que la construction et l'aménagement des ouvrages « se feront obligatoirement par l'approche HIMO »¹²⁶³. En parallèle avec cette disposition, il est souvent établi que « [I]es paiements sur les chantiers HIMO se feront de manière hebdomadaire »¹²⁶⁴, ou en procédant à une avance¹²⁶⁵, en

¹²⁵⁸ Voy. l'article 4 du Décret du Premier Ministre camerounais no. 2014/0611/PM du 24 mars 2014 fixant les conditions de recours et d'application des approches à haute intensité de main-d'œuvre. Conformément à l'article 55 du décret no. 2018/366 du 20 juin 2018 portant le nouveau code des marchés publics du Cameroun, les études préalables « doivent définir les spécifications et la consistance des prestations objet du marché et déboucher, soit sur un avant-projet définissant toutes les caractéristiques de l'ouvrage à réaliser ou des fournitures à livrer, soit sur les termes de référence des services concernés. Les études préalables sont obligatoires et doivent tenir compte, notamment [...] de la promotion de l'emploi à travers la valorisation des ressources locales telles que la main d'œuvre, les matériaux locaux par l'approche technique de Haute Intensité de Main d'œuvre (HIMO) notamment, conformément à la réglementation en vigueur ».

¹²⁵⁹ « Les travaux d'infrastructure, liés à l'environnement et aux travaux agricoles peuvent être réalisés en utilisant une grande variété de méthodes de techniques et d'équipements ». Voy. Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019. Voy. aussi Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), *Guide méthodologique - Créer de l'emploi au travers des projets à haute intensité de main-d'œuvre (HIMO)*, août 2013, pp. 21 et s. Une « étude de faisabilité technique est impérative pour certains types projets (complexe ou spécifique), cette dernière permettra de : Identifier les sites par leurs coordonnées géographiques, leurs caractéristiques (superficie, longueur, état des sols, etc.), le village dont ils relèvent etc.; Déterminer le type des travaux à réaliser ; Evaluer le volume des travaux sur le terrain ; Estimer le besoin réel en Homme/jour (HJ) pour réaliser les ouvrages ; Informer et discuter avec les bénéficiaires directs de la méthodologie de mise en œuvre ; Elaborer le cahier de charge d'exécution des travaux pour chaque site ; Sur base des échéanciers de mise en œuvre, développer les indicateurs de suivi de qualité ».

¹²⁶⁰ Commission européenne - Capacity4dev, *Compte-rendu : les infrastructures à haute intensité de main d'œuvre* ; Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, p. 2.

¹²⁶¹ Voy. article 57 du décret no. 2018/366 du 20 juin 2018 portant le nouveau code des marchés publics du Cameroun.

¹²⁶² <http://armp.cm/>.

¹²⁶³ Voy. par exemple République du Cameroun, Cahier de Clauses Administratives Particulières (CCAP), Dossier d'appel d'offres national ouvert en urgence n. 008/AONO/RG-OU/C.FBAN/CIPM-TBEC/2020 du 19 mars 2020, Commune de Foumban, article 17 bis, disponible en ligne: http://pridesoft.armp.cm//0903_dao_dl/index.php?type_publication=AO&id_publication=21249.

¹²⁶⁴ Voy. l'article 13(5) du Décret du Premier Ministre camerounais no. 2014/0611/PM du 24 mars 2014 fixant les conditions de recours et d'application des approches à haute intensité de main-d'œuvre.

¹²⁶⁵ L'« avance correspond au versement d'une partie du montant du marché public au titulaire avant tout commencement d'exécution de ses prestations, contrairement à l'acompte qui concerne les prestations ayant donné lieu à un commencement d'exécution. Il s'agit d'une dérogation à la règle du 'service fait', selon laquelle l'exécution du

raison de la particulière vulnérabilité du cocontractant « aux retards de paiement »¹²⁶⁶ découlant « du grand nombre de travailleurs temporaires » employés¹²⁶⁷.

B : Le caractère local des ressources utilisées

Outre la prévision explicite de la méthode à haute intensité de main-d'œuvre comme « approche d'exécution des travaux »¹²⁶⁸, les marchés publics HIMO intègrent aussi des clauses spécifiques d'insertion et de formation des travailleurs ciblés et d'utilisation de matériaux locaux, en vertu de la *Local Resources based Technology*.

Dans certains cadres juridiques, le caractère *local* des ressources à utiliser est défini de manière précise. C'est le cas, par exemple, du décret camerounais no. 2014/0611/PM du 24 mars 2014 qui désigne les « matériaux locaux » comme « l'ensemble des matières premières localement disponibles ou des produits provenant de leur transformation ayant nécessité un maximum de 30% d'intrants importés »¹²⁶⁹.

service est un préalable au paiement ». Sur ce point, voy. par exemple Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique*, 2019, p. 28, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/daj-publication-guide-pratique-faciliter-acces-des-tpe-pme-a-commande-publique>.

¹²⁶⁶ CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be>. « Un environnement favorable signifie notamment la garantie d'un flux de financement régulier pour les travaux, la rationalisation des procédures administratives et de décaissement, l'accès pour les entrepreneurs à des facilités de crédit et aux équipements, une charge de travail raisonnable et soutenue et une réelle capacité de l'organisme contractant à gérer les contrats ». Voy. David Stiedl, *Contract documents for small contract in the road sector*. Technical Brief no. 5, Organisation Internationale du Travail, 2000, p. 10. Dans les cas de paiements tardifs, certains auteurs remarquent que le cocontractant n'est pas toujours protégé par une « compound interest clause ». En particulier, « [t]he only item that appears at variance with the needs for small contractors is the provision for late payment by the employer. The contractor is not covered by a compound interest clause, his only recourse is to suspend or terminate the works. This appears to be too drastic for our circumstances, and may not be a very viable option for a contractor with a large labour force to pay ». Voy. ainsi Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique*, 2019, p. 33, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/daj-publication-guide-pratique-faciliter-acces-des-tpe-pme-a-commande-publique>. Le guide précise que, en France, « [l]'article R. 2192-10 du CCP prévoit un délai maximal de 30 jours pour le paiement des sommes dues aux tiers par l'État et ses établissements publics (autres que ceux à caractère industriel et commercial), les collectivités territoriales et les établissements publics locaux. Afin d'inciter les organismes publics à se conformer au délai réglementaire, des intérêts moratoires courent de plein droit, ainsi qu'une indemnité forfaitaire de 40€ pour frais de recouvrement, dès le lendemain de l'expiration du délai de paiement ou de l'échéance prévue par le marché. Les entreprises n'ont aucune démarche à effectuer pour en bénéficier. Cependant, si elles constatent que les intérêts moratoires dus n'ont pas été versés, elles sont fondées à en solliciter le règlement ».

¹²⁶⁷ CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be>.

¹²⁶⁸ Voy. article 5 (b) du décret no. 2018/366 du 20 juin 2018 portant le nouveau code des marchés publics du Cameroun. Voy. aussi Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Fiche. Allotissement dans les marchés*, 2019, disponible en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/allotissement-dans-marches-2019.pdf. À noter que l'article L. 2113-10 du code de la commande publique française « dispose que « les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. / L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots ».

¹²⁶⁹ Article 2 du Décret du Premier Ministre camerounais no. 2014/0611/PM du 24 mars 2014 fixant les conditions de recours et d'application des approches à haute intensité de main-d'œuvre.

Pour ce qui concerne la main d'œuvre locale, on peut utiliser des critères comme la résidence ou le domicile des personnes concernées pour en déterminer la proximité par rapport à l'ouvrage qui doit être édifié/entretenu¹²⁷⁰, ou leur inscription à une Agence territoriale pour l'emploi (ou similaire), *etc.*

Le Code camerounais des marchés publics (2018) prévoit, par exemple, que le cocontractant doit s'engager à recruter les ouvriers de concert avec la Commune territorialement compétente¹²⁷¹.

Au sein de l'« Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP) » au Liban¹²⁷², on observe qu'il est souvent demandé au contractant de « recruter les membres de la communauté locale pour exécuter les travaux »¹²⁷³, en favorisant par exemple celle « de la zone du site »¹²⁷⁴, selon des critères spécifiquement établis dans les DAO. Dans certains de ceux-ci, il est expressément établi que la « main-d'œuvre non qualifiée doit

¹²⁷⁰ Voy. par exemple Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme in Lebanon (EIIP), *Bid Document. Annex E2. Guidelines Routine Road Maintenance*, Lebanon, Avril 2019, Paragraphe 2.3 'Selection of CMG members'. Pour les marchés publics d'entretien des routes, il est expressément prévu que le cocontractant doit « employ Lebanese and Syrians from the local community [...], ie people who are living in the vicinity of the roads included for maintenance ». Voy. également Peter Roberts, Shyam KC, Cordula Rastogi, *Rural access index: a key development indicator*, The World Bank Transport Papers, Washington DC, mars 2006. « The World Bank has developed a Rural Access Indicator [RAI] which measures the number of rural people who live within 2 km (typically equivalent to a walk of 20 minutes) of an all-season road as a proportion of the total rural population. This indicator is not an MDG indicator, but it is a key contribution to achieving many of the MDGs. Surveys have shown that poor people view isolation as a major contributor to their poverty and marginalisation ». Voy. sur ce point : https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_099513/lang--en/index.htm#P11_973. Voy. aussi <https://datacatalog.worldbank.org/dataset/rural-access-index-rai>. « Originally developed by the World Bank in 2006, the RAI is among the most important global development indicators in the transport sector, providing a strong, clearly understandable and conceptually consistent indicator across countries. Although the underlying methodology has been recently updated to leverage additional sources of data, the RAI remains the most widely accepted metric for tracking access to transport in rural areas ».

¹²⁷¹ Voy. par exemple République du Cameroun, Cahier de Clauses Administratives Particulières (CCAP), Dossier d'appel d'offres national ouvert en urgence n. 008/AONO/RG-OU/C.FBAN/CIPM-TBEC/2020 du 19 mars 2020, Commune de Foumban, article 17 bis, disponible en ligne: http://pridesoft.armp.cm/0903_dao_dl/index.php?type_publication=AO&id_publication=21249.

¹²⁷² https://www.ilo.org/beirut/projects/WCMS_546889/lang--en/index.htm.

¹²⁷³ « The EIIP will tender the maintenance works to local construction companies. These contractors must however employ local community members to carry out the works. The contractor will be tasked with the planning and supervision of the maintenance activities carried out by the local communities ». Voy. Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. Annex E2. Guidelines Routine Road Maintenance*, Lebanon, avril 2019, Paragraphe 2.2 'Organisation of maintenance activities'.

¹²⁷⁴ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. Annex E2. Guidelines Routine Road Maintenance*, Lebanon, avril 2019, Paragraphe 2.2 Organisation of maintenance activities.

inclure au moins 50% de Syriens déplacés »¹²⁷⁵, outre que des travailleurs libanais qui vivent en proximité des routes à entretenir¹²⁷⁶.

Il convient aussi de noter que dans certains cas, comme en Afrique du Sud, on s'appuie sur un « contract participation goal (CPG) » (objectif de participation aux contrats)¹²⁷⁷ qui peut être utilisé, en tant qu'indicateur, (i) pour mesurer les résultats d'un contrat en relation avec l'implication/la participation d'un « targeted labour group » (groupe de travailleurs ciblé) ou/et des entreprises locales dans les travaux de construction, et (ii) pour fixer à cet égard un « target level of performance » (niveau cible de performance) que le contractant doit atteindre ou dépasser¹²⁷⁸.

Dans ce cadre, on peut arguer que la détermination du caractère *local* des ressources humaines et matérielles est susceptible de produire un certain nombre d'effets positifs. En particulier, cela peut contribuer à la fois à la « dynamisation du tissu économique

¹²⁷⁵ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. ILO EIIP Contract ITB No 63/2019. Construction of a Vegetable Market in Al Qaa Municipality, Bekaa Governorate*, Lebanon, août 2019, p. 39 (Section C-3 Particular Conditions. ILO Conditions of Contract based on FIDIC Green Book, point 4.1.6 Recruitment of Labour). « All general workers employed by the Contractor or Subcontractor must (i) be recruited from amongst the local population of the site area, and (ii) both male and female worker have equal opportunity to participate in the Project Works. The unskilled work force should comprise at least 50% displaced Syrians ». En outre, « [T]he application of local-resource-based construction methods requires an adequate number of qualified supervision and administration personnel. The Contractor will show that he/she has sufficient competent staff employed ». Il en résulte que « [t]he Project's approach includes the application of local resource based (and equipment supported) work methods (LRBT) and the active involvement of local communities in the implementation of the works ». Sur ce dernier point voy. en particulier p. 58 (Section D – Schedules. Contractor's Commitment to Community Employment Practices).

¹²⁷⁶ « The contractor must employ Lebanese and Syrians from the local community as members of the CMG, ie people who are living in the vicinity of the roads included for maintenance ». Voy. Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. Annex E2. Guidelines Routine Road Maintenance*, Lebanon, avril 2019, Paragraphe 2.3 'Selection of CMG members'. La question de la proximité est aussi au cœur du droit du travail au Kenya qui prévoit « que, dans la mesure du possible, la main-d'œuvre non qualifiée soit recrutée par l'intermédiaire de l'office du travail le plus proche afin de créer des emplois directement en puisant des ressources humaines dans le voisinage immédiat des sites » Sur ce dernier point, voy. Commission européenne - Capacity4dev, *Note d'orientation. Normes de travail et conditions de travail dans les infrastructures*, 2010, disponible en ligne : <https://europa.eu/capacity4dev/public-employment-social-protection/documents/note-dorientation-2010-normes-de-travail-et-conditions-de-travail-dans-les-infrastructures>.

¹²⁷⁷ En Afrique du Sud, il semble assez commun d'utiliser des « standardised resource specifications », tel que l'ISO 10845 de 2011 (ISO 10845-7:2011) portant sur les « Marchés de construction » dont la huitième et la neuvième parties se focalisent respectivement sur la « participation des entreprises et de la main d'œuvre locales dans les contrats », et la « participation de la main d'œuvre cible dans les contrats ». Voy. <https://www.iso.org/standard/46196.html> ; <https://www.iso.org/standard/46197.html>. Voy. Aussi Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250. Les utilisateurs dudit ISO peuvent choisir « the target group which they wish to target e.g. women, youth, low wage earners, small scale enterprises, local enterprises ». L'auteur mentionne ainsi les standards suivants : TP1: Targeting of Affirmable Business Enterprises ; TP2: Structured Joint Ventures (Affirmable Partners) ; TP3: Structured Joint Venture (Targeted Partners) ; TP4: Targeting of Local Resources ; TP5: Engagement of Targeted Labour; and TP6: Targeting of Affirmable Professional Service Providers ». Voy. aussi <http://www.cidb.org.za/AboutUs/Pages/default.aspx>. « The Construction Industry Development Board (cidb) - a Schedule 3A public entity - was established by Act of Parliament (Act 38 of 2000) to promote a regulatory and developmental framework that builds: Construction industry delivery capability for South Africa's social and economic growth. A proudly South African construction industry that delivers to globally competitive standards ».

¹²⁷⁸ <https://www.iso.org/standard/46197.html>. Voy. Aussi Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250.

local »¹²⁷⁹, la « création de valeur ajoutée locale »¹²⁸⁰, l'« utilisation rationnelle des ressources locales »¹²⁸¹ et un recours à moins « d'intrants importés »¹²⁸².

Section 2 : Les marchés publics HIMO entre contraintes concurrentielles et développement durable

La connotation locale de l'approche HIMO peut « se heurter au[...] principe[...] de non-discrimination »¹²⁸³ et donner lieu à une restriction plus ou moins intense de la concurrence au sein des marchés publics (paragraphe 1). En même temps, une telle connotation peut aller de pair avec l'atteinte de certaines considérations socio-environnementales (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'approche HIMO et les dérogations à la concurrence

Compte tenu de sa connotation fortement locale, l'approche HIMO peut justifier, sous certaines conditions, des dérogations par rapport à la règle d'or des marchés publics, notamment la mise en concurrence. En fait, il s'avère souvent que, dans les marchés publics HIMO, il y a un assouplissement plus ou moins intense des règles de l'ouverture¹²⁸⁴ allant de la restriction de la concurrence en faveur des « trainee contractors

¹²⁷⁹ Ministère de l'économie et des finances français, *Réponse. Circuits courts dans les marchés publics*, Journal Officiel Sénat du 23/05/2019, p. 2755 par rapport à la question écrite no. 09159 de Mme Nadia Sollogoub (Nièvre - UC), Journal Officiel Sénat du 28/02/2019, p. 1083, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/questions/base/2019/qSEQ190209159.html>.

¹²⁸⁰ Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Op. cit.*, 2017, p. 10. « Les travaux HIMO contribuent à l'augmentation du pouvoir d'achat des populations défavorisées, à la monétarisation du milieu rural et à la stimulation de la demande de biens et de services créés dans l'économie locale. Ces nouveaux circuits économiques contribuent ainsi à la croissance économique, catalyseur d'un cercle vertueux qui crée ensuite davantage d'emplois ».

¹²⁸¹ Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, p. 3.

¹²⁸² Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 10, disponible en ligne : www.sida.se ; Organisation Internationale du Travail (OIT), *Local Economic Development and Employment Intensive Investments*, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/genericdocument/wcms_099642.pdf.

« The aim is to support the local economy and create indirect job opportunities for local enterprises rather than importing construction materials from far away or from abroad ».

¹²⁸³ Ministère de l'économie et des finances français, *Réponse. Circuits courts dans les marchés publics*, Journal Officiel Sénat du 23/05/2019, p. 2755 par rapport à la question écrite no. 09159 de Mme Nadia Sollogoub (Nièvre - UC), Journal Officiel Sénat du 28/02/2019, p. 1083, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/questions/base/2019/qSEQ190209159.html>.

¹²⁸⁴ United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 92 ; Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, p. 72.

only » (seuls soumissionnaires formés)¹²⁸⁵ à la réservation du marché et l'entente directe¹²⁸⁶.

On peut donc distinguer deux cas, à savoir : les travaux HIMO confiés sans appel d'offres ouvert à la concurrence (A), et les travaux HIMO confiés avec appel d'offres restreint ou ouvert à la concurrence (B).

A : Les travaux publics HIMO effectués hors marchés publics ou avec appel d'offres non concurrentiel

Les travaux HIMO peuvent être réalisés « en régie [« force account » ou « in house »], soit avec des travailleurs sélectionnés par les communautés directement concernées par les travaux, soit avec des employés contractuels recrutés et rémunérés par le gouvernement selon des dispositifs spécifiques à mettre en place pour les travaux HIMO »¹²⁸⁷.

Dans ce dernier cas, l'autorité publique a l'intérêt et la capacité technique pour exécuter les travaux directement¹²⁸⁸ en recrutant l'éventuelle main-d'œuvre supplémentaire dont elle a besoin et en s'occupant ainsi de la supervision, de l'administration et de la gestion de celle-ci¹²⁸⁹.

En revanche, le premier cas renvoie au modèle des contrats communautaires (« community contracting »)¹²⁹⁰, selon lequel l'autorité locale procède à une entente directe avec une « organisation communautaire »¹²⁹¹. Dans une telle situation, c'est cette

¹²⁸⁵ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, p. 130.

¹²⁸⁶ *Ibid.*, pp. 72,131. « A basic principle in competitive bidding is that any qualified contractor is allowed to participate in the tender. A qualified contractor needs to hold the required technical and financial certifications and classification that matches the size and nature of the works ».

¹²⁸⁷ Bureau International du Travail (BIT), *Burkina Faso. Vers une stratégie de travaux publics à haute intensité de main-d'œuvre. Améliorer la protection sociale et promouvoir l'emploi. Un projet BIT/UE*, 2012, p. 41.

¹²⁸⁸ United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 10.

¹²⁸⁹ Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250 ; Elisabeth Stock et Jan de Veen, *Expanding Labour-Based Methods for Road Works in Africa*, in Sub-Saharan Africa Transport Policy Program (SSATP) Working Paper no. 22, Washington DC, 1996.

¹²⁹⁰ Emilio Salomón Álvarez, « Guide no. 3 community contracting to execute public works and manage services with a gender and inter-cultural approach », in *Series of Guides for integrated rural access planning and community contracting in water and sanitation*, Genève, Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), 2015. « The ILO Employment Intensive Investment Programme (EIIP) has been using Integrated Rural Access Planning (IRAP) and Community Contracting (CC) tools for some years in order to plan and build public infrastructure works in several sectors and levels of government ».

¹²⁹¹ Traduit de : United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 92. « The community contractor is not selected by competitive procurement, as it is assumed that there cannot be more than one organization

dernière qui « agit en tant que réalisateur » en mettant en œuvre les travaux directement avec la main-d'œuvre locale recrutée pour l'occasion¹²⁹². Par ailleurs, il convient de noter que ce modèle englobe des méthodes assez différentes les unes des autres¹²⁹³, avec des divergences quant à la dérogation du « modèle conventionnel »¹²⁹⁴ de passation des marchés publics.

À la différence de ce dernier, les contrats communautaires ne comportent pas d'appels d'offres ouverts à la concurrence, car ils sont pour la plupart « single sourced » (attribués directement)¹²⁹⁵ sur la base de procédures simplifiées et de documents

or committee that can claim to represent the beneficiary community, for the same scheme ». Voy. aussi Organisation internationale du Travail (OIT) - Somalia Programme - Employment for Peace and Development, *Community contracting approach*, décembre 2007, p. 3. « The committee implements the project. The community members are engaged in work opportunities through a transparent recruitment process for a fair and equal wage ».

¹²⁹² Traduit de : United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 92 ; Voy. aussi Organisation internationale du Travail (OIT) - Somalia Programme - Employment for Peace and Development, *Community contracting approach*, 2007, p. 3. « The committee implements the project. The community members are engaged in work opportunities through a transparent recruitment process for a fair and equal wage ».

¹²⁹³ « While community participation, usually led by some form of civil society organization or elected committee, is a constant, the term 'contracting' is often used more vaguely and may mean that the community group acts as a contractor, that it engages local contractors to implement works, or even in such situations where nothing recognizable as a 'contract' is involved ». Des exemples de cette approche sont les suivants : « A centralized project implementation unit devolves substantial (though not usually full) powers to implement the scheme to a local community group. The role of the community group may include hiring contractors through a competitive process or direct employment of local labour ; [...] A civil society organization, for example, a farmer group for an irrigation scheme, implements works under a contract agreement with a local government ; [...] A local government engages a locally-based small contractor through an informal competitive process, with or without oversight from a community-based committee ; [...] A local committee which is itself part of the structure of local government, acts as implementer under agreement with a higher level of local government [...] ; A local government implements labour-intensive works by hiring labour from within the beneficiary community [...] ». Voy. United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 92. Voy. aussi Emilio Salomón Álvarez, « Guide no. 3 community contracting to execute public works and manage services with a gender and inter-cultural approach », in *Series of Guides for integrated rural access planning and community contracting in water and sanitation*, Genève, Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), 2015. « Aside from the goods created with the funds of the Project, community contracting provides an efficient way of injecting income directly among the poor people of the community by offering them jobs as well as in the local companies by awarding locally contracted public works ». Voy. ainsi Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, Genève, 2019, p. 72, « [i]t is necessary to distinguish community contracting from self-help schemes or 'voluntary' labour contributions. Community contracting for local infrastructure works providing public assets always involves paid work ».

¹²⁹⁴ Traduit de : Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250. « The conventional model whereby a conventional contractor hires labour directly and provides the supervision, administration and management required to execute the works ». Voy. aussi Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, p. 73 ; United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 92.

¹²⁹⁵ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, pp. 73-124. « Standard contract documents are generally voluminous and too complex for local infrastructure works. Therefore, there may be a need to develop or adopt appropriate documentation that is commensurate with the risks involved. Contract documentation suitable for local-resource based works has been developed in some countries through various development projects. In some cases contracting authorities have adopted these as their standard contract documents while in other cases they remain 'project specific' documents. [...] Simplified contract documentation for maintenance works has proved to be workable and well understood by micro entrepreneurs and local communities, although such documentation has generally not been tested for legal validity. [...] The FIDIC Short Form of Contract was introduced in the Rural Access and Capacity Building Project (RACBP) on Nias Island in Indonesia. The FIDIC documents were at that time not available in the local language. With the permission of FIDIC, this standard contract was translated into Bahasa Indonesia. All other parts of the tender and contract documents were also translated and presented together with the English version. [...] The degree of complexity of contract documentation should reflect the nature of works and

contractuels relativement simples « in scope and content » (dans leur portée et leur contenu)¹²⁹⁶. L'objectif est de mettre en œuvre un « procurement tool empowering communities » (mécanisme d'achat pour l'autonomisation des communautés) tout en assurant à ces dernières un rôle exécutif dans les diverses étapes du projet HIMO, y compris l'exécution des relatifs travaux¹²⁹⁷. Les contrats communautaires constituent donc l'un des cas où les « procédures d'adjudication peuvent être dérogées » sous certaines conditions spécifiques¹²⁹⁸.

Dans certains cadres juridiques, lesdits contrats communautaires sont même désignés comme le moyen privilégié pour exécuter les travaux à petite échelle sous les gouvernements locaux¹²⁹⁹. C'est le cas, par exemple, des « Local Body Financial Administration Rules » de 2007 du Népal, selon lesquelles les contrats communautaires sont utilisés pour les travaux (i) dont le coût est en-dessous de trois millions et cinq cent mille roupies, et (ii) dont la « labour intensive technology » est applicable¹³⁰⁰. Les travaux répondant auxdites exigences sont confiés à un « Consumers' Committee » (Comité des consommateurs), qui doit être constitué de « local consumers » (consommateurs locaux)¹³⁰¹ avec une représentation des femmes, dalits, groupes indigènes/ethniques

risks involved, such as large infrastructure works, smaller works, labour-only contracts by community groups, maintenance operations, etc. To allow for effective and open tendering the use of short and simple documents, preferably in local language, is encouraged. Contract documentation should as much as possible be appropriate to allow local contractors to grow and diversify. There are internationally accepted and tested contract documents that are suitable for local infrastructure works, such as the FIDIC 'Short Form of Contract' and the WB's 'Standard Bidding Document for Procurement of Small Works' ».

¹²⁹⁶ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, p. 73.

¹²⁹⁷ Organisation internationale du Travail (OIT) - Somalia Programme - Employment for Peace and Development, *Community contracting approach*, 2007, p. 3. « A community contract is an agreement between a funding agency and a community represented by a committee in which the community undertakes to implement an agreed development project according to mutually established processes and funding arrangements. In simple terms the community are the 'contractor' and the funding agency the 'client' ».

¹²⁹⁸ Traduit de : Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, pp. 72,131. « A basic principle in competitive bidding is that any qualified contractor is allowed to participate in the tender. A qualified contractor needs to hold the required technical and financial certifications and classification that matches the size and nature of the works ».

¹²⁹⁹ United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 92.

¹³⁰⁰ Nepal Law Commission, *Local Body Financial Administration Rules* no. 2064, 2007, paragraphe no. 155 (i), disponible en ligne : <http://www.lawcommission.gov.np/en/wp-content/uploads/2018/09/local-body-financial-administration-rules-2064-2007.pdf>. « Generally, only a programme or project where labour intensive technology is applied excluding a work involving more complex technical aspect and which requires much use of machinery, shall be carried out through the Consumers' Committee ».

¹³⁰¹ *Ibid.*, paragraphes 155-156, disponible en ligne : <http://www.lawcommission.gov.np/en/wp-content/uploads/2018/09/local-body-financial-administration-rules-2064-2007.pdf>. En outre, en vertu duquel le « Consumer's Committee » a été désigné comme « the priority means of implementing local works schemes ». En particulier, « Consumers' Committee means a committee formed by a group of persons directly benefited from a construction work for formation, implementation, management, repair or maintenance of a particular construction work, which comprises those persons selected by them from among themselves by maintaining a particular procedure; and the term also includes a beneficiary group », conformément à l'article 2(r). Selon l'article 2(e), « Force Account means a construction work or service related work to be performed directly by a Local Body itself ». Voy. aussi United

correspondant à un pourcentage de 50% du total des membres – si les conditions le permettent –, tout en assurant un engagement d’au moins 33% de femmes¹³⁰². Dans l’exécution des travaux, le « Consumers’ Committee » (Comité des consommateurs) est appelé à mener lui-même les activités¹³⁰³ et à mobiliser le plus possible les ressources humaines et matérielles locales¹³⁰⁴.

B : Les dossiers d’appel d’offres favorisant l’approche HIMO

À côté des contrats communautaires et des marchés réservés, les travaux HIMO peuvent être passés aussi « via un dossier d’appel d’offres »¹³⁰⁵ basé sur la logique traditionnelle¹³⁰⁶ de l’ouverture à la concurrence (plus ou moins large), même si avec un certain nombre de spécificités résultant de l’approche HIMO.

À ces fins, des DAO-types HIMO sont parfois développés et utilisés dans certains « domaines d’activité prioritaire »¹³⁰⁷, établissant en premier lieu le recours massif à la main-d’œuvre locale dans l’exécution des travaux. Cela est prévu entre autres par les décrets camerounais no. 2014/0611/PM du 24 mars 2014 et no. 2018/366 du 20 juin 2018 (ce dernier portant nouveau code des marchés publics). De même, au Mali « des adaptations au niveau du DAO-type DGMP » ont été faites « [a]fin de promouvoir

Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 98, mentionnant les exemples des Solomon Islands avec la « Community Contracting guideline » au sein du Provincial Procurement and Contract Administration Manual ; du Bangladesh dont les « Public Procurement Regulations 2008 allow sub-national governments to implement through community-based committees – this is considered as a type of ‘Direct Contracting’ » ; de la Cambodge dont le « Public Procurement Sub-Decree 2006 allows Community Contracting as a special procurement modality » ; du Timor-Leste dont le « Ministry of State Administration has approved a guideline for community contracting ».

¹³⁰² Nepal Law Commission, *Local Body Financial Administration Rules* no. 2064, 2007, paragraphe no. 155 (p), disponible en ligne : <http://www.lawcommission.gov.np/en/wp-content/uploads/2018/09/local-body-financial-administration-rules-2064-2007.pdf>.

¹³⁰³ *Ibid.*, paragraphe no. 155 (f), disponible en ligne : <http://www.lawcommission.gov.np/en/wp-content/uploads/2018/09/local-body-financial-administration-rules-2064-2007.pdf>.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, paragraphe no. 156 (d), disponible en ligne : <http://www.lawcommission.gov.np/en/wp-content/uploads/2018/09/local-body-financial-administration-rules-2064-2007.pdf>.

¹³⁰⁵ CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be>.

¹³⁰⁶ Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250. « The conventional model whereby a conventional contractor hires labour directly and provides the supervision, administration and management required to execute the works ». Voy. aussi Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, p. 73. Voy. aussi CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be>.

¹³⁰⁷ Les « document types HIMO des marchés publics » constitue l’« ensemble des documents utilisés dans le cadre des marchés publics relatifs à HIMO, notamment les dossiers d’appel d’offres (DAO), les cahiers de charges, les termes de références et les lettres commandes ». En particulier, il est prévu que les DAO-types HIMO soient établis par le « ministère en charge des marchés publics et le ministère en charge de l’emploi [...] en collaboration avec les ministères sectoriels et les maîtres d’ouvrages » pour ce qui concerne un certain nombre de domaines d’activités prioritaires. Il s’agit par exemple des secteurs portant sur les « ouvrages de construction et/ou de la réhabilitation des infrastructures de base », la voirie et le drainage, l’assainissement, l’habitat et embellissement urbain, l’agriculture ». Voy. Articles 2 et 4 du Décret du Premier Ministre camerounais no. 2014/0611/PM du 24 mars 2014 fixant les conditions de recours et d’application des approches à haute intensité de main-d’œuvre.

l'emploi de la main-d'œuvre (exécution des travaux selon l'approche HIMO) », en « y insérant certains critères spécifiques favorisant l'approche HIMO »¹³⁰⁸.

Avant de se focaliser sur lesdites spécificités propres à ce type de DAO, il convient de souligner brièvement que l'obligation de recourir massivement à la main-d'œuvre locale peut ne pas être toujours adaptée.

En particulier, pour certains, l'utilisation de la main-d'œuvre locale de manière massive est techniquement difficile, non attractive pour un nombre considérable d'entreprises s'appuyant principalement sur des équipements lourds et elle n'est pas toujours viable d'un point de vue économique. Mais, les interprétations varient beaucoup d'un contexte à l'autre, d'un marché à l'autre. Par exemple, pour certains auteurs, l'approche HIMO constitue une option « moins compétitive »¹³⁰⁹ que l'approche HIEQ ; pour d'autres la méthode HIMO est économiquement efficiente en vertu de la compréhension du *value for money* comme allant au-delà de la simple « obtention d'un produit au prix le plus bas possible »¹³¹⁰, puisque « good procurement practices are not only about money » (les bonnes pratiques en matière d'achat ne se limitent pas à une gestion optimale des ressources économiques) et d'autres facteurs doivent être pris en compte¹³¹¹. En ce sens, les marchés publics HIMO deviennent « moteur » de l'économie¹³¹², tout en mettant « une part importante des dépenses » dans les mains des communautés locales¹³¹³, avec des retombées positives sur la société et l'environnement de la zone concernée.

Il importe encore de noter que, en raison de l'ouverture à la concurrence et du *value for money*, certains cadres juridiques ne sont pas considérés comme « immédiatement [...] adaptés aux approches à forte intensité de main-d'œuvre »¹³¹⁴. Conformément à ces approches, les exigences « d'un minimum de main d'œuvre locale ou de produits

¹³⁰⁸ Djibril Traore, *Rapport d'exécution de formation. Atelier de formation des petites et moyennes entreprises à la réponse aux appels d'offres pour la réalisation des travaux d'infrastructures publiques utilisant les techniques intensives en emploi*, Atelier de formation des petites et moyennes entreprises a la réponse aux appels d'offres pour la réalisation des travaux d'infrastructures publiques utilisant les techniques intensives en emploi, 07-11 juin 2010, Projet d'insertion des jeunes Agence pour la Promotion de l'Emploi des Jeunes dans la vie professionnelle à travers les investissements à haute intensité de main-d'œuvre (PEJIMO) et Agence pour la Promotion de l'Emploi des Jeunes (APEJ), Mali, pp. 6-7.

¹³⁰⁹ Au contraire, l'approche HIMO peut se considérer comme économiquement avantageux dans certains contextes. Voy. par exemple, Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, p. 7.

¹³¹⁰ Traduit de : United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 6.

¹³¹¹ *Ibid.*, p. 2.

¹³¹² Stéphane Saussier, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.webssa.net/files/MARCHEPUB-VFINALE.pdf>.

¹³¹³ Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250.

¹³¹⁴ Traduit de : Commission européenne, *Op. cit.*, 2009/220452/1, Rapport Final, octobre 2010 – commanditée par l'AIDCO E3/ESIP, p. 40.

fabriqués localement » constituent une « forme de soutien à l'économie locale »¹³¹⁵ et, de ce fait, elles devraient être limitées dans le temps¹³¹⁶ pour être ensuite abandonnées graduellement¹³¹⁷ au fur et à mesure que le marché peut s'ouvrir à la concurrence¹³¹⁸.

Si, en général, on peut considérer que la mise en concurrence « doit demeurer pour des motifs de bonne administration (lutte contre corruption, efficacité économique, compétitivité, règles de concurrence [...]) »¹³¹⁹ dans tous les contextes y compris au niveau local, une solution *one size fits all* ne semble cependant pas possible. Il est, en fait, difficile de donner une réponse unique vis-à-vis de ces dynamiques contradictoires, car il y a plusieurs types de marchés publics HIMO dont chacun a ses propres traits. En outre, comme déjà mis en exergue, dans les contextes locaux de développement, il peut être assez difficile de séparer le *value for money* de l'impact de l'investissement sur « l'emploi local, sur l'équité entre les groupes sociaux ou sur le renforcement et l'autonomisation des communautés locales »¹³²⁰. Sans oublier que, lorsqu'on requiert des méthodes HIMO, les grandes entreprises semblent moins disposées que les petites entreprises à effectuer les travaux sous ces conditions¹³²¹.

Revenant aux spécificités des DAO-HIMO, on observe une certaine variété allant de « l'application du droit de préférence accordé aux entreprises de la localité du site du projet ; la qualification du personnel clé de l'entreprise dans le domaine des travaux à haute intensité de main-d'œuvre ; [à] la bonification des entreprises soumissionnaires qui proposent des variantes pour les ouvrages ou les parties d'ouvrages qui peuvent être exécutées par la méthode HIMO »¹³²².

¹³¹⁵ Agence Française de Développement (AFD), *Directives pour la Passation des Marchés financés par l'AFD dans les États étrangers*, février 2017, paragraphe 2.1.4, p. 17. Voy. aussi David Stiedl, *Contract documents for small contract in the road sector*. Technical Brief no. 5, Organisation Internationale du Travail, 2000, p. 6.

¹³¹⁶ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, p. 102.

¹³¹⁷ *Ibid.*, p. 102.

¹³¹⁸ *Ibid.*, p. 102.

¹³¹⁹ François Souty, *Droit de la commande publique, circuits courts, proximité, développement durable et concurrence*, présentation au sein du Séminaire « Restauration collective locale et durable- problèmes juridiques », Nantes, MSH Ange-Guépin, 2016, disponible en ligne : https://lascaux.hypotheses.org/files/2016/06/Séminaire_RestoCo_Commande-publique-circuits-courts-et-de-proximité.pdf.

¹³²⁰ Traduit de : United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 10.

¹³²¹ Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250.

¹³²² Djibril Traore, *Rapport d'exécution de formation. Atelier de formation des petites et moyennes entreprises à la réponse aux appels d'offres pour la réalisation des travaux d'infrastructures publiques utilisant les techniques intensives en emploi*, Atelier de formation des petites et moyennes entreprises à la réponse aux appels d'offres pour la réalisation des travaux d'infrastructures publiques utilisant les techniques intensives en emploi, 07-11 juin 2010, Projet d'insertion des jeunes Agence pour la Promotion de l'Emploi des Jeunes dans la vie professionnelle à travers les investissements à haute intensité de main-d'œuvre (PEJIMO) et Agence pour la Promotion de l'Emploi des Jeunes (APEJ), Mali, pp. 6-7.

En général, il y a un certain nombre d'« éléments [qui sont considérés] essentiels pour un environnement favorable à la passation de contrats de travaux publics HIMO », tels que la « flexibilité dans les délais d'exécution », la « rationalisation des procédures de décaissement », le « rôle d'encadrement de la mission de contrôle », la « planification/alternance travail-formation », les « procédures d'attribution simplifiées (flexibilité) », le « renforcement des capacités des entrepreneurs », les « spécifications techniques et allotissement adaptés », les « modes d'exécution adaptés »¹³²³, la « catégorisation des entreprises du secteur des bâtiments et des travaux publics »¹³²⁴, la limitation de la concurrence aux seuls soumissionnaires qui ont réussi des formations spécifiques. Par exemple, au sein du programme HIMO au Liban qu'on a déjà mentionné, le DAO pour la construction d'un marché aux légumes dans la municipalité d'Al Qaa (Bekaa Governorat)¹³²⁵ prévoit que « l'appel d'offres est ouvert pour les soumissionnaires qui ont complété avec succès la formation portant sur la 'Local Resource Based Technology (LRBT)' telle que délivrée par l'OIT »¹³²⁶, avec l'obtention de « recognized skills certificates » (certificats de compétences reconnues)¹³²⁷. La participation aux dites séances de formation constitue donc « a [pre-tender] mandatory training » (une formation obligatoire préalable)¹³²⁸, un critère d'éligibilité.

Le Code camerounais des marchés publics (2018) introduit le « concept de marché réservé » en l'associant expressément à l'approche HIMO¹³²⁹. De ce fait, les travaux HIMO en-dessous de certains seuils « peuvent être confiés aux artisans, aux petites et moyennes entreprises nationales, aux organisations communautaires à la base et aux organisations de la société civile »¹³³⁰.

¹³²³ CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be>.

¹³²⁴ Article 53 du décret no. 2018/366 du 20 juin 2018 portant le nouveau code des marchés publics du Cameroun.

¹³²⁵ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid document. ILO EIIP Contract ITB No 63/2019. Construction of a Vegetable Market in Al Qaa Municipality, Bekaa Governorate*, Lebanon, August 2019.

¹³²⁶ Traduit de : *Ibid.*, p. 18 (Section A-3. Particular Instructions to Bidders). « The bidding is open for contractors who have successfully completed the Local Resource Based Technology (LRBT) training provided by the ILO ».

¹³²⁷ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, p. 132.

¹³²⁸ OIT-Employment Intensive Infrastructure Programme in Lebanon (EIIP), *Bid Document. ILO EIIP Contract ITB No 63/2019. Construction of a Vegetable Market in Al Qaa Municipality, Bekaa Governorate*, Lebanon, August 2019, p. 42 (Section C-3 Particular Conditions. ILO Conditions of Contract based on FIDIC Green Book, point 4.2.1 Contractor's Supervisors).

¹³²⁹ https://www.ilo.org/africa/about-us/offices/yaounde/facet/WCMS_715858/lang--fr/index.htm.

¹³³⁰ Voy. article 70 du décret no. 2018/366 du 20 juin 2018 portant le nouveau code des marchés publics du Cameroun.

La réservation du marché en faveur des PME/MPE locales – déjà utilisée par exemple en Tanzanie, Tunisie, Afrique du Sud, Zambie, *etc.*¹³³¹ – permet de donner aux PME/MPE « de meilleures perspectives » pour « s'établir sur le marché intérieur des travaux publics, marché qui dans la plupart des pays en développement est dominé par les grandes entreprises étrangères »¹³³². En outre, suivant la perspective de l'approche HIMO, les petites entreprises semblent plus disposées que les grandes entreprises à choisir des solutions à haute intensité de main-d'œuvre : d'autre part, l'implication des petites entreprises dans l'exécution des travaux « place une part importante des dépenses » dans les mains des communautés locales¹³³³.

Paragraphe 2 : Les marchés publics HIMO et le développement durable

Comme déjà présenté, les marchés publics HIMO se caractérisent par le recours massif à la main d'œuvre et le caractère local des ressources humaines et matérielles employées, avec des restrictions conséquentes sur la concurrence. Toutefois, les marchés publics HIMO deviennent souvent l'occasion pour les administrations publiques locales, avec le soutien des organisations et des organismes internationaux, d'intégrer un certain nombre d'aspects liés au développement durable. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut

¹³³¹ Il a été observé que « la Tanzanie, la Tunisie, Afrique du Sud et la Zambie », ont eux-mêmes procédé à réserver « 20% des marchés publics [...] aux jeunes / entrepreneurs locaux (PME) ». Voy. Déclaration des Ministres, 18e Séminaire Régional des Praticiens de l'Approche Intensive en Main d'œuvre « Vers un Développement Local Inclusif : Valorisation des Ressources Locales et Emplois Décents », 09-13 Septembre 2019, Tunis, Tunisie, p. 4, comprenant les Ministres et représentants des délégations venant de l'Afrique du Sud, Bénin, Cameroun, Ethiopie, Ghana, Madagascar, Mauritanie, Mali, Lybie, Niger, Rwanda, Ouganda et Tunisie en charge de l'Emploi, des Transports, des Travaux Publics, du Développement Local et de l'Environnement, de l'Economie, de l'Investissement et du Plan. Voy. aussi Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250. Le « Targeted Procurement » en Afrique du Sud « provides employment and business opportunities for marginalised / disadvantaged individuals and communities – referred to as the 'Target Groups'. [...] Targeted Procurement, through a variety of techniques, provides opportunities for participation by targeted enterprises, even to those who may not have all the necessary resources, capacity or expertise to perform contracts in their own right. This is done in a manner which does not guarantee contracts to such enterprises. On small contracts having a value below a predetermined financial threshold, direct preferences are accorded to targeted enterprises to tip the scales in their favour. On contracts above a financial threshold, bidders are required to compete on the basis of both that which is to be constructed or maintained (the product) and the social benefits which target groups (business for targeted enterprises and / or employment for targeted labour) may derive in the execution of the contract (social deliverables) ».

¹³³² CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be> ; Organisation Internationale du Travail (OIT), *Local Economic Development and Employment Intensive Investments*, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/genericdocument/wcms_099642.pdf.

« Infrastructure works are often carried out by larger firms, which often are not locally established, and do not use local resources and labour. Local resource-based infrastructure works provide an opportunity for developing local small contractors and community groups into effective rural infrastructure construction and maintenance entities, as large equipment is not required ». Voy. aussi David Stiedl, *Contract documents for small contract in the road sector*, Technical Brief no. 5, Organisation Internationale du Travail, 2000, p. 1. « Contracting-out of works has normally been restricted to large-scale operations, usually involving international firms and overseas development aid ».

¹³³³ Traduit de : Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250.

se pencher sur le volet de la formation qui se rattache au pilier social du développement durable (A) et, plus en général, sur les deux volets socio-environnementaux (B).

A : Le volet de la formation

Dans le cadre des programmes et des projets HIMO, la formation joue un rôle essentiel en s'adressant « à plusieurs catégories » possibles¹³³⁴, telles que les travailleurs/la main-d'œuvre, les entreprises « intéressées par la réalisation de travaux HIMO »¹³³⁵ et les collectivités publiques « en charge du suivi et de l'entretien des actifs créés »¹³³⁶, ce qui peut contribuer à « l'émergence de l'expertise locale en gestion de projet HIMO »¹³³⁷.

En se limitant à la main-d'œuvre, la formation de celle-ci constitue un volet de plus en plus important au sein des marchés publics HIMO, ainsi qu'une obligation à la charge du cocontractant conformément à certains DAO. Son objectif est « de maximiser l'impact de la réalisation de travaux d'infrastructures sur le développement économique et social

¹³³⁴ Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 22, disponible en ligne : www.sida.se ; Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019. Pour la main-d'œuvre dans le secteur public en général, voy. Ashok Chakravarti, « The Social Profitability of Training Unskilled Workers in the Public Sector in India », in *Oxford Economic Papers New Series*, vol. 24, no. 1, 1972, pp. 111-123.

¹³³⁵ Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 22, disponible en ligne : www.sida.se ; voy. aussi le programme du gouvernement de Timor-Leste's dans le secteur routier « the Roads for Development Programme (R4D) », avec le soutien de l'OIT, https://www.ilo.org/jakarta/info/public/pr/WCMS_549706/lang--en/index.htm. L'un des deux volets est la formation des entreprises et, en particulier, du cocontractant. Sur ce point, d'intérêt est la publication de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), *Contractor Coaching and Mentorship. Concept Development and Overview*, septembre 2015.

¹³³⁶ Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 22, disponible en ligne : www.sida.se ; Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019. La formation peut porter sur des sujets très différents. Par exemple, en matière de travail décent, « [l]e projet HIMO mené lors des travaux de construction de la Route Kumba-Mamfé au Cameroun a contribué à la suppression du travail forcé et la défense des droits des travailleurs par la promotion du travail décent sur le chantier école HIMO et au cours des formations organisées. Sur le chantier école, ces principes du travail décent étaient également mis en œuvre de manière à s'assurer que les jeunes, les responsables techniques des PME, les maires et le personnel technique des communes soient formés à l'intégration du travail décent dans les travaux d'entretien routier ». Voy. aussi Commission européenne, *Op. cit.*, 2009/220452/1, Rapport Final, octobre 2010 – commanditée par l'AIDCO E3/ESIP, p. 64. « To produce quality outputs efficiently requires substantial and continuous training and capacity building at a number of levels (engineers, managers, supervisors, contractors, workers) over a period of years, which often conflicts with the 2-3 year programming cycle most donors use ».

¹³³⁷ Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Op. cit.*, 2017.

d'une zone donnée »¹³³⁸, tout en valorisant les compétences acquises et en renforçant les capacités locales¹³³⁹.

Les formations destinées à la main-d'œuvre peuvent, par exemple, se dérouler « pendant et/ou après le chantier » HIMO¹³⁴⁰, concerner tant les hommes que les femmes¹³⁴¹, et prévoir une « alternance travail-formation »¹³⁴². Elles peuvent prendre la forme de « chantier-école »¹³⁴³, de formation humaines et/ou professionnelles¹³⁴⁴, de

¹³³⁸ CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.ENABLE.be> ; Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 22, disponible en ligne : www.sida.se. « Pour encourager la diffusion et l'amélioration de l'approche HIMO, des ateliers de sensibilisation ont été organisés par l'APEJ et le PEJIMO dans les écoles supérieures de bâtiments et de travaux publics de Bamako et de Ségou. L'objectif est dans un second temps d'intégrer l'approche HIMO (théorique et pratique) dans les cursus de formation des écoles d'ingénieurs. Un autre objectif est d'introduire des modules de formation à l'approche HIMO dans les centres de formation professionnelle de l'enseignement secondaire. L'intégration de l'approche HIMO dans l'enseignement professionnel et supérieur est synonyme d'une meilleure adaptation du système de formation initiale aux besoins du marché du travail ».

¹³³⁹ Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Op. cit.*, 2017, p. 10 ; voy. aussi Organisation Internationale du Travail (OIT), *Local Economic Development and Employment Intensive Investments*, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/genericdocument/wcms_099642.pdf. « The aim of EIIP is to promote, introduce, demonstrate and mainstream procedures and tools and build capacity that will increase the impact of public investment in infrastructure on local economic development, poverty reduction and employment creation ». Sur le renforcement des capacités locales, voy. entre autres l'étude sur la validité et l'utilité des projets de *capacity-building* fait par Mukesh C. Gupta, *EIIP – Capacity Building for Contracting. Institutional Assessment and Contractor Tracing. Cambodia Contractor's Tracing Study*, Organisation Internationale du Travail (OIT), juillet 2008. « The Study focuses on the following aspects : Efficacy of the enabling environment that local institutions have developed to promote participation of private sector and the capacity of local institutions to effectively plan, design and monitor rural infrastructure works ; Small-scale labour-based contractors and consultants with regard to their further development and success beyond the project frame and in the open market ; Employability of trained staff ». Cette étude se base sur l'expérience en Cambodge. « In Cambodia, labour-based local resource-based approaches for rehabilitation and maintenance of rural infrastructure have been successfully exercised through force account works followed by the involvement of private sector small scale contractors. In early 1990, labour-based methods were introduced through various ILO managed projects. It was relatively easy to establish common standards, work methods and procedures through central government controlled projects. The socio-economic benefits of large scale employment generation were obvious and the financial comparison with equipment-based methods seemed to be favourable. [...] Subsequently, ILO shifted its strategy to improve service delivery through the development and involvement of private sector. The shift to more decentralised projects and private sector execution, however, has been a major challenge. There was very limited capacity to manage infrastructure projects effectively. Local consultants and contractors who could take over from the force account units were not available. Adequate management, contracting and working procedures for locally managed projects and executed by small-scale and/or emerging contractors had to be developed and tested first ». Mais pour ce faire, il a été nécessaire d'agir en matière du renforcement des capacités locales. « Most of these [ILO-EIIP] projects [in Cambodia] assisted in the development of local capacities to manage decentralised projects through improved planning, design, contract documentation, supervision and management. [...] The other main activity in the above projects was to create a cadre of capable domestic contractors for effective service delivery and it is understood that in most projects the contractor development process was regarded as highly successful. In this context, ILO has launched a 'Contractor Tracing Study' in order to assess the appropriateness of its small scale contractor's training approaches used in different countries including Cambodia ». Pour ce qui concerne le renforcement des capacités pour la passation de contrats dans le secteur de la construction, voy. Peter Bentall, Andreas Beusch et Jan de Veen, *Programmes d'Infrastructures à Haute Intensité de Main-d'œuvre – HIMO. Renforcement des capacités pour la passation de contrats dans le secteur de la construction. Directives*, Genève, Bureau international du Travail (BIT), 1999.

¹³⁴⁰ CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.ENABLE.be>.

¹³⁴¹ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. ILO EIIP Contract ITB No 63/2019. Construction of a Vegetable Market in Al Qaa Municipality, Bekaa Governorate*, Lebanon, August 2019, p. 58 (D-6 Contractor's Commitment to Community Employment Practices), disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/documents/genericdocument/wcms_714870.pdf.

¹³⁴² CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.ENABLE.be>.

¹³⁴³ Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019.

¹³⁴⁴ Il peut s'agir par exemple de « cours d'alphabétisation fonctionnelle ou des actions de renforcement des structures y dédiées et opérant dans les zones d'intervention des Programmes (appuis aux Centres d'Alphabétisation

formations pratiques liées à la nature des travaux à réaliser¹³⁴⁵ ou « d'activités d'accompagnement »¹³⁴⁶ comme « des cours d'alphabétisation fonctionnelle »¹³⁴⁷, de promotion de l'équité de genre, de santé et sécurité sur le lieu de travail, de prévention des maladies¹³⁴⁸ y compris les « maladies sexuellement transmissibles (MST) »¹³⁴⁹ et les « infections sexuellement transmissibles (IST) »¹³⁵⁰. Elles peuvent porter sur les mesures sociales, la Local Resource Based Technology (LRBT)¹³⁵¹, ainsi que sur les « différents

Fonctionnelle, Formation des moniteurs, ...) ». Les formations professionnelles « intègrent notamment la formation des jeunes dans les différents métiers du secteur des BTP (maçonnerie, ferronnerie, électricité, plomberie, menuiserie,...) et ont parfois débouché sur la mise en place de Centres de formation en bonne et due forme ». Voy. Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 11. Dans un deuxième temps, il est recommandé d'intégrer, au moins partiellement, certaines de ces formations portant sur l'approche HIMO dans l'enseignement professionnel et supérieur local, par exemple dans les écoles supérieures de bâtiments et de travaux publics, et dans les écoles d'ingénieurs. Cela contribue à « une meilleure adaptation du système de formation initiale aux besoins du marché du travail », ainsi qu'à une économisation « sur la composante 'formation' des projets [HIMO] à venir, libérant ainsi des fonds pour de nouvelles activités ». Sur ce dernier point, voy. aussi Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 22-23, disponible en ligne : www.sida.se.

¹³⁴⁵ Voy. par exemple République du Cameroun, Cahier de Clauses Administratives Particulières (CCAP), Dossier d'appel d'offres national ouvert en urgence n. 008/AONO/RG-OU/C.FBAN/CIPM-TBEC/2020 du 19 mars 2020, Commune de Foumban, article 17 bis, disponible en ligne : http://pridesoft.armp.cm//0903_dao_dl/index.php?type_publication=AO&id_publication=21249.

¹³⁴⁶ Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 11. À noter que « la fin des travaux de chantier donne régulièrement lieu à l'accompagnement des jeunes HIMO à leur installation dans des activités génératrices de revenus par l'organisation des séances de formation-emploi dans les secteurs de leurs choix (couture, agriculture, élevage, commerce, etc...) », cela « [d]ans le souci de garantir la durabilité de leurs performances en matière de relèvement des niveaux de vie après la phase de chantier ».

¹³⁴⁷ *Ibid.*

¹³⁴⁸ « The construction industry poses a multitude of safety and health risks to its workers as well as users of the infrastructure and the people and property in its vicinity. Work sites with a large labour force pose a larger challenge in terms of keeping workers safe and healthy. Furthermore, unskilled labour will have limited knowledge of precautionary safety practices. While an appropriate safeguards framework may be available, the implementation of the necessary safeguards will only take place when responsible parties: (i) insist on their compliance and (ii) ensure that all workers are given adequate training in their application ». Voy. Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, p. 230, disponible en ligne : https://www.ilo.org/global/topics/employment-intensive-investment/publications/WCMS_734235/lang--en/index.htm.

¹³⁴⁹ Selon la Banque Mondiale, *Dossier Type de passation de marchés. Appel d'offres Travaux Droit Civil*, 2017, point 9 du CCAG, p. 163, c'est au niveau de l'exécution que l'Entrepreneur est appelé à organiser des formations, par exemple à « effectuer par l'intermédiaire d'une entité qualifiée un programme de sensibilisation aux risques de VIH/SIDA », des « maladies sexuellement transmissibles (MST) » et des « infections sexuellement transmissibles (IST) ». Voy. aussi Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, p. 230.

¹³⁵⁰ Banque Mondiale, *Dossier Type de passation de marchés. Appel d'offres Travaux Droit Civil*, 2017, point 9 du CCAG, p. 163. Voy. aussi Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019, p. 230. « There has been a clear link between HIV transmission rates and infrastructure development programmes or projects. Improved transport infrastructure gives greater mobility and women and men along these transport corridors, particularly young people and those whose livelihoods are affected by infrastructure works, are at risk of HIV transmission. Safeguards established to address HIV transmission risks associated with infrastructure works have shown to have positive effects ».

¹³⁵¹ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. ILO EIIP Contract ITB No 63/2019. Construction of a Vegetable Market in Al Qaa Municipality, Bekaa Governorate*, Lebanon, August 2019, pp. 5-6 (Section A. Instructions to Bidders). « The Contractor shall employ Local Resource Based Technology (LRBT), where most of the Works will be done using manual labour, while some specified works such as compaction and long distance transport of materials will be implemented using equipment. Any Bidder must qualify by attending specific orientation sessions organised by the ILO on 'road maintenance and the use of LRBT' ».

métiers du secteur des BTP (maçonnerie, ferronnerie, électricité, plomberie, menuiserie, ...) »¹³⁵².

Sur la base de ces prémisses, il n'est pas rare que les soumissionnaires soient appelés à délivrer des formations à ces sujets, ou qu'ils soient « tenus de confirmer dans la soumission de l'offre qu'ils recruteront du personnel (i) qui a été formé au préalable au sujet de la *Local Resource Based Technology*, et (ii) qui a une expérience professionnelle pertinente, ainsi que (iii) la capacité de planifier et d'organiser le chantier et les lieux de travail de manière appropriée (qualification des soumissionnaires) »¹³⁵³.

B : La poursuite de finalités socio-environnementales

Le caractère *local* des ressources humaines et matérielles utilisées dans les marchés publics HIMO ne contribue pas seulement à atteindre un objectif de développement économique local mais aussi des finalités sociales, par exemple (a) de création d'emploi, et (b) des finalités écologiques, par exemple de réduction des impacts négatifs sur l'environnement. Selon cette conception la connotation *locale* des ressources employées va de pair avec leur vertu socio-environnementale.

a : La création d'opportunités d'emploi

¹³⁵² Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 11. Voy. ainsi Peter Bentall, Andreas Beusch et Jan de Veen, *Programmes d'Infrastructures à Haute Intensité de Main-d'œuvre – HIMO. Renforcement des capacités pour la passation de contrats dans le secteur de la construction. Directives*, Genève, Bureau international du Travail (BIT), 1999, p. 152. « La formation aux méthodes de travail HIMO doit inclure : les facteurs affectant le choix des méthodes de travail ; les spécifications pour les travaux ; la conception et la planification ; l'arpentage ; le choix et la gestion de l'outillage et du matériel léger ; la planification et la surveillance des ressources ; la programmation des travaux ; les méthodes d'exécution ; le recrutement et la gestion de la main-d'œuvre ; et des questions sociales telles que les conditions et les réglementations du travail, les normes de travail, les questions de protection sociale et celles relatives à l'égalité des sexes. La formation à la gestion de contrat doit traiter des documents contractuels ; du processus d'appel d'offres ; du contrôle de la qualité ; et de l'administration et de la gestion des contrats en mettant particulièrement l'accent sur les différents rôles de l'employeur, de l'ingénieur, du consultant et de l'entrepreneur ».

¹³⁵³ Traduit de : Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. ILO EIIP Contract ITB No 63/2019. Construction of a Vegetable Market in Al Qaa Municipality, Bekaa Governorate*, Lebanon, August 2019, p. 20 (Instructions to Bidders – Section A-4 Bid Data Sheet). « Bidders must confirm in the bid submission that they will employ personnel who have been trained in Local Resource Based Technology, and who have relevant work experience and have the capacity to plan and organise an effective labourbased work site ».

L'« appel massif » à la main-d'œuvre « cadre parfaitement avec le principal défi » de certaines économies¹³⁵⁴ visant à accroître le développement local avec un véritable « effet multiplicateur » sur la réduction de la pauvreté¹³⁵⁵. En ce sens, la création d'opportunités d'emploi pour la main-d'œuvre locale¹³⁵⁶, s'appuyant sur un « ciblage » précis¹³⁵⁷ qui inclue les jeunes, les « chômeurs, [les] sortants du système éducatif, [les] femmes, [les] pauvres, etc. »¹³⁵⁸, produit une série d'effets positifs en cascade. Sans

¹³⁵⁴ Mireille Razafindrakoto et François Roubaud, *Op. cit.*, p. 27.

¹³⁵⁵ Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 10, disponible en ligne : www.sida.se. Voy. sur ce point Organisation Internationale du Travail (OIT), *Local Economic Development and Employment Intensive Investments*, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/genericdocument/wcms_099642.pdf.

« Local resource-based infrastructure works generate income that remains with the local community and creates a multiplier effect. The operation and maintenance of infrastructure sustains the benefits of the investments and creates longer-term employment. Optimizing the use of local resources (labour, materials, contractors) positively impacts on the local economy while the (productive) assets created further boost local economic development ».

¹³⁵⁶ Dans certains projets HIMO au Ghana, il a été mis en exergue que « HIMO a créé 3.2 fois plus d'emplois, a représenté un coût environ 10% plus bas, et a réduit le besoin de devises étrangères d'environ 50% lors de la réhabilitation et de l'entretien des routes de desserte (Ghana) ». L'approche HIMO « a créé trois fois plus d'emplois, a été au moins 30% moins coûteuse, et a réduit le besoin de devises étrangères de 10 à 20% dans la construction de routes et d'écoles rurales. Dans certaines zones éloignées, HIMO a été environ cinq fois moins cher. Concernant la construction d'écoles, HIMO a créé environ deux fois plus d'emplois, en économisant jusqu'à 40 pourcent de ressources ». Sur ce point, voy. Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 27. Voy. aussi Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 5, 2000, pp. 226-250. « The choice of technology and construction method has a marked influence on the number of employment opportunities which are generated and where such employment is located ».

¹³⁵⁷ Le ciblage, la sélection des participants aux activités HIMO est « critique pour l'impact des HIMO » dans un certain milieu social. Selon certains, si « une partie des participants aux dispositifs n'appartient pas à la population pauvre », alors « l'impact est moins significatif ». C'est dans ce cadre que les travaux HIMO utilisent souvent « le niveau de rémunération [...] comme mécanisme de sélection », voire comme « autosélection des pauvres ». Dans d'autres termes, il n'est pas rare que le niveau des salaires soit fixé en-dessous des salaires « de réservation (ou de réserve) » acceptés par les « non pauvres », c'est-à-dire des rémunérations en-dessous desquelles « les non pauvres n'acceptent pas de reprendre un travail ». Mais, « le ciblage des activités HIMO » n'est pas toujours « optimal en termes d'individus et de ménages pauvres ». En outre, il y a un « accès imparfait à l'information », c'est-à-dire que « l'information sur 'qui est pauvre' n'est pas [toujours facilement] disponible pour les décideurs publics ayant à choisir entre les projets et les participants ». En outre, « les candidats potentiels eux-mêmes n'ont pas [toujours] intérêt à dévoiler leur vrai niveau de consommation et de revenu ». Sur ces points, voy. Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 11, 29, disponible en ligne : www.sida.se. Voy. également Mireille Razafindrakoto et François Roubaud, *Op. cit.*, p. 22. « Or, la faiblesse de la rémunération assure que les populations bénéficiaires de ce type de projets sont effectivement les plus démunies, [...car] [c]elles dont le salaire de réservation est supérieur au salaire minimum ne cherchent pas à y participer ». Voy. encore Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Op. cit.*, 2017, p. 10. Certains risques peuvent se profiler, car « [l]e fait que l'approche HIMO permet de mobiliser facilement la population en quête de revenus peut être utilisé par les élus comme argument électoral, [...ce qui] peut occasionner des conflits à l'intérieur des villages ».

¹³⁵⁸ Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 7, disponible en ligne : www.sida.se. Au Mali, par exemple, un accent particulier a été mis « sur les activités HIMO entreprises dans le cadre du Programme Emploi Jeunes (PEJ) » visant à promouvoir l'insertion des jeunes dans la vie professionnelle à travers, entre autres, les investissements à haute intensité de main-d'œuvre. De même, l'insertion des jeunes dans le monde du travail a été au cœur de « l'initiative pilote de l'assistance technique du BIT au Ministère des Travaux Publics (MINTP) Camerounais dans le cadre du Projet d'appui à la création d'emplois jeunes et au renforcement de l'employabilité des jeunes au cours des travaux d'aménagement de la route Kumba-Mamfé », tout comme dans les projets se déroulant dans d'autres Etats. Sur cela voy. aussi Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019. « Pendant un peu plus de 2 ans, le BIT a accompagné le MINTP en organisant les séances de renforcement des capacités des cadres des administrations publiques locales, des PME, des jeunes ruraux y compris les femmes, autour des travaux de réhabilitation de la route en terre de 6 km, Kombone Bafaw –Lubange-Illey-Bikoro Bafaw, adjacente à la route principale, par l'utilisation des techniques à Haute Intensité d'Emplois (HIMO) sous forme d'un chantier école ». Voy. Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), *Guide méthodologique - Créer de l'emploi au travers des projets à haute intensité de main-d'œuvre (HIMO)*, août 2013, p. 11. « Avec un système d'éducation faible et un niveau de chômage élevé, l'insertion socio-économique des jeunes reste problématique au Niger ». Pour cette raison, au sein du Programme des Nations Unies pour le Développement au Niger, figure le projet de « Contribution à la Consolidation de la Paix dans le Nord du Niger 2012-2013 » sous la tutelle de la Haute Autorité à la Consolidation de la Paix (HACP). « L'amélioration de l'employabilité des jeunes reste une condition sine qua non de leur insertion socioprofessionnelle. Cette amélioration passe souvent par un rapprochement entre l'école et l'entreprise, des programmes de formation professionnelle pour

prétendre à l'exhaustivité, la « distribution directe de revenus aux foyers pauvres et vulnérables en échange de leur travail »¹³⁵⁹ a une influence « immédiate sur l'économie rurale »¹³⁶⁰ et locale ; les revenus, reçus sur une base régulière et « prédictible »¹³⁶¹, sont dépensés en premier lieu pour « l'approvisionnement de base »¹³⁶² ; les « ménages pauvres » ont une capacité majeure « à subvenir à leurs besoins alimentaires, y compris ceux des leurs enfants »¹³⁶³ ; une autre partie des revenus peut être ainsi réinvestie pour démarrer des activités économiques ou entrepreneuriales futures¹³⁶⁴ comme des « microentreprises »¹³⁶⁵ tout en développant « l'esprit d'entreprise et l'auto-emploi chez les participants »¹³⁶⁶ ; la main-d'œuvre acquiert des compétences et de l'expérience qui peuvent être par la suite réutilisées ailleurs, ce qui contribue à « améliorer l'employabilité des participants en leur donnant une première expérience professionnelle et des compétences acquises sur le tas »¹³⁶⁷ ; *etc.*

Mais ce n'est pas tout. La création d'emplois temporaires, qui peut suivre le « modèle des clauses d'insertion professionnelle des personnes éloignées de l'emploi » dans les marchés publics¹³⁶⁸, doit se faire ainsi dans le respect des « decent working conditions » (conditions de travail décentes)¹³⁶⁹, telles que (i) l'établissement d'un contrat

les jeunes non scolarisés, et des services d'orientation professionnelle. L'étude sur 'l'insertion socioéconomique des jeunes sans emploi' conduite par le PNUD dans les 15 communes de la région d'Agadez en 2102, relève que seulement 58,4% des jeunes dans la région d'Agadez ont eu accès à l'école et le reste en est exclu ; 73% des jeunes sont sans emploi ; et plus de 54% de jeunes ne cherche pas d'emploi pour manque d'opportunités surtout en zone rurale. Par ailleurs, 48,6% des jeunes ont des difficultés à trouver du travail en raison de leur manque d'expérience, et 45% en raison de qualifications insuffisantes ».

¹³⁵⁹ Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Op. cit.*, 2017, p. 10.

¹³⁶⁰ CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be>.

¹³⁶¹ Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 5.

¹³⁶² Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Op. cit.*, 2017, p. 10.

¹³⁶³ « Ils peuvent ainsi potentiellement accéder à une nourriture plus équilibrée et éviter les carences nutritionnelles (retards de croissance, émaciation, insuffisance pondérale) tout en répondant mieux aux besoins nutritionnels des catégories spécifiques que sont les adolescentes, les femmes enceintes ou allaitantes et les personnes âgées membres de leurs familles ». Sur ce point, voy. Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 7.

¹³⁶⁴ Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Op. cit.*, 2017. Voy. aussi <https://www.eda.admin.ch/deza/fr/home/activites-projets/projets.html/content/dezaprojects/SDC/en/2002/7F02218/phase5>. « Les infrastructures réalisées désenclavent les zones de production agricoles, minières et touristiques et permettent à au moins 30% de la population des zones concernées de développer des activités économiques ».

¹³⁶⁵ Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 10, disponible en ligne : www.sida.se. Voy. sur ce point Organisation Internationale du Travail (OIT), *Local Economic Development and Employment Intensive Investments*, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/genericdocument/wcms_099642.pdf.

¹³⁶⁶ Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 4, disponible en ligne : www.sida.se.

¹³⁶⁷ *Ibid.* « Il peut s'agir aussi de dispositifs de formation qui visent à améliorer l'employabilité des participants en leur donnant la possibilité d'acquérir des qualifications et des compétences demandées sur le marché du travail ».

¹³⁶⁸ Haut Conseil français à l'Égalité entre les femmes et les hommes (HCE), *Activer l'éga-conditionnalité ou le conditionnement des financements publics à l'égalité femmes-hommes. Modalités et opportunités*, 2016, pp. 4 et s., disponible en ligne : haut-conseil-egalite.gouv.fr/.

¹³⁶⁹ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. ILO EIIP Contract ITB No 63/2019. Construction of a Vegetable Market in Al Qaa Municipality, Bekaa Governorate, Lebanon, August 2019*, p. 58 (Section D – Schedules. Contractor's Commitment to Community Employment Practices). « A key condition to the successful application of LRBT is the active involvement of local

d'emploi officiel avec tous les employés, (ii) le paiement régulier et sans retard (par exemple, toutes les deux semaines)¹³⁷⁰, (iii) la mise à disposition dans les chantiers d'un système approprié d'approvisionnement en eau potable, d'installations sanitaires et de tout le matériel de protection nécessaire, (iv) un salaire égal pour un travail égal sans discrimination, outre (v) le transport des travailleurs si le long trajet à parcourir à pied pour se rendre au travail pourrait empêcher leur participation comme main-d'œuvre, (vi) l'inclusion de personnes en situation d'handicap, (vii) la promotion de l'égalité de chances concernant l'accès à l'emploi pour les femmes¹³⁷¹.

Ces exigences renvoient bien évidemment à la notion de travail décent qui « repose sur la conviction que les personnes ont droit à un emploi productif dans des conditions de liberté, d'égalité, de sécurité et de respect de la dignité humaine »¹³⁷², tout en regroupant

communities in the planning and implementation of the works and adherence to the use of decent working conditions. For this reason it is of critical importance that the Bidder reaches an agreement with the involved local authorities and local leaders about various LRB 'best practices' and decent working conditions ». Voy. aussi Organisation Internationale du Travail (OIT), *Local Economic Development and Employment Intensive Investments*, disponible en ligne:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/genericdocument/wcms_099642.pdf. L'approche HIMO « seeks to integrate relevant labour standards into contract documents and reviews decent work conditions in infrastructure works ». L'approche HIMO est considérée par l'OIT comme étant elle-même « an integrated Decent Work approach for the infrastructure sectors ».

¹³⁷⁰ Traduit de : Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. ILO EIIP Contract ITB No 63/2019. Construction of a Vegetable Market in Al Qaa Municipality, Bekaa Governorate*, Lebanon, August 2019, p. 58 (Section D – Schedules. Contractor's Commitment to Community Employment Practices). Voy. aussi Alexis Symphorien Emvono, *Op. cit.*, 2011. « Le non-versement des salaires ou des délais d'attente trop long occasionnent des tensions sociales qui conduisent souvent à des grèves d'où la nécessité d'assurer la soutenabilité financière du programme ». Sur ce point voy. aussi David Stiedl, *Contract documents for small contract in the road sector*, Technical Brief no. 5, Organisation Internationale du Travail, 2000, pp. 6 et s. ; Commission européenne, *Op. cit.*, 2009/220452/1, Rapport Final, octobre 2010 – commanditée par l'AIDCO E3/ESIP, pp. 40-41. « Employment intensive methods use small labour-based contractors who are particularly sensitive to delays in payment, as they have little capital and they need to make regular payments to the workers. Rapid and regular disbursement of funds can be facilitated by decentralised procurement and contract management. In the Kenya Roads 2000 programme, for instance, procurement and contract administration is decentralised to district engineers. Other donors (SIDA and AFD) make payments in advance to facilitate regular and timely payment. But the EU Delegation in Nairobi confirms that the EC's disbursement procedures do not provide for this option : [...] all procurement should be carried out centrally from the Nairobi head office and payment should only be made in stages, after delivery of the works. [...] A very similar challenge is clear in relation to the decentralised contracting authority (AGETUR) for an urban works project in Benin (PARVA), which is implemented by the contracting authority through budget support from the Ministry of Environment. The project had not succeeded in delivering high employment content through HIMO. AGETUR suggested that this was in large part due to (the threat of) delayed disbursements which motivated contractors to employ mechanised techniques in order to speed the approval and therefore payment of works ». Voy. ainsi Peter Bentall, Andreas Beusch et Jan de Veen, *Programmes d'Infrastructures à Haute Intensité de Main-d'œuvre – HIMO. Renforcement des capacités pour la passation de contrats dans le secteur de la construction. Directives*, Genève, Bureau international du Travail (BIT), 1999, pp. 80-82.

¹³⁷¹ Traduit de : Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. ILO EIIP Contract ITB No 63/2019. Construction of a Vegetable Market in Al Qaa Municipality, Bekaa Governorate*, Lebanon, August 2019, p. 58 (Section D – Schedules. Contractor's Commitment to Community Employment Practices).

¹³⁷² Commission Européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010, p. 7. Voy. aussi Dharam Ghai, « Travail décent: concept et indicateurs », in *Revue internationale du Travail*, vol. 142, no. 2, 2003, p. 121. « Le terme 'emploi' désigne ici le travail sous toutes ses formes et dans ses aspects quantitatifs et qualitatifs. De ce fait, la notion de travail décent ne s'applique pas seulement aux travailleurs de l'économie formelle, mais aussi aux salariés en situation informelle et aux personnes travaillant à leur compte ou à domicile ».

les nombreuses préoccupations liées à « un travail productif et convenablement rémunéré, la sécurité sur le lieu de travail et la protection sociale pour les familles, de meilleures perspectives de développement personnel et d'insertion sociale, la liberté pour les individus d'exprimer leurs revendications, de s'organiser et de participer aux décisions qui affectent leur vie, et l'égalité des chances et de traitement pour tous, hommes et femmes »¹³⁷³.

Il s'avère donc souvent qu'une attention particulière aux questions inclusives et de genre¹³⁷⁴ soit demandée au cocontractant. Par exemple, au sein du programme EIIP au Liban, le cocontractant est tenu de recruter son personnel « en accordant des chances égales aux travailleurs hommes-femmes »¹³⁷⁵. Dans certains DAO, il est établi qu'« au moins 40% de l'emploi temporaire créé est réservé aux femmes bénéficiaires »¹³⁷⁶, à condition qu'il soit effectivement possible de « disposer d'une main-d'œuvre diversifiée »¹³⁷⁷. Le cocontractant dispose aussi d'une palette d'autres mécanismes : outre une « tolérance zéro pour le harcèlement ou la violence sexuels au travail », il est appelé à assurer des « installations sanitaires séparées » et faire usage « d'un langage prenant en compte la dimension de genre, par exemple : 'travaux en cours' au lieu de 'attention, hommes au travail' »¹³⁷⁸. En outre, le cocontractant peut prévoir des structures d'accueil/de garde pour les enfants, offrir aux femmes des emplois plus proches de leurs

¹³⁷³ <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--fr/index.htm>.

¹³⁷⁴ À cet égard, le cocontractant doit faire en sorte d'inclure « au moins deux femmes et une personne en situation d'handicap », tout en s'efforçant d'impliquer aussi les travailleurs libanais pour atteindre un ratio proche de 1:1 vis-à-vis les travailleurs syriens. Voy. Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. Annex E2. Guidelines Routine Road Maintenance*, Lebanon, Avril 2019, Paragraphe 2.3 Selection of CMG members. Voy. également Commission européenne, *Communication interprétative sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés*, COM(2001) 566 final, octobre 2001. Le pouvoir adjudicateur « dispose d'un large éventail de possibilités pour [...] mettre en œuvre, à l'occasion de l'exécution de la prestation, des mesures destinées à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes ou la diversité ethnique ou raciale, [etc.] ».

¹³⁷⁵ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. Annex E2. Guidelines Routine Road Maintenance*, Lebanon, Avril 2019, Paragraphe 2.2 Organisation of maintenance activities.

¹³⁷⁶ Traduit de : Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Tanzania: Gender-responsive public works as a key building block of social protection for all*, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_675197.pdf.

¹³⁷⁷ Commission européenne - Capacity4dev, *Note d'orientation. Normes de travail et conditions de travail dans les infrastructures*, 2010, disponible en ligne : <https://europa.eu/capacity4dev/public-employment-social-protection/documents/note-dorientation-2010-normes-de-travail-et-conditions-de-travail-dans-les-infrastructures>.

¹³⁷⁸ « Basées sur une analyse sexospécifique de 43 programmes HIMO exécutés dans 27 pays d'Afrique, d'Asie, des Caraïbes et d'Amérique latine entre 1995 et 2013 », voy. les Guidelines élaborés par : Nite Tanzam et Maria Teresa Gutierrez (Unité HIMO du Bureau international du Travail), *Lignes directrices pour les programmes d'investissements HIMO intégrant une dimension de genre*, Genève, Bureau international du Travail (BIT), 2019.

logements¹³⁷⁹, et garantir une certaine « flexibilité dans l'exécution du travail par le recours au système du travail à la tâche et aux horaires flexibles »¹³⁸⁰.

À ces fins, l'autorité publique peut formuler des conditions d'exécution dites « clauses-types d'égalité femmes-hommes » ou « clauses d'éga-conditionnalité »¹³⁸¹, qui peuvent être forgées – entre autres – sur le « modèle des clauses d'insertion professionnelle des personnes éloignées de l'emploi »¹³⁸².

Reste la possibilité pour l'autorité publique d'« évaluer les antécédents du contractant quant au respect du droit du travail et des réglementations en matière de santé et de sécurité, tels que i) les sanctions imposées par les inspections du travail/les tribunaux y compris les amendes et les avertissements, en tant que facteur de non-conformité historique au marché, ainsi que ii) les affaires en souffrance auprès des tribunaux locaux du travail »¹³⁸³. En ce sens, il est possible de procéder à des interdictions de participer à l'égard des « entreprises ayant été condamnées pour discrimination, méconnaissance ou encore violation de l'obligation de négociation en matière d'égalité professionnelle »¹³⁸⁴.

Au-delà de la création d'emplois temporaires¹³⁸⁵ par le biais des marchés publics dans des conditions décentes de travail, il convient de souligner que les projets et les

¹³⁷⁹ Traduit de : Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Bid Document. ILO EIIP Contract ITB No 63/2019. Construction of a Vegetable Market in Al Qaa Municipality, Bekaa Governorate*, Lebanon, August 2019, p. 58 (Section D – Schedules. Contractor's Commitment to Community Employment Practices).

¹³⁸⁰ Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), *Tanzania: Gender-responsive public works as a key building block of social protection for all*, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_675197.pdf.

¹³⁸¹ Haut Conseil français à l'Égalité entre les femmes et les hommes (HCE), *Activer l'éga-conditionnalité ou le conditionnement des financements publics à l'égalité femmes-hommes. Modalités et opportunités*, 2016, pp. 4 et s., disponible en ligne : haut-conseil-egalite.gouv.fr/.

¹³⁸² *Ibid.*

¹³⁸³ Commission européenne - Capacity4dev, *Note d'orientation. Normes de travail et conditions de travail dans les infrastructures*, 2010, disponible en ligne : <https://europa.eu/capacity4dev/public-employment-social-protection/documents/note-dorientation-2010-normes-de-travail-et-conditions-de-travail-dans-les-infrastructures>.

¹³⁸⁴ Patricia L'excellent, *Op. cit.*, 2018, pp. 50 et s. De même, selon « la loi fédérale suisse sur les marchés publics entrée en vigueur en 1996, les pouvoirs adjudicateurs fédéraux ne peuvent octroyer de marchés publics qu'à des soumissionnaires qui respectent le principe de l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. En pratique, les entreprises qui candidatent à un marché public signent une déclaration par laquelle elles confirment respecter ce principe. Les entreprises qui ne donnent pas cette garantie sont exclues du marché. [...] En Belgique (donc au sein des possibilités ouvertes par le cadre juridique de l'Union européenne), des dispositions similaires ont été mises en place depuis 2007. Le candidat à un marché public peut être tenu de respecter, sous peine d'exclusion de sa candidature, la législation belge en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Celle-ci inclut l'exigence d'égalité salariale, mais couvre aussi l'ensemble des conditions de travail ». Sur ce point, voy. Projet BUYDIS, *Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité dans l'emploi à travers les clauses des marchés publics. Projet BUYDIS. Un premier guide pour les collectivités*, France, 2014, p. 8.

¹³⁸⁵ Par exemple, au Mali, « les 19 activités HIMO ont créé 131 189 journées de travail, soit seulement 437 emplois annuels (en comptant 300 jours de travail par an) ». Voy. sur ce point, Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 17, disponible en ligne : www.sida.se ; Mireille Razafindrakoto et François Roubaud, *Op. cit.*, p. 21. Voy. aussi Ron Watermeyer, « The use of Targeted Procurement as an Instrument of Poverty Alleviation and Job Creation in Infrastructure Projects », in *Public Procurement Law Review*, no. 5, 2000, pp. 226-250. « Work on construction projects is temporary by its very

programmes HIMO promeuvent aussi l'« accès à l'emploi à long terme » grâce à l'amélioration de l'employabilité de la main-d'œuvre via des séances de formation, ainsi qu'une « approche holistique et de long terme, qui inclut la construction ainsi que les réparations et la maintenance dès que cela est nécessaire »¹³⁸⁶.

Somme toute, les marchés publics HIMO doivent se comprendre comme étant insérés dans des projets et programmes plus larges visant à produire des bénéfices socio-économiques sur le court, le moyen et le long terme. Par exemple, « la réalisation d'infrastructures de production » dans les secteurs « de l'agriculture ou de l'industrie manufacturière »¹³⁸⁷ a un impact non seulement à court terme mais vise aussi à créer des « moyens de subsistance durables à long terme »¹³⁸⁸.

En ce sens, on peut évoquer la « belle image [...] où des femmes vont à vélo sur une belle piste, qu'elles ont contribué à construire par la méthode HIMO, les vélos ayant été payés à partir des revenus tirés du chantier »¹³⁸⁹, tout en imaginant que cette piste leur ait permis un meilleur accès, par exemple, à l'école ou aux services de base.

nature. It nevertheless generates significant opportunities for unskilled and semi-skilled workers. Although the jobs which are created thereby are not necessarily permanent, the total volume of work available to the poorer sectors of society is increased ».

¹³⁸⁶ Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 7.

¹³⁸⁷ *Ibid.* « La contribution des programmes HIMO est plus directe en ce qui concerne l'amélioration de la productivité agricole [...] et de la viabilité des systèmes de production alimentaire ».

¹³⁸⁸ Commission européenne, *Résumée du rapport final. Étude sur les Méthodes à Haute Intensité de Main d'œuvre dans les Infrastructures et autres Programmes de Secteurs Non-Sociaux*, 2009/220452/1, Octobre 2010 ; Commission européenne, *Op. cit.*, 2009/220452/1, Rapport Final, octobre 2010 – commanditée par l'AIDCO E3/ESIP, p. 5. Il est nécessaire, en fait, de trouver un équilibre entre les effets positifs immédiats des travaux temporaires en réponse aux crises, et la « contribution à plus long terme à la lutte contre la pauvreté dans des situations de chômage chronique et de sous-emploi ». En ce sens, « [l]a contradiction entre les objectifs sociaux et techniques est très clairement démontrée dans la définition de deux pôles de base destinés à bénéficier d'interventions à haute intensité de main-d'œuvre: i) l'offre d'emploi dans le contexte du secours d'urgence (post-crise/conflit) où le principal objectif est de fournir de l'argent liquide à la population pendant une courte période et ii) l'investissement dans les infrastructures sur la base de stratégies à haute intensité de main-d'œuvre, principalement en vue de créer des actifs viables et durables. Il importe de réaliser que ces différentes formes d'interventions à haute intensité de main-d'œuvre répondent à des contextes différents sur le plan du marché du travail: la première intervention «orientée vers l'humanitaire» répond à un chômage temporaire tandis que la seconde, «orientée vers le développement», répond à un chômage chronique et à un sous-emploi – des situations associées au sous-développement et à la pauvreté généralisée ». En outre, « atteindre les deux objectifs (la création d'emploi d'urgence et des actifs de qualité) » même s'ils sont souvent contradictoires, « est essentiel si ces interventions sont censées contribuer à la lutte contre la pauvreté à plus long terme, dans la mesure où la croissance économique pro pauvres est compromise par des actifs de mauvaise qualité ».

¹³⁸⁹ Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Op. cit.*, 2017, p. 11.

b : La réduction des impacts négatifs sur l'environnement

Pour ce qui est de l'impact sur l'environnement¹³⁹⁰, on constate que le recours à la main-d'œuvre locale peut permettre « de construire des infrastructures dans des endroits inaccessibles aux machines, réduisant ainsi l'impact négatif des chantiers sur l'environnement »¹³⁹¹, comme c'est le cas entre autres des « ouvrages de petite envergure, géographiquement dispersés, que l'on peut réaliser avec des techniques relativement simples »¹³⁹². En prenant l'exemple de la construction d'une route, il convient de noter que les travaux peuvent avoir ainsi un « impact sur la végétation, les cours d'eau, la fleur et la faune locale lors des différentes phases des travaux de débroussaillage, décapage de la terre végétale, élagage et coupe des arbres, dessouchage et évacuation des débris, excavation des matériaux pollués, travaux de déblais/remblais, création fossés et exutoires, travaux de foisonnement/excavation des matériaux »¹³⁹³.

Dans ce cadre, les marchés publics HIMO ont été mis « à contribution dans plusieurs cas pour la protection et la restauration des écosystèmes », comme dans le programme HIMO GREEN en Côte d'Ivoire en matière de forêts¹³⁹⁴. En outre,

¹³⁹⁰ CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be>.

¹³⁹¹ *Ibid.*

¹³⁹² *Ibid.*

¹³⁹³ Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 31.

¹³⁹⁴ *Ibid.* « L'énergie est au centre de presque tous les défis d'aujourd'hui (emplois, sécurité, changement climatique, alimentation, accroissement des revenus, etc.). [...] En tant qu'instruments de promotion des approches innovantes, les Programmes HIMO privilégient régulièrement le recours à des énergies renouvelables, soit lors de la réalisation des chantiers (forages, pompes à énergie solaire), soit lors des phases d'accompagnement à la création d'activités génératrices de revenus postchantier ». En outre, la « diminution substantielle du recours aux machines induit une consommation énergétique moindre, toute chose qui participe, à l'échelle des projets, à une meilleure efficacité énergétique ». En outre, « [l]a restauration des écosystèmes à travers les Programmes HIMO a, dans certains cas, inclut diverses mesures de contrôle de l'érosion basées sur les infrastructures, telles que le contrôle des ravins, la correction des cours d'eau, le boisement, et la construction de fossés pour limiter l'érosion. De telles actions permettent de prévenir et limiter les effets dévastateurs de catastrophes naturelles. A l'exemple des ouragans, de tels effets sont régulièrement aggravés par l'érosion et le déboisement ». Mais ce n'est pas tout. « En appui à l'amélioration de l'environnement urbain, des programmes HIMO ont été expérimentés dans la collecte des déchets ménagers et le compostage artisanal. Dans les villes confrontées à des volumes croissants des déchets produits et la couverture insuffisante des systèmes de collecte, cette approche répond à la fois à une logique d'assainissement et socioéconomique (promotion des AGR, réduction des coûts de transferts vers les décharges. En intégrant la formation et la sensibilisation au tri et au traitement des déchets, ces Programmes associent les acteurs formels et informels pour aborder des problématiques communes à savoir la mise en valeur des déchets, la protection de l'environnement et l'amélioration des conditions de vie dans les quartiers insalubres ». Les approches HIMO « sont ainsi déployées pour anticiper les changements physiques dans les zones rurales vulnérables au changement climatique, notamment en adaptant les infrastructures, en mettant en place des mesures de prévention de l'érosion des sols et des glissements de terrain, et en fortifiant des systèmes de protection comme les digues. Les résultats appréciables obtenus en matière de gestion des ressources en eau, de réduction de la dégradation des sols, de préservation de la végétation et de la biodiversité, d'augmentation et de stabilisation des rendements agricoles, sylvicoles et fourragers font de ces programmes un adjuvant essentiel dans le renforcement de la résilience et des capacités d'adaptation face aux changements climatiques ». Quelques Programmes HIMO ont aussi « connu des succès dans la restauration des cours d'eau et des réserves d'eau terrestres (enlèvement des plantes aquatiques par des jeunes ruraux, nettoyage des canaux drainants, restauration/extension de bassins hydrographiques, aménagement des infrastructures et réseaux hydrauliques) ».

l'« utilisation rationnelle des ressources [matérielles] locales »¹³⁹⁵ permet de faire recours à moins « d'intrants importés »¹³⁹⁶, ce qui contribue, à son tour, à la « création de valeur ajoutée locale pour la mise en place de circuits courts »¹³⁹⁷. Il s'agit donc « de valoriser l'exploitation des ressources locales (fournitures de piquets de bois, briques de terre, moellons, sable, débris de roches, cailloux, argile, ...) ; activités dans lesquelles exercent de nombreuses personnes issues des couches les plus défavorisées »¹³⁹⁸.

À titre illustratif, dans le projet routier au nord de la ville de Bujumbura au Burundi ont été utilisés « des pavés naturels produits sur place » grâce à la « présence de carrières à proximité »¹³⁹⁹, ce qui a permis de réduire considérablement le coût des matières premières et de limiter « l'importation de matériaux contre des devises » (avec donc une économie des devises)¹⁴⁰⁰, sans oublier l'impact positif sur les petites et moyennes entreprises locales et le « développement du secteur privé » local¹⁴⁰¹.

Conclusion

Les marchés publics HIMO se caractérisent, en somme, par un noyau dur composé notamment par la *Labour-based Technology*, visant au recours massif à la main-d'œuvre, et la *Local Resource based Technology* axée sur le caractère local des ressources humaines et matérielles utilisées. La combinaison de ces deux éléments n'a pas seulement un impact au niveau du développement local mais elle peut produire aussi des retombées positives de type professionnalisation (amélioration de l'employabilité des personnes ciblées à travers la formation), social (création d'emplois) et environnemental (circuits

¹³⁹⁵ Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, p. 3.

¹³⁹⁶ Yves Bourdet, *Op. cit.*, p. 10, disponible en ligne : www.sida.se ; Organisation Internationale du Travail (OIT), *Local Economic Development and Employment Intensive Investments*, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/genericdocument/wcms_099642.pdf.

« The aim is to support the local economy and create indirect job opportunities for local enterprises rather than importing construction materials from far away or from abroad ».

¹³⁹⁷ Bureau de la Coopération suisse au Burkina Faso, *Op. cit.*, 2017, p. 10. « Les travaux HIMO contribuent à l'augmentation du pouvoir d'achat des populations défavorisées, à la monétarisation du milieu rural et à la stimulation de la demande de biens et de services créés dans l'économie locale. Ces nouveaux circuits économiques contribuent ainsi à la croissance économique, catalyseur d'un cercle vertueux qui crée ensuite davantage d'emplois ».

¹³⁹⁸ OIT Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019. Dans le cadre des travaux de construction de la route Kumba/Mamfe au Cameroun sur financement de la Banque Africaine de Développement (BAD), « le recours aux techniques HIMO pendant l'exécution du projet a permis la valorisation et l'exploitation des ressources locales (fournitures de piquets de bois, moellons, sable, débris de roches, cailloux, argile, ...). Ces activités étaient généralement réalisées par les personnes issues des couches les plus défavorisées de la commune de Konye. Nous avons constaté également le développement du petit commerce autour du chantier avec le surcroît de demande généré par les revenus, plus importants, distribués aux ouvriers du chantier ».

¹³⁹⁹ CTB Burundi, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://www.enabel.be>.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*

¹⁴⁰¹ *Ibid.*

courts, réduction de la pollution). En corollaire, les marchés publics HIMO prévoient aussi des exigences « minimales »¹⁴⁰² de promotion du travail décent, de protection des droits de l'homme, de promotion de l'égalité de traitement entre femmes et hommes (« Gender Duty ») et de non-discrimination¹⁴⁰³. Comme précisé, par ailleurs, par l'article 57 du Code des marchés publics camerounais (2018), « [l]es conditions d'exécution des marchés publics doivent intégrer les considérations sociales, économiques et environnementales, susceptibles de promouvoir la main d'œuvre locale, le travail décent et le cas échéant, d'atteindre les objectifs de développement durable ».

Au confluent du durable et du local, les marchés publics HIMO sont cependant limités par des questions de faisabilité technique (qui restreignent le recours massif à la main-d'œuvre si celle-ci est inadaptée/inappropriée), de rentabilité économique¹⁴⁰⁴ et de non-distorsion des règles de concurrence.

¹⁴⁰² Organisation Internationale du Travail (OIT), *Op. cit.*, Yaoundé, 2019, p. 13.

¹⁴⁰³ Voy. entre autres Organisation Internationale du Travail (OIT), *Agreement for the implementation of Community Construction Works under the Project 'Nias Island Rural Access and Capacity Building'*, Annexe 1 (Standard Terms and Conditions), 2011, disponible en ligne : https://www.ilo.org/jakarta/whatwedo/projects/WCMS_116031/lang--en/index.htm. « This project aims to support the residents in targeted areas on Nias Islands by improving rural transport infrastructure in order to enhance access to economic and social services and facilities. [...] The Nias-RACBP consists of two components: Construction works, [...]and] Training and capacity building ». Le cocontractant « shall comply with the Indonesian Labour legislation » et, dans tous les cas, respecter des « basic principles ». Voy. ainsi Commission européenne, *Résumée du rapport final. Étude sur les Méthodes à Haute Intensité de Main d'œuvre dans les Infrastructures et autres Programmes de Secteurs Non-Sociaux*, 2009/220452/1, octobre 2010 ; Commission européenne - Capacity4dev, *Note d'orientation. Normes de travail et conditions de travail dans les infrastructures*, 2010, disponible en ligne : <https://europa.eu/capacity4dev/public-employment-social-protection/documents/note-orientation-2010-normes-de-travail-et-conditions-de-travail-dans-les-infrastructures>. Lorsqu'il s'agit des « contrats utilisés pour des travaux à haute intensité de main-d'œuvre », il a été observé que certains de ceux-ci « contiennent quelques clauses additionnelles », ayant « trait aux conditions de travail, y compris la santé et la sécurité », mais aussi « des clauses de salaire minimum, de ravitaillement en eau et de temps de repos ». Dans les travaux HIMO, l'une des principales préoccupations « des travailleurs est d'être rémunérés sur une base régulière, dans les temps et en totalité ». Mais ce n'est pas tout. « Il pourrait s'avérer difficile de disposer d'une main-d'œuvre diversifiée. Cependant, des démarches peuvent être entreprises pour inclure des groupes ayant des besoins spéciaux (anciens combattants, population rapatriée et déplacée) et des minorités et pour répondre aux préoccupations liées au genre ». En outre, « [l]es travailleurs eux-mêmes sont les mieux placés pour faire le suivi des salaires, de l'approvisionnement en eau, de l'état des sanitaires, etc. tant qu'ils sont conscients de leurs droits. Il est possible d'améliorer la sensibilisation en affichant des avis, par des comités d'utilisateurs ou d'autres voies locales de diffusion ». Compte tenu que les considérations liées au travail décent peuvent couvrir plusieurs aspects, il est important de procéder ainsi à une priorisation des exigences. À ces fins, « une stratégie consiste à intégrer le nom des objectifs liés au travail décent dans le titre du projet (par exemple 'construction d'un centre de santé/d'une école/de bureaux en tenant dûment compte des aspects liés à la santé et à la sécurité'), car cela permet de faire connaître les objectifs et peut contribuer à éviter toute objection des autorités responsables de la passation des marchés publics quant à l'inclusion de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail dans les critères d'évaluation ». Cela a été la stratégie adoptée, par exemple, par le projet de l'UE en Bolivie portant sur le « Développement productif avec le travail décent » (DCI-ALA/2009/019-774), qui « inclut une composante spécifiquement destinée à améliorer les conditions de travail des travailleurs informels et des mineurs et les moyens de subsistance des populations indigènes dans le bassin du Lac Poopó ».

¹⁴⁰⁴ Commission européenne - Capacity4dev, *Compte-rendu : les infrastructures à haute intensité de main d'œuvre*, disponible en ligne : https://europa.eu/capacity4dev/file/8341/download?token=5pTHI_V- ; Franco Olivier et Eddy Bynens, *Op. cit.*, 1998, p. 2.

TITRE II.

LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS À LA FRONTIÈRE ENTRE LE GLOBAL ET LE « GLOCAL »

Si on adopte une perspective globale, il est possible de se demander si l'analyse des marchés publics peut aller au-delà du seul droit national, tout en se référant à un « espace juridique [plutôt] global »¹⁴⁰⁵. À ce dernier niveau, le droit des marchés publics semble influencé fortement par une logique d'ouverture à la concurrence laissant peu de place aux dérogations. Souvent mentionnée à l'échelle internationale en tant que frein à une approche de pure concurrence, on peut s'interroger si la notion de solidarité est susceptible de jouer un rôle aussi dans les achats publics comme exception à la règle concurrentielle. Mais la solidarité pourrait être évoquée aussi en tant que facteur contribuant à la mise en œuvre du développement durable à l'échelle mondiale. Sur cette base, il est possible de se demander si les marchés publics – qu'ils soient dépourvus ou dotés d'une coloration *durable* – peuvent se voir reconnaître, dans certains cas, un caractère solidaire au niveau global (chapitre 1).

Toutefois, adopter une perspective exclusivement globale – au sens d'opposition avec le plan simplement national ou local – apparaît insuffisant pour décrire la complexité du domaine. En remontant au concept de développement durable, la dimension la plus pertinente semble être celle qu'on propose d'appeler « globale ». C'est où les échelles locales et globales se rencontrent, les deux étant concernées par des phénomènes socio-environnementaux (y compris les crises sanitaires) de nature transversale et franchissant les frontières géographiques. Cette conception permet de comprendre les liens, les interdépendances et les synergies entre les différentes échelles, ce qui peut avoir des implications aussi pour les marchés publics. En fait, la prise en compte des interconnexions entre le local et le global fait du développement durable un défi qui pourrait être mieux géré par les acheteurs publics si ces derniers coopéraient plus largement et de manière plus intense entre eux (chapitre 2).

Chapitre 1. Le droit des marchés publics dans une perspective globale entre la concurrence et la solidarité.

¹⁴⁰⁵ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 135.

Chapitre 2. La connotation « globale » du développement durable et la coopération entre acheteurs publics. Des villes intelligentes à la survenue de la pandémie de Covid-19.

CHAPITRE 1.

LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS DANS UNE PERSPECTIVE GLOBALE ENTRE LA CONCURRENCE ET LA SOLIDARITÉ

En adoptant une perspective globale, il est tout d'abord nécessaire de s'interroger sur les caractères du droit des marchés publics en sachant que celui-ci ne semble plus ancré exclusivement dans le seul droit étatique. Mais ce n'est pas tout. D'un point de vue global, les mêmes problématiques liées au développement durable sont susceptibles, comme souligné *supra*¹⁴⁰⁶, de produire des impacts sur « plusieurs échelles spatiales »¹⁴⁰⁷ simultanément ou à des moments différents. Il existe ainsi une tendance des phénomènes juridiques, humains et naturels à dépasser les frontières géographiques, en donnant lieu à un enchevêtrement d'actions et d'effets juridiques, qui tantôt résultent de phénomènes de compétition, tantôt de solidarité.

Sur cette base, il semble opportun de se demander, en premier lieu, s'il est possible de supposer l'existence d'un droit des marchés publics ayant une extension *globale*¹⁴⁰⁸ capable d'exercer une influence importante sur le niveau national, tout en s'appuyant principalement sur la logique de l'ouverture et de la concurrence, même si avec des coups de frein et des dérapages (Section 1).

Cette logique s'inscrit au sein des efforts pour la libéralisation du commerce caractérisant – même si par intermittence – l'échelle mondiale. Toutefois, d'un point de vue général « la libéralisation du commerce, par les facilités qu'[...elle] donne[...] et par les risques qu'[...elle] engendre[...] » pose souvent la question de savoir si et jusqu'à quel point elle peut être conciliée avec la logique de la solidarité¹⁴⁰⁹. Si, pour une partie de la doctrine, « [l]es rapports entre compétition et solidarité [...] correspondraient à des visions du monde incompatibles »¹⁴¹⁰ décrits « le plus souvent [...] en termes

¹⁴⁰⁶ Voy. lettre A, paragraphe 1, section 1, chapitre 1, titre 1, partie première.

¹⁴⁰⁷ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>.

¹⁴⁰⁸ Cela se base sur l'idée de l'existence d'un « droit administratif global », à laquelle « on peut s'initier par la lecture de la version française, récemment parue, d'un article de Sabino Cassese. On y découvre une construction intellectuelle qui tend à appliquer les concepts du droit administratif à l'examen d'institutions et de mécanismes internationaux, d'institutions et de mécanismes globaux ». Voy. Jean-Bernard Auby, *La théorie du droit administratif global : Brève présentation critique*, Troisième session du Séminaire Droit Administratif Comparé, Européen et Global. L'émergence d'un droit administratif global, disponible en ligne : <https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/jba.pdf> ; Jean-Bernard Auby (dir.), *Le futur du droit administratif. The future of administrative law*, Paris, LexisNexis, 2019 ; Sabino Cassese, « Le droit administratif global : une introduction », in *Droit administratif*, Étude, mai 2007.

¹⁴⁰⁹ Alain Supiot (dir.), *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2015, pp. 10 et s.

¹⁴¹⁰ Pascal Duret, *Sociologie de la compétition*, Paris, Armand Colin, Sociologies contemporaines, 2009, p. 101.

d'oppositions tranchées »¹⁴¹¹, pour une autre partie de la doctrine il y aurait une véritable compénétration entre « [l]a compétition qui stimule, la coopération qui renforce, [et] la solidarité qui unit »¹⁴¹². Dans ce contexte, la solidarité est parfois considérée, à un niveau global, comme un frein potentiel ou une sorte de rééquilibrage par rapport non seulement aux approches libre-échangistes mais aussi à « l'extension de la logique marchande à toutes les activités humaines »¹⁴¹³. En même temps, la solidarité est aussi mise en cause par « l'importance d'une réponse supranationale [voire globale] à des problèmes qui ne connaissent pas les frontières »¹⁴¹⁴ ni des limites temporels¹⁴¹⁵ comme en matière de développement durable¹⁴¹⁶. Sans oublier que le sujet est aussi particulièrement d'actualité en considération de la survenue de la pandémie de Covid-19¹⁴¹⁷ (voy. *infra*¹⁴¹⁸).

C'est dans ce cadre qu'on se demande si la notion de solidarité peut être comprise comme s'opposant à la logique concurrentielle caractérisant le domaine des marchés publics, ou bien si elle peut être dégagée comme facteur contribuant à la mise en œuvre du développement durable par les acheteurs publics à l'échelle mondiale.

Tout en sachant que faire appel à la notion de solidarité dans les marchés publics présente un certain nombre de limites. Le sujet n'est donc pas analysé, dans la présente

¹⁴¹¹ Pascal Duret, *Sociologie de la compétition*, Paris, Armand Colin, Sociologies contemporaines, 2009, p. 101 ; Marc Blanquet, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 155 et s. Les « valeurs foncièrement libérales de concurrence et de marché » se situent à « l'opposé d'une logique de solidarité ». Voy. aussi Saïd Hamdouni, « Le système commercial multilatéral et la solidarité internationale », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 207 et s. Pour l'UE, voy. Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 24, évoquant un « processus conflictuel entre deux logiques dont une est dominante, la logique économique naturellement portée par les traités constitutifs, face à la logique relative à l'intérêt général communautaire, discours plus novateur qui se développera postérieurement » et qui se lie à la solidarité.

¹⁴¹² Jacques Delors, *Déclaration sur les orientations de la Commission des Communautés européennes faite devant le Parlement européen*, Strasbourg, 14 janvier 1985, Bull. CE, Suppl. 1/85, p. 326 ; Frédéric Allemand, *La compétitivité européenne: compétition, coopération, solidarité*, présenté lors du Séminaire international La compétitivité européenne : regards croisés, Luxembourg, 29-30 mars 2017, disponible en ligne : <https://resume.uni.lu/story/la-competitivite-europeenne-competition-cooperation-solidarite#>!

¹⁴¹³ Alain Supiot (dir.), *Op. cit.*, pp. 10 et s.

¹⁴¹⁴ Jean-Marc Lavieille (dir.), Julien Bétaille (dir.) et Michel Prieur (dir.), *Op. cit.*, p. 10 (Préface).

¹⁴¹⁵ Commission européenne, « Strategic public procurement : facilitating green, inclusive and innovative growth », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 219.

¹⁴¹⁶ Voy. chapitre 1, titre 1, partie première.

¹⁴¹⁷ Le 7 mai 2020, l'Académie française s'est prononcée sur le genre de l'expression « Covid-19 », en précisant que « Covid est l'acronyme de *corona virus disease*, et les sigles et acronymes ont le genre du nom qui constitue le noyau du syntagme dont ils sont une abréviation. [...] *Corona virus disease* – notons que l'on aurait pu préférer au nom anglais *disease* le nom latin *morbus*, de même sens et plus universel – signifie 'maladie provoquée par le corona virus ("virus en forme de couronne")'. On devrait donc dire la covid 19, puisque le noyau est un équivalent du nom français féminin maladie. Pourquoi alors l'emploi si fréquent du masculin le covid 19 ? Parce que, avant que cet acronyme ne se répande, on a surtout parlé du corona virus, groupe qui doit son genre, en raison des principes exposés plus haut, au nom masculin virus. Ensuite, par métonymie, on a donné à la maladie le genre de l'agent pathogène qui la provoque. Il n'en reste pas moins que l'emploi du féminin serait préférable et qu'il n'est peut-être pas trop tard pour redonner à cet acronyme le genre qui devrait être le sien ».

¹⁴¹⁸ Voy. chapitre 2, titre 2, partie deuxième.

thèse, « comme une réponse »¹⁴¹⁹, mais plutôt « comme une question [...] – avec, en filigrane, une préoccupation [...] : celle de savoir si [...] la solidarité pourrait être reconnu[e] au-delà de la culture juridique qui l’a vu[e] naître »¹⁴²⁰ (Section 2).

Section 1 : L’extension globale du droit des marchés publics et la logique de l’ouverture

Dépassant de plus en plus les frontières nationales, le droit des marchés publics peut se comprendre comme n’étant plus l’expression du seul droit étatique, mais comme se situant dans un espace juridique global, ce dernier étant constitué par l’ensemble de plusieurs espaces et systèmes juridiques¹⁴²¹ étroitement connectés (paragraphe 1), et se caractérisant principalement par une logique de libre-échange et d’ouverture (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les marchés publics et l’espace juridique « global »

Avant d’attirer l’intérêt des pouvoirs normatifs se situant aux niveaux supranational, international, transnational, les marchés publics étaient encadrés principalement au sein du pouvoir étatique et de sa relative « action administrative »¹⁴²² (A). De nos jours, les marchés publics présentent ainsi une dimension globale. Sous l’impulsion de la globalisation, leurs traits caractéristiques vont de la coprésence de pouvoirs normatifs souvent en concurrence entre eux, à la formulation d’un droit dont les manifestations peuvent être assez variées (B).

¹⁴¹⁹ Alain Supiot (dir.), *Op. cit.*, pp. 10 et s.

¹⁴²⁰ *Ibid.*

¹⁴²¹ Pour la distinction entre espace juridique et système juridique, voy. Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010.

¹⁴²² Mathias Audit et Stéphane W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphane W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 3.

A : Du droit national des marchés publics à l'espace juridique « global »

Définies directement par l'État, les règles de fonctionnement des contrats entre public et privé – indépendamment de leur régime de droit public ou privé¹⁴²³ – étaient « segmented along territorial lines » (séparées selon une base territoriale)¹⁴²⁴ et constituaient une « question domestique »¹⁴²⁵. Le droit régissant les marchés publics suivait donc une perspective principalement nationale avec une influence très limitée, pour ne pas dire inexistante, de l'étranger¹⁴²⁶. Mais, à la suite du « développement des échanges internationaux »¹⁴²⁷ et de la coopération bilatérale, régionale et multilatérale entre les États¹⁴²⁸, on a assisté à « nombre de conséquences juridiques »¹⁴²⁹ dans le droit des marchés publics, ce dernier attirant « de plus en plus fortement l'attention et les soins d'institutions » et d'organisations supranationales et internationales¹⁴³⁰.

¹⁴²³ Entre autres, Mathias Amilhat, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014 ; Mathias Audit et Stéphan W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 5. « In France, for example, the nationally centered thinking on public contracting led to the development of the concept of the 'contrat administratif', which is not only governed by different rules than a private law contract, in particular concerning the continued existence of special powers permitting the government, under certain circumstances, to adapt and terminate the contract unilaterally, but is also subject to the jurisdiction of administrative courts in case of disputes. In Germany, the applicable regime for public contracting depends on the contract's subject-matter. [...] Italy, in turn, does not recognize a specific legal category for public contracts at all, but subjects the government's contracts to general (private) contract law, with only some special rules for public procurement. Similarly, many common law countries do not operate with the concept of administrative/public contract, nor do they subject contracts between private and public actors to a special legal regime. All in all, a state-centered perspective traditionally prevailed as regards public contracts law ».

¹⁴²⁴ Mathias Audit et Stéphan W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 4.

¹⁴²⁵ Traduit de : Mathias Audit et Stéphan W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, pp. 4-7. « Independently of whether that law was conceived of as part of administrative law or of private law, depending on the respective national tradition, it was domestic law that determined under which conditions contracts between private and public actors were permissible [...]. Influences from outside domestic law were, if they existed at all, negligible. Private-public contracting was a matter of each state's sovereign choice. [...] In such a world, the state defined the economic space and the rules governing it relatively autonomously. Economics followed politics, rather than vice versa [...] ».

¹⁴²⁶ Mathias Audit et Stéphan W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 5. « Such a domestically oriented perspective was practically and theoretically feasible as long as public contracting took place within domestic markets, in which the rules of the game were set purely domestically by the respective state and where there was little no influence from beyond the state ».

¹⁴²⁷ Philippe Yolka, *Droit des contrats publics*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 35.

¹⁴²⁸ Laurence Folliot-Lalliot, « From the internationalization of rules to the internationalization of public contracts : how international instruments are reshaping domestic procurement systems? », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 28. « According to a study published by the WTO, in 2010 already 87 Regional Trade Agreements (RTAs) were notified to the WTO, with procurement provisions ranging from declarative intention about achieving future liberalization to detailed and prescriptive measures on transparency and equal access ». Voy. aussi Aris Georgopoulos, Bernard Hoekman et Petros Mavroidis, « The Internationalization of Government Procurement Regulation: Introduction », in Aris Georgopoulos (dir.), Bernard Hoekman (dir.) et Petros Mavroidis (dir.), *Op. cit.*, 2017 ; Robert Anderson, Anna Caroline Müller, et Philippe Pelletier, « Regional Trade Agreements and Procurement Rules: Facilitators or Hindrances? », in Aris Georgopoulos (dir.), Bernard Hoekman (dir.) et Petros Mavroidis (dir.), *Op. cit.*, 2017 ; Antony Taillefait, « Coopération transfrontalière », in Jean-Bernard Auby (dir.) et Jacqueline Dutheil De La Rochere (dir.), *Op. cit.*, pp. 1285-1302.

¹⁴²⁹ Philippe Yolka, *Droit des contrats publics*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 35.

¹⁴³⁰ Il s'agit d'un droit qui constitue « de plus en plus abondamment l'objet de préoccupations internationales ». Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 63. L'auteur souligne par exemple que les personnes publiques sont « conduites de

Aujourd'hui, le droit des marchés publics ne se construit « pas seulement à l'intérieur des seules sphères nationales ¹⁴³¹, mais il coexiste « avec les méthodes et solutions juridiques définies dans le contexte international »¹⁴³². L'approche domestique n'est donc pas suffisante pour comprendre la complexité « des apports qui sont juridiquement contraignants, ou, dans le cas contraire, qui fondent une vision commune »¹⁴³³ et qui vont au-delà du droit interne.

Mais le panorama juridique est devenu, sous l'impulsion de la globalisation¹⁴³⁴, même plus complexe que celui décrit par la conception dualiste opposant traditionnellement les deux niveaux national/international.

Si d'une part on constate que « la répartition des rôles entre droit international et droit interne devient moins claire »¹⁴³⁵, d'autre part on passe d'une logique

plus en plus fréquemment à rechercher des partenaires au niveau international : des organismes qui leur consentiront des prêts selon des modalités plus intéressantes que celles proposées par les institutions financières nationales, des entreprises qui disposent de savoir-faire que ne possèdent pas les entreprises nationales, etc. ». Voy. Jean-Bernard Auby, « L'internationalisation du droit des contrats publics », in *Droit Administratif*, août-septembre 2003, pp. 5 et s. ; Mathias Audit et Stéphan W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 16 ; Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, 2012, pp. 51 et s. ; Sabino Cassese, *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar, 2016 ; Ron Watermeyer, *Op. cit.*, no. 1, 2004, pp. 30-55 ; David Collins, « Government procurement with strings attached : the uneven control of offsets by the World Trade Organization and Regional Trade Agreements », in *Asian Journal of International Law*, no. 8, 2018, pp. 301-321.

¹⁴³¹ Voy. Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 135 ; Jacques Chevallier, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in Charles-Albert Morand (dir.), *Op. cit.*, 2001, pp. 39 et s. ; Jean-Sylvestre Bergé, *Op. cit.*, pp. 1 et s., pour ce qui concerne le droit en général.

¹⁴³² Voy. Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 135 ; Jacques Chevallier, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in Charles-Albert Morand (dir.), *Op. cit.*, 2001, pp. 39 et s. « La mondialisation du droit se traduit par la constitution d'un fonds commun de règles d'application générale. Sans doute, ces règles ne forment-elles pas un ensemble cohérent et unifié, véritable 'ordre juridique transnational', surplombant les droit étatiques : de portée variable et de contenu évolutif, elles se diffusent de manière souple, par voie d'incorporation dans les ordres juridiques internes ; et la technique conventionnelle par laquelle elles se propagent laisse aux Etats la maîtrise, au moins théorique, du processus » L'auteur souligne l'émergence d'un droit de la mondialisation qui, d'une part, amène au « rapprochement des ordres juridiques sur la base d'une communauté de valeurs, placées sous le sceau de l'universel », de l'autre part, on assiste à la construction d'un corpus de règles spécifiques, provenant d'initiatives diverses, visant à favoriser le développement des échanges ». Entre les deux, « des passerelles existent, qui réduisent les contradictions éventuelles ». Voy. Jean-Sylvestre Bergé, *Op. cit.*, pp. 1 et s. ; Bernard Hoekman, « Using International Institutions to Improve Public Procurement », in *The World Bank Research Observer*, vol. 13, 1998, p. 249 ; Arie Reich, *International Public Procurement Law: The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, La Haye - Boston - London, Kluwer Law International, 1999, p. 103.

¹⁴³³ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 79.

¹⁴³⁴ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 14. L'auteur souligne que « la globalisation économique, culturelle, technique devant laquelle nous nous trouvons, s'est emparée et s'empare du droit, provoque en lui des phénomènes nouveaux de brassage, d'interconnexion, de transversalité... qui transforme sa morphologie. Ces phénomènes l'attirent progressivement vers une géométrie dans l'espace, et que l'on dira volontiers de moins en moins euclidienne ».

¹⁴³⁵ En ce sens, « les espaces de la mondialisation excèdent l'ordre juridique ou le système juridique national ou international ». Il y a « un brouillage croissant de la ligne de séparation entre affaires extérieures et affaires intérieures ». Par exemple, « lorsque la violation des droits fondamentaux atteint un certain seuil de gravité, les Nations Unies tendent à considérer que l'affaire cesse d'être intérieure ». Voy. Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p.135-213. Voy. également Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 208, selon lequel la distinction entre droit interne et droit international devient « more and more blurred ». En fait, les impacts « of the economy of one country are felt, sometimes immediately in other economies, sometimes at the other side of the world. The effects of what goes on within the frontiers of one country are no longer (if they ever were) restricted to that country. This is due in part to social and cultural change as well as to technological development. Economic distances between countries have decreased sharply with the reduction in the time and cost of transport and communications. [...] The world's economies are becoming increasingly interdependent

principalement nationale et « fermée »¹⁴³⁶ à un droit franchissant les frontières¹⁴³⁷ et se caractérisant par de multiples interdépendances entre les échelles supranationale, internationale, transnationale¹⁴³⁸ et les droits nationaux. Appelé à supporter « le rythme du monde globalisé »¹⁴³⁹, le droit des marchés publics est, en fait, un droit qui « tend à se globaliser »¹⁴⁴⁰, un « droit expansionniste »¹⁴⁴¹ qui est, dans une certaine mesure, « indifférent au découpage étatique »¹⁴⁴² en fonction d'une « perspective [désormais]

both as a result of technological advances as well as of political initiatives. But this interdependence brings vulnerability as well as advantage. Whilst cross-border transactions become easier to effect and more difficult to control, difficulties arise as a result of the various economic cultures involved, their regulatory systems and their domestic policies. Tensions arise between countries precisely because these differences may be exploited to the benefit of one or other of the countries, either as a result of governmental action or by the private actions of the business of those countries ». En outre, l'auteur souligne qu'il y a « winners and losers in the economic game and, where free trade is at issue, a degree of scepticism towards any exceptions to that freedom is not unhealthy ». Voy. aussi Mohamed Mahmoud Mohamed Salah, « Le renouvellement du rôle des acteurs. Rapport général », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 83, qui précise qu'il y a un « effacement progressif de la distinction entre l'intérieur et l'extérieur ».

¹⁴³⁶ Traduit et extrait de l'ouvrage suivant : Mathias Audit et Stéphan W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 6.

¹⁴³⁷ Gilles Lhuillier, *Op. cit.*, p. 6, qui mentionne les définitions données par les dictionnaires l'*Oxford Dictionary* et le *Robert*. Voy. aussi Peer Zumbansen, « Transnational law. Evolving » in Jan M. Smith (dir.) *Encyclopedia of comparative law*, 2^e édition, Edward Elgar, 2012, p. 889 ; Francis Snyder (dir.) et Yi Lu (dir.), *The future of transnational law : EU, USA, China and the BRICS*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 1, qui mentionnent le célèbre cours de 1956 (Yale Law School) de Philip Jessup au sein duquel il introduit le concept de droit transnational « as including all laws which regulates actions or events that transcend national frontiers ». Voy. aussi Mathias Audit et Stéphan W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 9. « Following Philip C. Jessup's original idea of transnational law, such an approach has the great benefit of overcoming doctrinal divides that have developed by thinking about law in terms of national v. international and public v. private law. [...] A transnational perspective overcomes traditional categorical distinctions in thinking about law and posits that social relations in times of globalization are increasingly often governed by a combination of national and international, private and public laws that are used by a variety of norm-entrepreneurs in a variety of different decision- and policy-making processes ». Voy. aussi Michael Redclift, « Global equity: the environment and development », in Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, pp. 98 et s., qui précise que le terme global renvoie généralement à l'absence d'un emplacement géographique précis, à l'idée de l'extraterritorialité qui franchit les frontières, c'est-à-dire il se réfère à un « geopolitical space that encompasses everything » qui ne peut pas se confondre avec l'international. Selon l'auteur, « [w]e might begin by recognising that 'global' does not equate with 'international'. [...] The point about the extra-terrestrial changes is that since they are everybody's concern they are also nobody's concern ».

¹⁴³⁸ Jean-Bernard Auby, « Préface », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.), *Op. cit.*, qui présente l'ouvrage en spécifiant que « [I]t addresses not just the internationalization of public contracts law, but [...] covers all transborder processes that influence the law and practice of public contracting at the domestic level ».

¹⁴³⁹ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 13. L'auteur observe que « l'éducation, la politique et le droit ne supportent pas le rythme du monde globalisé ». Voy. aussi Benoît Frydman, « Comment penser le droit global ? », in Benoît Frydman (dir.) et Jean-Yves Chérot (dir.), *Op. cit.*, 2012, p. 30. Face à la mondialisation, le droit « se trouve [...] placé devant un paysage fragmenté, une mosaïque d'ordres juridiques, qui correspond en gros à la carte politique du monde, divisée en États ». Voy. aussi Sabino Cassese, *Op. cit.*, 2011 ; Jean-Louis Halpérin, *op.cit.*, pp. 121-155 ; Mikhaïl Xyfaras, « Après les théories générales de l'Etat : le droit global ? », in *Jus Politicum* no. 8, 2012 ; Giuseppe Casale et Mario Fasani, « An overview of the main ILO policies and tools in the organisation of promotional activities on social rights », in Adalberto Perulli (dir.) et Tiziano Treu (dir.), *Op. cit.*, 2018, p. 171. « The current global economy has grown to a scale unprecedented in history. Aided by new technologies, people, capital and goods are moving between countries with an ease and at a speed that has created an interdependent global economic network affecting virtually every person on the planet. [...] While globalization has created opportunities and benefits for many, at the same time millions of workers and employers worldwide have had to face new challenges ». Voy. aussi John Barry (dir.), Brian Baxter (dir.) et Richard Dunphy (dir.), *Op. cit.*, 2004, p. 7. Dans l'introduction, les auteurs mettent en exergue que la globalisation signifie plusieurs choses : « it refers to economic interconnections, [...] the increase of world trade and the creation of regional economic groupings ». L'environnement a subi l'impulsion de la globalisation, avec « trade and movement of peoples, together with the development of instantaneous electronic communication and information transfer embodied in the burgeoning internet ».

¹⁴⁴⁰ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 79.

¹⁴⁴¹ Stéphan Braconnier, *Droit des marchés publics*, Paris, Imprimerie nationale, 2005.

¹⁴⁴² Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 84.

transnationale »¹⁴⁴³ et « extraterritoriale »¹⁴⁴⁴. Sous l'effet de la globalisation, le droit des marchés publics se trouve confronté à la fois à un marché globalisé¹⁴⁴⁵ et à « une société dont les membres sont disséminés dans différents pays »¹⁴⁴⁶, avec une attention croissante pour les questions d'intérêt transfrontalier¹⁴⁴⁷, les « border effects » (effets frontaliers)¹⁴⁴⁸ et les formes de « collaborative cross-border procurement » (collaboration dans les marchés publics transnationaux)¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴³ Voy. Mathias Audit et Stéphan W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, pp. 9 et s.

¹⁴⁴⁴ Albert Sanchez-Graells, « Public procurement and 'core' human rights: a sketch of the European Union legal framework », in Olga Martin-Ortega (dir.) et Claire Methven O'Brien (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 98, qui utilise le terme « extra-territoriality » en lien avec les « EU human rights norms ». Voy. aussi Marta Andhov (dir.) et Roberto Caranta (dir.), *Op. cit.*, *SMART Project Report*, 2019, pp. 1 et s.

¹⁴⁴⁵ Mais il s'agit aussi d'un marché parcellisé. C'est le cas des entreprises multinationales. Les États ne peuvent qu'agir sur une simple parcelle de l'activité de celles-ci, c'est-à-dire la parcelle d'activité qui se déroule sur leur propre territoire.

¹⁴⁴⁶ Philippe Jestaz, *Le droit*, Dalloz, Paris, 8e édition, 2014, p. 58 ; Gilles Lhuillier, *Op. cit.*, p. 7. La société d'aujourd'hui regroupe non seulement par les citoyens d'un État ou d'une communauté internationale (celle-ci composée d'États-Nations et d'organisations internationales comme l'ONU et ses organisations spécialisées), mais englobant aussi « des institutions financières, des personnes privées de nationalités diverses, des entreprises transnationales, des collectivités traditionnelles, des ONG », des « transnational corporate networks ». Voy. aussi Vania Brino, « Stabilization clauses in state-investor agreements : a brief overview », in Adalberto Perulli (dir.) et Tiziano Treu (dir.), *Op. cit.*, 2018, p. 144.

¹⁴⁴⁷ Dans le droit européen il y a des critères, développés par la jurisprudence et par la doctrine, qui permettent de déterminer l'existence d'un intérêt transnational. Dans sa communication interprétative du 23 juin 2006, la Commission européenne précise qu'il convient, à cette fin, de se fonder sur « une évaluation des circonstances spécifiques de l'espèce, telles que l'objet du marché, son montant estimé, les caractéristiques particulières du secteur en cause (taille et structure du marché, pratiques commerciales, etc.) ainsi que du lieu géographique d'exécution du marché ». Voy. aussi les arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), arrêt du 14 novembre 2013, *Belgacom NV*, aff. C-221/12 (cons. 29) ; Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), arrêt du 15 mai 2008, *SECAP SpA*, aff. C-147/06 (cons. 24). « Un marché de travaux pourrait, par exemple, présenter un tel intérêt transfrontalier à cause de sa valeur estimée, en liaison avec sa technicité ou une localisation des travaux à un endroit qui serait propice à attirer l'intérêt d'opérateurs étrangers ». Sur la base de Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, chargé des affaires européennes, *Réponse à la question écrite no. 01535 de M. Jean Louis Masson publiée dans le JO Sénat du 12/10/2017*, Journal Officiel du Sénat français, 09/11/2017, p. 3494, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/questions/base/2017/qSEQ171001535.html>, on peut se référer à un « ensemble de critères tels que l'objet ou les caractéristiques techniques de la concession [ou du marché], son montant, les spécificités du secteur ou le lieu géographique d'exécution. Ainsi, par exemple, une concession [ou un marché] de faible valeur peut avoir un intérêt transfrontalier certain lorsqu'elle concerne le territoire d'agglomérations situées à la frontière de deux États membres. En outre, la Cour de justice de l'Union européenne admet, sans que cette circonstance suffise à elle seule, que l'existence de plaintes introduites par des opérateurs économiques situés dans d'autres États membres puisse être prise en compte pour établir l'existence d'un intérêt transfrontalier certain à condition que ces plaintes soient réelles et non fictives ».

¹⁴⁴⁸ Par exemple, Benedikt Herz et Xosé-Luís Varela-Irimia, *Border Effects in European Public Procurement*, 2017, disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=2883076>. Les auteurs « document evidence of very substantial intra- and international border effects in European public procurement. [...] Cross-national border effects are very sizable, even after controlling for physical distance, currency, cultural differences, and other variables ».

¹⁴⁴⁹ Selon la Commission européenne, il y a deux types de cross-border procurement : « Direct cross-border procurement : corresponding to contracts won from awarding authorities located in a Member State different from where the bidding firm is located ; indirect cross-border procurement : corresponding to contracts won from awarding authorities located in the same Member State as the bidding firm but where this firm's ultimate owner is from a different Member State ». Voy. Commission européenne, *Measurement of impact of cross-border penetration in public procurement. Final report*, 2017, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks_en. Voy. également les considérants no. 73-114-115 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics. Le considérant no. 114 précise que « [c]ertaines catégories de services conservent, par leur nature intrinsèque, une dimension transnationale limitée, à savoir les services consistant en des services à la personne tels que certains services sociaux, de santé et d'éducation ». De même, le considérant no. 115 précise que « les services d'hôtellerie et de restauration ne sont généralement offerts que par des opérateurs situés sur le lieu précis de prestation de ces services et ont donc aussi une

C'est encore plus vrai à la lumière de l'intégration du développement durable dans les marchés publics, ce qui appelle à la prise en compte des « interdépendances écologiques »¹⁴⁵⁰ et sociales dans l'achat. Par exemple, la « localisation » d'un achat n'empêche pas que ses effets ou externalités – négatives ou même positives – se produisent ou aient des impacts ailleurs¹⁴⁵¹ avec un « déploiement sur plusieurs échelles spatiales »¹⁴⁵². Il peut s'agir, entre autres, de réduire les émissions de CO₂¹⁴⁵³ ou la consommation énergétique dans l'exécution du marché¹⁴⁵⁴. Les externalités de ce type d'achats, qui peuvent être prises en compte dans l'évaluation de l'offre sous la forme de coûts (à condition que ces coûts « puissent être monétisés et faire l'objet d'un suivi »¹⁴⁵⁵), sont bien évidemment susceptibles de se produire au-delà des frontières géographiques.

dimension transnationale limitée ». À son tour, le considérant no. 73 se réfère à « la passation conjointe de marchés publics transnationaux », autorisée « implicitement » par la directive 2004/18/CE. Voy. aussi Albert Sanchez-Graells, *Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia?*, in *Procurement Law Journal*, no. 1, 2016. « The exercise of buyer power and, in particular, the development of centralised public procurement strategies is thought to be one of the ways in which the pursuit of those economic and horizontal or secondary goals can be more easily attained ». Voy. aussi Silvia Ponzio, « Joint Procurement and Innovation in the New EU Directive and in some EU-Funded Projects », in *Ius Publicum Network Review*, no. 16, 2015.

¹⁴⁵⁰ Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>.

¹⁴⁵¹ Traduit et partiellement reformulé de : Keekok Lee (dir.), Alan Holland (dir.) et Desmond McNeill (dir.), *Op. cit.*, 2000, p. 1 et s. En ce sens, il est aussi précisé que, « even if many environmental problems are global in their reach, values themselves have a culturally specific location ». Cela peut se comprendre sur la base de la question : « how far 'Northern' solutions address 'Southern' problems ». En fait, « what some will see as the 'equity' of free trade translates into what others experience as the inequitable distribution of power and resources ». Dans ce cadre, plusieurs conventions ont été adoptées en matière environnementale, telles que la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone et son protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone ; la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (convention de Bâle) ; la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants ; la Convention de Rotterdam du 10 septembre 1998 sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet du commerce international (PNUE/FAO) (Convention PIC), et ses trois protocoles régionaux. À noter que lesdites conventions sont celles visées à l'article 18, paragraphe 2 de la directive 2014/24/UE sur les marchés publics.

¹⁴⁵² Ludovic Ginelli, Jacqueline Candau, Sabine Girard, Marie Houdart, Valérie Deldrève et Camille Noûs, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/17272>.

¹⁴⁵³ Par exemple, au niveau infra-national, le programme d'achats publics verts ÖkoKauf de la ville de Vienne a permis non seulement de parvenir à des économies considérables estimées à 1.5 million euros en 2014, mais aussi à des bénéfices écologiques sous les termes de réduction d'environ 15,000 tonnes of CO₂ en 2014. Voy. Commission européenne, *Measurement of impact of cross-border penetration in public procurement. Final report*, 2017, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks_en ; ConPlusUltra, *Green Public Procurement in the City of Vienna. Impact Analysis*, 2014, disponible en ligne : <https://www.wien.gv.at/english/environment/protection/pdf/impact-analysis.pdf>.

¹⁴⁵⁴ Voy. par exemple le considérant 97 de la directive 2014/24/UE.

¹⁴⁵⁵ Voy. par exemple le considérant 96 de la directive 2014/24/UE. Si on prend en compte, par exemple, « la pollution causée par l'extraction des matières premières utilisées dans le produit ou par le produit lui-même ou sa fabrication », cela implique que l'évaluation ne se fonde pas exclusivement sur le prix mais envisage aussi le coût du cycle de vie afin de déterminer l'offre dite économiquement la plus avantageuse. De ce fait, on prend compte ainsi de « coûts internes, tels que la recherche à réaliser, le développement, la production, le transport, l'utilisation, la maintenance et le traitement en fin de vie » outre que « les coûts imputés aux externalités ». Afin d'estimer leur valeur monétaire, les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à des méthodes spécifiques établies « au préalable d'une manière objective et non discriminatoire et accessibles à toutes les parties intéressées » pour éviter « des distorsions de concurrence ». Il est donc interdit d'utiliser, par exemple, une méthode taillée sur mesure. « Ces méthodes peuvent être arrêtées au niveau national, régional ou local mais, pour éviter des distorsions de concurrence résultant de méthodes taillées sur mesure, il convient qu'elles demeurent générales dans le sens qu'elles ne devraient pas être spécifiquement mises en place pour une procédure de passation de marché public particulière ». Pour cette raison, il « convient de mettre au point au niveau

C'est dans ce cadre qu'on considère que « [s]e limiter à l'étude du droit national est aujourd'hui impossible »¹⁴⁵⁶, tout comme il apparaît insuffisant d'adopter une perspective exclusivement internationale.

En vertu d'une conception basée sur un changement de paradigme et du contexte « épistémologique »¹⁴⁵⁷, il semble que la compréhension du droit des marchés publics ne puisse pas faire abstraction de l'analyse de l'« espace juridique [dit] global »¹⁴⁵⁸. Cet espace peut se définir comme une « scène juridique générée par des phénomènes économiques sociaux et politiques identifiés, possédant son éventail particulier d'acteurs

de l'Union des méthodes communes afin de calculer le coût du cycle de vie de certaines catégories de fournitures ou de services. Lorsque de telles méthodes sont mises au point, il convient de les rendre obligatoires ». Sur la notion de coût du cycle de vie, voy. aussi l'article 68 de la directive 2014/24/UE. La notion du coût du cycle de vie présuppose que, outre les prix spécifiques des biens, services, travaux, il y a des coûts environnementaux et sociaux qui peuvent être pris en compte par les pouvoirs adjudicateurs. C'est dans ce cadre qu'il est possible de prendre en compte, par exemple, les coûts des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique à « condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée ». Pour distinguer la notion de coût du cycle de vie d'autres « more or less related » notions, voy. Jason J. Czarnetzki et Steven Van Garsse, « What is life-cycle costing ? », in Marta Andhov (dir.), Roberto Caranta (dir.) et Anja Wiesbrock (dir.), *Cost and EU public procurement law. Life cycle costing for sustainability*, Londres et New York, Routledge, 2020, pp. 3 et s. Les auteurs constatent que, par rapport à la notion de coût du cycle de vie (en anglais, *life-cycle cost*), « many more or less related concepts exist such as life-cycle assessment (LCA), total cost of ownership (TCO), whole life cost (WLC), environmental LCC (E-LCC) and societal LCC (S-LCC), and even more methodologies are used to establish costs and benefits associated with those concepts. Most of these concepts face similar implementation challenges and pitfalls ». Par exemple, « [t]he terms LCC and WLC are often used interchangeably. However, some literature does differentiate the two concepts. For example, LCC is sometimes described as a financial tool for early - stage product or project evaluation and initial investment appraisal. WLC is then described as a tool for management through its life cycle that also takes operational costs into account ».

¹⁴⁵⁶ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 79 ; Hilde Caroli Casavola, « Public Procurement and Globalization », in *Ius Publicum Network Review*, no. 3/4, 2013, selon laquelle « traditional exclusive application of national disciplines to public sector contracts is definitely passed ».

¹⁴⁵⁷ Mathias Audit et Stéphane W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphane W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁵⁸ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 135. En particulier, l'auteur souligne que « dans l'état actuel du développement de la globalisation juridique, il serait aventureux de parler d'un *système juridique* global. Le droit travaillé par la globalisation est loin de constituer un système, avec son appareil formalisé d'organes, ses principes propres d'architecture normative... Nous éviterons donc d'utiliser cette formule prématurée ». À sa place, la formule « espace juridique global » mieux exprime ce qu'il existe aujourd'hui. Voy. aussi Ricardo Sanchez et Daniel Engel, « The role of regional multilateral development banks in the internationalization of public contracts », in Mathias Audit (dir.) et Stéphane W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 664. Les auteurs remarquent que les Banques Multilatérales de Développement Régionales et les Etats emprunteurs agissent dans un environnement juridique qui peut être défini comme « the global legal space ». Voy. Neil Walker, *Intimations of Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 ; Richard Collins, « The Slipperiness of 'Global Law' », in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, 2017, pp. 714-739 ; Sabino Cassese, « What is Global Administrative Law and why study it? », in *RSCAS Policy Papers 2012/04*, 2012 ; Sabino Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009 ; Nico Krisch et Benedict Kingsbury, « Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order », in *The European Journal of International Law*, vol. 17, no. 1, 2006 ; Nico Krisch, Benedict Kingsbury et Richard B. Stewart, « The Emergence of Global Administrative Law », in *Law & Contemporary Problems*, 2005, vol. 68, no. 3/4 ; Elisabetta Morlino, « La vita senza pareti nello spazio giuridico globale », in *Giornale di Diritto Amministrativo*, no. 4, 2007, pp. 433-442 ; Fabrizio Fracchia, *op. cit.*, p. 9 ; Roberto Caranta (dir.) et Anna Gerbrandy (dir.), *Traditions and Change in European Administrative Law*, Europa Law Publishing, 2011. Dans l'introduction, il est affirmé que « [i]n modern-day western societies it is thought that individualism trumps collectivism. There is change from the paradigm of hierarchy to a paradigm of cooperation. This affects administrative law, which is traditionally top-down, but is slowly accepting and incorporating mechanisms of negotiation and bottom-up involvement of stakeholders and concerned individuals ».

et de processus normatifs, et développant des rapports intersystémiques particuliers »¹⁴⁵⁹. Plus spécifiquement, l'espace juridique global se caractérise par de nombreuses interconnexions liant les échelles supranationale, internationale, transnationale et, également, nationale¹⁴⁶⁰, ces divers niveaux étant « conçus au départ sur des modèles différents »¹⁴⁶¹. Il s'ensuit « a great variety of institutions, norms and processes » (un large éventail d'institutions, normes et processus)¹⁴⁶² qui caractérise le droit des marchés publics dans une perspective globale.

B : Les traits caractéristiques du droit des marchés publics au sein de l'espace juridique « global »

Comme on vient de le préciser, l'espace juridique global se caractérise par un bon nombre d'interdépendances et d'entrecroisements entre les différents niveaux juridiques comprenant l'international, le supranational, le transnational et même, dans une certaine mesure, le national en raison des influences qu'il reçoit des autres. Toutefois, il importe de préciser que l'accent ne doit pas être mis sur chaque niveau, mais plutôt sur l'ensemble : il n'y aurait pas d'espace juridique global sans cet entrelacement.

En outre, dans l'espace juridique global, on assiste à l'« apparition de régulateurs non étatiques »¹⁴⁶³ publics ou privés¹⁴⁶⁴ s'intéressant toujours davantage au droit des marchés publics (a), dans un cadre de prolifération des sources de droit, ces dernières se

¹⁴⁵⁹ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 135 ; Ricardo Sanchez et Daniel Engel, « The role of regional multilateral development banks in the internationalization of public contracts », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 664. Les auteurs remarquent que les Banques Multilatérales de Développement Régionales et les Etats emprunteurs agissent dans un environnement juridique qui peut être défini comme « the global legal space ».

¹⁴⁶⁰ Jean-Bernard Auby, « Préface », in Mathias Audit (dir.) et Stephan W. Schill (dir.), *Op. cit.* ; Hilde Caroli Casavola, « Public Procurement and Globalization », in *Ius Publicum Network Review*, no. 3/4, 2013. « During the last thirty years public procurement has been characterized by 'an unprecedented diffusion of sophisticated (...) regimes on a global scale'. More than forty supranational sets of rules have been established by a variety of international organizations, institutions and bodies exercising regulatory power over contracting ». Sur ce dernier point voy. aussi Joshua I. Schwartz, « On Globalization and Government Procurement », in Sue Arrowsmith (dir.) et Martin Trybus (dir.), *Public Procurement. The Continuing Revolution*, La Haye, Kluwer Law International, 2003.

¹⁴⁶¹ Mireille Delmas-Marty, *Op. cit.*, p. 62. Pour l'auteur, il est nécessaire de comprendre le processus d'intégration par entrecroisements de normes et dialogue des juges ». Voy. ainsi Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, 2012, pp. 51 et s., qui précise que « global bodies and regimes have developed a wide range of cross-references, interrelationships and reciprocal influence, including transfer of legal institutions ».

¹⁴⁶² Francis Snyder (dir.) et Yi Lu (dir.), *Op. cit.*, 2015, p. 19 ; Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 97. « [L]a globalisation provoque, dans le droit, diverses transformations affectant la production des normes, leur contenu, leurs effets ».

¹⁴⁶³ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 36.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.* ; Mathias Audit et Stéphan W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 16. « The transnational legal space of public contracting is characterized by a multiplicity of both traditional state actors and actors beyond the state ».

caractérisant – selon une partie de la doctrine – par une « normative sickness »¹⁴⁶⁵ (surtout pour le droit dit *souple*) et une dégradation de la qualité du droit en général¹⁴⁶⁶ (b).

a : Une multitude de centres générateurs du droit des marchés publics

L'espace juridique globale se caractérise par une coprésence de plusieurs « pouvoirs normatifs »¹⁴⁶⁷, de « producteurs de droit »¹⁴⁶⁸, « de structures »¹⁴⁶⁹ qui se placent en dehors de l'État et de son « appareil de gestion classique »¹⁴⁷⁰ (*tout ce droit n'est pas issu d'un seul centre générateur*¹⁴⁷¹), et qui sont parfois en compétition entre eux¹⁴⁷². À côté « des individus, des groupes privés – entreprises, ONG... – voire des collectivités publiques subétatiques »¹⁴⁷³, des organisations internationales, des institutions financières, des « transnational corporate networks » (réseaux des entreprises multinationales)¹⁴⁷⁴, l'État semble devenir « un acteur parmi d'autres »¹⁴⁷⁵. À lui semble

¹⁴⁶⁵ Pierre-Marie Dupuy, *Op. cit.*, no. 2, 1990, p. 422.

¹⁴⁶⁶ Voy. *supra*.

¹⁴⁶⁷ Pour une certaine doctrine, « exerce un pouvoir normatif l'entité qui met en place un processus capable de modifier le comportement des destinataires d'une prescription produite par ce processus », ce qui établit « une liaison entre droit et fait, entre validité et effectivité de la norme ». Sur cette base, une partie de la doctrine met en exergue que l'activité de certains acteurs internationaux/transnationaux serait à considérer comme *normative*, même si lesdits acteurs seraient connus davantage « du grand public pour [...leur] fonction d'expertise dans [leur propre domaine institutionnel...] que pour [...leur] fonction normative », étant « la frontière entre la fonction normative et la fonction d'expertise [...] poreuse ». Voy. Hervé Ascensio et Nicola Bonucci, « Avant-propos », in Hervé Ascensio (dir.) *Op. cit.*, 2013.

¹⁴⁶⁸ Benoît de la Taille, « La pluralité des producteurs de droit entre l'Europe et les États », in Marie-Anne Frison-Roche (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004 ; José E. Alvarez, *International organizations as law-makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

¹⁴⁶⁹ Jacques Chevallier, *Op. cit.*, p. 106.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 106.

¹⁴⁷¹ Jean Carbonnier, *Op. cit.*, 2013, p. 19.

¹⁴⁷² Entre autres, voy. Hilde Caroli Casavola, « Public Procurement and Globalization », in *Ius Publicum Network Review*, no. 3/4, 2013. « [R]ules and standards formulated outside a national context, primarily call upon international trade, development, cooperation, investment and money laundering. These sets of rules concur with domestic regulations to discipline the same issues. [...] [A]ll the relevant regimes concur in limiting State traditional exclusive powers on procurement ». Voy. aussi Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, vol. 6, no. 3, 2006 : « regulatory norms in different supranational regimes may conflict ». Voy. ainsi Nicola Bonucci et Jean-Marc Thouvenin, « L'OCDE, site de gouvernance globale ? », in Hervé Ascensio (dir.) *Op. cit.*, 2013, p. 39.

¹⁴⁷³ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 35 ; Mathias Audit et Stéphan W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 16. Le droit des marchés publics est fait « through cooperation among states, bilaterally, as well regionally or multilaterally ». Voy. également Mohamed Mahmoud Mohamed Salah, « Le renouvellement du rôle des acteurs. Rapport général », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 81.

¹⁴⁷⁴ Voy. aussi Vania Brino, « Stabilization clauses in state-investor agreements : a brief overview », in Adalberto Perulli (dir.) et Tiziano Treu (dir.), *Op. cit.*, 2018, p. 144. « [T]ransnational corporate networks pose a regulatory challenge to the international legal systems. Corporations are the cardinal actors in the global scenario not only according to an economic perspective but also adopting a juridical viewpoint. [...] ». L'auteur souligne que l'entreprise multinationale est « presented as internationalized in its field of action, but conditioned to the compliance with different juridical regimes of the countries where it carries out its activity. There is, in this sense, a gap between the transnational dimension of its business, in view of the functional integration between segments of the productive process distributed at global level, and the national dimension of the applicable norms ».

¹⁴⁷⁵ André-Jean Arnaud, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, p. 18 ; Gustavo Zagrebelsky, *Op. cit.*, p. 10, lequel remarque que « la formation de centres de pouvoirs

« échappe[r] pour une part significative »¹⁴⁷⁶ la production normative des « régulateurs non étatiques »¹⁴⁷⁷ et des « lieu[x] de production de normes globales »¹⁴⁷⁸, avec une croissante « désétatisation du droit »¹⁴⁷⁹.

Allant donc au-delà de la conception centrée sur l'État comme système « fermé »¹⁴⁸⁰, une partie de la doctrine argue, en général, que l'État n'est plus capable « de contrôler efficacement un nombre important de phénomènes transnationaux »¹⁴⁸¹ et de problématiques qui ignorent de plus en plus « les frontières nationales »¹⁴⁸², vis-à-vis

alternatifs qui entrent en concurrence avec l'Etat dans les domaines de la politique, de l'économie, de la culture et de la pratique religieuse, souvent en dimensions totalement indépendantes du territoire étatique ». L'auteur observe qu'il y a des « forces corrosives [...] tant à l'intérieur qu'à l'extérieur », dans une situation de « pluralisme politique et social [tout d'abord] interne, qui conteste l'idée même de souveraineté et de sujétion ». Voy. également Mohamed Mahmoud Mohamed Salah, « Le renouvellement du rôle des acteurs. Rapport général », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 81, qui précise que les acteurs ou entités « qui peuvent, par leurs actes, leurs comportements ou leurs interventions, influencer sur le cours des choses en matière de développement » sont « aujourd'hui, très nombreuses et très variées, car à côté des Etats, des clubs d'Etats informels et des organisations internationales, il y a les ONG, les associations, les syndicats, les sociétés transnationales, les communautés humaines diverses qui émergent par delà les Etats, mais aussi, de plus en plus, les juridictions et les organisations quasi-juridictionnelles ».

¹⁴⁷⁶ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 84.

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 36.

¹⁴⁷⁸ Nicola Bonucci et Jean-Marc Thouvenin, « L'OCDE, site de gouvernance globale ? », in Hervé Ascensio (ed.), *Op. cit.*, 2013, p. 28.

¹⁴⁷⁹ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 35. « Qui dit droit moins sensible aux variations juridiques nationales dit naturellement droit moins dépendant des volontés étatiques particulières ». Voy. aussi Gilles Lhuillier, *Op. cit.*, p. 7 ; Mathias Audit et Stéphan W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 3 et s. ; Vania Brino, « Stabilization clauses in state-investor agreements : a brief overview », in Adalberto Perulli (dir.) et Tiziano Treu (dir.), *Op. cit.*, 2018, pp. 144 et s. Par rapport à l'activité des entreprises multinationales, l'auteur remarque que « States [...] have lost power, being able to intervene only in one fragment of the space where economic actors operate. [...] Multinational enterprises become a key regulatory actor able not only to choose the most favorable law but also to define rules useful for their business ». Voy. aussi Georges Abi-Saab, « Cours général de droit international public », in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. VII, t. 207, La Haye, Martinus Nijhoff, 1987, p. 39. Pour ce qui concerne l'échelle internationale, la fonction législative s'accomplit « dans un système à pouvoir diffus et sans spécialisation de fonction ».

¹⁴⁷⁹ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 35. « Qui dit droit moins sensible aux variations juridiques nationales dit naturellement droit moins dépendant des volontés étatiques particulières ».

¹⁴⁸⁰ Philippe Jestaz, *Op. cit.*, 2015, p. 11.

¹⁴⁸¹ Patrick Le Galès, « Que devient l'État ? », in *Cahiers français*, no. 379, mars-avril 2014, p. 2. Voy. aussi Frédéric Allemand, *La compétitivité européenne : compétition, coopération, solidarité*, présenté lors du Séminaire international « La compétitivité européenne : regards croisés », Luxembourg, 29-30 mars 2017.

¹⁴⁸² Par exemple, le respect des droits des hommes dans les chaînes d'approvisionnement mondiales. Voy. Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, OECD Publishing, 2011 ; Christopher McCrudden, « Corporate social responsibility and public procurement », in Doreen Mcbarnet (dir.), Aurora Voiculescu (dir.) et Tom Campbell (dir.), *Op. cit.*, p. 93-117 ; Sandra Waddock, « Rhetoric, Reality and Relevance for Corporate Citizenship: Building a Bridge to Actionable Knowledge », in José Allouche (dir.), *Corporate Social Responsibility*, vol. 1, UK, Palgrave Macmillan, 2006, p. 20. « Companies with long supply chains, such as footwear, clothing, sporting goods and toy companies, have been in the forefront of implementing ... voluntary responsibility management approaches ». Voy. aussi Carol Cravero, *Op. cit.*, vol. 2, no. 1, 2018, pp. 8 et s. « [W]hen it comes to complex supply chains using subcontractors or workers located abroad, the working conditions [...] still remain difficult to verify (being under foreign legal systems probably using different working conditions as terms of reference, as with regards to minimum wages) [...] where suppliers, buyers, manufacturers and sub-contractors may all be at various levels of development within non-homogeneous legal frameworks referring to different working conditions ». Voy. aussi The Landmark Project, *Success stories in socially responsible public procurement. Using public spending to drive improvements for workers in global supply chains*, 2014, disponible en ligne : <http://www.landmarkproject.eu/> ; The Landmark Project, *Good Practice in Socially Responsible Public Procurement. Approaches to Verification from Across Europe*, disponible en ligne : <http://www.landmark-project.eu/> ; The Landmark Project, *Verifying Social Responsibility in Supply Chains. A Practical and Legal Guide for Public Procurers*, disponible en ligne : <http://www.landmark-project.eu/>. Voy. aussi Albert Sanchez-Graells, « Public procurement and 'core' human rights: a sketch of the European Union legal framework », in

de croissants « besoins normatifs provoqués par la mondialisation de l'économie et la diversification des acteurs des relations internationales »¹⁴⁸³. Dans ce cadre, l'État ne semble plus le détenteur du monopole dans la création du droit¹⁴⁸⁴ ni, selon certains

Olga Martin-Ortega (dir.) et Claire Methven O'Brien (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 98, soulignant le caractère d'« extra-territoriality » des « EU human rights norms ». Voy. aussi Marta Andhov (dir.) et Roberto Caranta (dir.), *Op. cit.*, *SMART Project Report*, 2019, pp. 1 et s.

¹⁴⁸³ Hervé Ascensio, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in Hervé Ascensio (dir.), *Op. cit.*, 2013, p. 10.

¹⁴⁸⁴ Dans le passé, le droit était « créé par l'État et placé exclusivement à son service. De ce droit, la souveraineté étatique était ainsi le point de départ et le point d'aboutissement, le critère de sens et d'orientation de tous ses éléments ». Voy. Gustavo Zagrebelsky, *Op. cit.*, p. 9. Voy. aussi Bernard Luisin, *Op. cit.*, no. 37, 2016, pp. 155-182. Selon l'auteur « l'État de droit [qui] est cependant rarement défini [...] recouvre trois dimensions très différentes qui font prévaloir tantôt un système de normes hiérarchisées, tantôt la limitation du pouvoir de l'État ou bien encore le contenu du Droit ». L'auteur souligne aussi « [l]e thème de l'État de droit entretient des rapports très étroits avec la doctrine kelsenienne. Il s'en inspire directement par l'importance accordée à la norme et par les conditions de la validité de celle-ci ». Voy. aussi André-Jean Arnaud, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation », in *Droit et société*, no. 35, 1997, p. 11 ; Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 98. Le droit étatique est « relayé, notamment par celui qui produisent les intégrations régionales, et qui présente des grandes analogies de nature avec lui, comme par celui que produisent les pouvoirs économiques privés ; il est suppléé, par exemple par celui qu'émettent les institutions financières internationales pour assurer une régulation des échanges économiques sur laquelle elles sont seules à avoir prise ; il est supplanté, lorsque des principes relatifs à la gouvernance, à l'État de droit, aux droits fondamentaux s'imposent sur la scène internationale ». Toutefois, Jean-Bernard Auby remarque que « [c]ette perte de maîtrise des États ne doit pas être exagérée [...], mais elle existe réellement ». En outre, « la tendance à la privatisation des régulations a pour corollaire fréquent une situation d'auto-régulation plus ou moins marquée des secteurs concernés ». Voy. aussi Gunther Teubner, « Un droit spontané dans la société mondiale », in Charles-Albert Morand (dir.), *Op. cit.*, 2001, p. 197 ; Charles-Albert Morand (dir.), *Op. cit.*, 1991 ; Yoram Levy et Marcel Wissenburg, *Op. cit.*, vol. 52, 2004, p. 785. « The role of the nation state in modern society is changing, or so it seems. More and more, politics takes place in arenas other than the traditional sovereign nation state. International organizations, institutions administering international regimes, international down to local systems of 'governance' in which the state often plays the role of an equal partner (or even no role at all), a multitude of border crossing forms of regional cooperation, and extra-governmental political cooperation, all seem to be gnawing away at the authority and power of the state. In theoretical terms, in addition to processes of internationalization or globalization (both political and economic), we can observe dehierarchization – a change in the mode of governance of nation states from direction of, to cooperation with, international actors, civil society or relatively autonomous 'minority' nations ».

auteurs, dans l'exercice de la souveraineté¹⁴⁸⁵, cette dernière étant le « prix à payer pour l'intégration du pluralisme »¹⁴⁸⁶.

Toutefois, force est de constater que le droit ne fonctionne pas totalement « en dehors des États »¹⁴⁸⁷, et que tous les « divers acteurs » agissant au sein de l'espace juridique global « n'ont pas la même nature ni la même capacité d'action ou d'influence »¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸⁵ Jacques Chevallier, *Op. cit.*, pp. 8, 22, 39, selon lequel l'État est toujours « l'acteur essentiel des relations internationales et le lieu privilégié de formation des identités collectives », il subit cependant l'érosion de sa souveraineté et il se voit remis en cause quant à sa capacité d'assumer ses propres fonctions. L'auteur souligne que « l'État dispose, dans l'ordre interne, d'une puissance suprême de domination, c'est-à-dire d'une puissance irrésistible et inconditionnée qui, non seulement s'impose à ses ressortissants, sans qu'ils puissent s'y soustraire, mais encore ne connaît aucune puissance au-dessus d'elle, n'est liée par aucune règle préexistante ». Plus précisément, l'auteur considère que quatre facteurs contribuent à infléchir le modèle étatique, notamment : i) perte de souveraineté, ii) perte d'une série de variables essentielles débouche sur une redéfinition de ses fonctions, iii) réduction de netteté entre le public et le privé, iv) perte d'unité quant au mode d'organisation de l'État avec la fragmentation et l'éclatement d'appareils de plus en plus hétérogènes. Voy. ainsi Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, no. 3/4, 2013, p. 25, selon laquelle « State powers lost their traditional exclusive regulatory prerogative in public procurement. Thus, national legal order is no longer the exclusive juridical order for the relevant matter. [...] Thus, the margins of discretion traditionally reserved to procuring administrations are highly narrowed by supranational regimes ». Contrairement, voy. Mireille Delmas-Marty, *Op. cit.*, p. 29. Selon l'auteur, « [p]lutôt que vers un monde 'sans souveraineté', nous semblons aller vers une 'dilution de la souveraineté' qui resterait à transformer en une souveraineté partagée : le partage est au cœur du Traité constitutionnel européen et transparaît aussi dans le titre du rapport sur l'insécurité remis au Secrétaire général de l'ONU : 'une responsabilité [donc une souveraineté] partagée' ». Voy. Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, pp. 136 et s. L'auteur affirme qu'on assiste à « une incontestable régression de la puissance juridique de l'Etat [qui] n'empêche pas le maintien à un haut niveau de sa fonction régulatrice, mais n'en exige pas moins d'envisager une nouvelle définition de la souveraineté ». Il examine ainsi la question de savoir s'il est nécessaire une redéfinition de la souveraineté ». Voy. aussi François Ost, « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature », in Charles-Albert Morand (dir.), *Op. cit.*, 2001, pp. 12 et s., qui souligne que l'Etat-nation est un « modèle ébranlé par la mondialisation ». Voy. encore Gustavo Zagrebelsky, *Op. cit.*, pp. 8-9. « Au cœur de cette idée de souveraineté – comprise à l'origine comme la situation volontariste d'une force matérielle appliquée à la construction et la consolidation de sa propre suprématie et de son unicité dans la sphère politique – figurait le principe de l'exclusion et de la guerre à l'égard de l'autre. [...] L'Etat ne pouvait pas admettre de concurrents. [...] Sur le plan interne, [...] [f]ace à l'Etat, il ne pouvait y avoir que des situations de sujétion. Sur le plan externe, les Etats se posaient en forteresses closes, protégées par le principe de non-ingérence ». Au contraire, pour certains auteurs « political pluralization does not imply that the state is losing any real power; it may even be increasing its influence. Power itself is not the problem ». Sur ce point, voy. Yoram Levy et Marcel Wissenburg, *Op. cit.*, vol. 52, 2004, p. 785. Voy. aussi Stéphane Pierré-Caps, « La mondialisation et la crise de l'Etat national », in S.F.D.I., *L'État dans la mondialisation, Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 2013, pp. 39-50 ; Yves Petit, « Les risques environnementaux globaux et les transformations de la souveraineté », in S.F.D.I., *L'État dans la mondialisation, Colloque de Nancy*, Paris, Pedone, 2013, pp. 177-209. Contrairement, voy. Fabrizio Fracchia, « Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima? », in *Il diritto dell'economia*, vol. 65, no. 100, 2020, p. 579, selon lequel la pandémie de Covid-19 a démontré que la souveraineté reste aux États. En ligne avec cela, Gabriel Eckert, « Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19 », in *Contrats et Marchés publics* no. 6, juin 2020, étude 4. « L'épidémie de Covid-19 et la mise en place d'un état d'urgence sanitaire ont montré la fragilité de nos sociétés face à une menace de caractère pandémique affectant de manière inédite la continuité des activités économiques, sociales et administratives. En Europe, en général, et en France, en particulier, elles ont conduit à un 'grand retour de l'État' ».

¹⁴⁸⁶ Gustavo Zagrebelsky, *Op. cit.*, p. 16.

¹⁴⁸⁷ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 35 ; Mathias Audit et Stéphan W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 16. « The transnational legal space of public contracting is characterized by a multiplicity of both traditional state actors and actors beyond the state ». Voy. aussi Sandrine Maljean-Dubois, « La 'fabrication' du droit international au défi de la protection de l'environnement. Rapport général sur le thème de la première demi-journée », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2010, p. 41. « Il ne s'agit évidemment pas, comme on a voulu parfois le dire, de 'nier' le territoire de l'Etat mais au contraire de le 'restituer', de le redimensionner à la lumière de l'évolution nouvelle ».

¹⁴⁸⁸ Mohamed Mahmoud Mohamed Salah, « Le renouvellement du rôle des acteurs. Rapport général », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 81 ; Hervé Ascensio, (dir.), *Op. cit.*, 2013 ; Hervé Ascensio, « Les activités normatives des entreprises

À la lumière de tout cela, on observe donc que l'ordre juridique étatique « coexiste avec d'autres ordres [ou espaces] juridiques [extra-] supra- et infra- étatique »¹⁴⁸⁹ – selon l'appellation anglaise « supranational rules-setters »¹⁴⁹⁰ – tels que l'UE, l'OCDE, l'OMC, l'OIT, la CNUDCI, les institutions financières, les organismes de normalisation, *etc.*, qui sont plus ou moins « indépendants de lui, éventuellement ses rivaux »¹⁴⁹¹ et qui se chevauchent mutuellement¹⁴⁹², tout en produisant « de nouveaux types de normes, juridiquement contraignants ou non »¹⁴⁹³.

multinationales », in S.F.D.I., *L'entreprise multinationale et le droit international. Colloque de Paris 8 Vincennes - Saint-Denis*, Paris, Editions A. Pedone, 2017, pp. 265-278 ; Hervé Ascensio, « Les Principes directeurs rattrapés par le droit ? L'exemple du droit français », in Nicola Bonucci (dir.) et Catherine Kessedjian (dir.), *40 ans des lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises multinationales / 40 Years of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Éditions A. Pedone, Paris, 2018, pp. 79-88.

¹⁴⁸⁹ Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant (dir.) *Op. cit.*, p. 3 ; Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, pp. 99 et s., qui met en exergue que « le centre de gravité du droit se déplace vers des régimes privés, et le droit global s'appuie de plus en plus sur des ressources autonomes : multinationales, consultants juridiques globaux, fonds, associations, etc ». En outre, « la multiplication et la diversification des producteurs de droit, et des lieux de production du droit, a pour conséquence assez fréquente de rendre plus difficile l'identification, la caractérisation des rôles dans les processus normatifs » ; Jean-Yves Chêrot, « Concept de droit et globalisation », in Jean-Yves Chêrot (dir.) et Benoît Fridman (dir.), *Op. cit.*, 2012, pp. 8 et s. L'auteur constate que « dans un système globalisé, [...] de nouvelles normes émergent qui semblent ne plus avoir de rattachement aux systèmes juridiques étatiques ».

¹⁴⁹⁰ Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, no. 3/4, 2013. « Among the supranational rules-setters, a prominent role is played by the World Trade Organization (WTO), the World Bank and the Regional Development Banks, as well as the various States bound by formal bilateral and multilateral agreements, the Organization for Economic Co-operation and Development-OECD, the United Nations, the International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID and the Canadian International Trade Tribunal-CITT. The regulatory activity of these global actors has a strong impact on national procurement systems ».

¹⁴⁹¹ Jean Carbonnier, *Op. cit.*, 3e édition, 2016, p. 356. Voy. aussi Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 125. Ce n'est pas seulement la question du « forum shopping, la recherche du système juridique le plus favorable » par les entreprises et surtout les multinationales. Mais, sous l'impulsion de la globalisation, il y a une croissante compétition par rapport à « certaines techniques juridiques comme celle du traitement national, dont on sait l'importance dans le droit de l'OMC. [...] Par essence, cette technique induit une comparaison entre le système juridique national, dont elle provoque l'extension, et d'autres solutions qui seraient moins favorables ». En outre, « c'est ainsi que l'opinion est souvent émise que les systèmes relevant de la common law seraient particulièrement adaptés à la globalisation économique, en raison d'une tendance naturelle qu'ils auraient à sécréter des règles économiquement efficaces ». Sur ce point, voy. Ugo Mattei, *Comparative law and economics*, The University of Michigan Press, 2000. Voy. encore Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, vol. 6, no. 3, 2006, selon laquelle « International standards and rules increasingly apply to public procurement. Overlapping sets of norms, however, may generate complex relationships between existing disciplines and, even, conflicts of law. [...] each organization and procurement standard-setting body elaborates its own, peculiar procedural norms. [...] The Author finds that sometimes the rules deriving from different internationalizing sources are congruent and compatible (or even identical). For the most part, conflicts or incongruities between internationalizing procurement rules are caused by an absence of mechanisms for adapting or reconciling the specific methods used by different supranational bodies' to protect their interests. The conflict is caused in applying identical principles and is not, therefore, irresolvable. As a result, in the cases considered, a reconciliation of those conflicts of rule cannot disregard an all-inclusive consideration of the significant principles, common to the various regimes ».

¹⁴⁹² Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, 2e édition, Londres, Butterworths, 2002, p. 347.

¹⁴⁹³ Traduit de la phrase suivante « [M]any new types of norms, legally binding or not » tirée de l'ouvrage de Francis Snyder (dir.) et Yi Lu (dir.), *Op. cit.*, 2015, p. 1.

Il semble donc que, à la place de la conception pyramidale¹⁴⁹⁴ basée sur une « vision de géométrie plane »¹⁴⁹⁵, il faudrait recourir à l'image du rhizome ou du réseau¹⁴⁹⁶ permettant de décrire à la fois les liens verticaux de subordination et les liens horizontaux d'interdépendance, d'interconnexion et d'échange entre les niveaux¹⁴⁹⁷. Cet entrecroisement échappe donc « à l'emprise de la hiérarchie »¹⁴⁹⁸ et décrit les mouvements de « perméabilisation des systèmes [et espaces] juridiques »¹⁴⁹⁹ caractérisant l'espace juridique global.

En ce sens, contrairement à la littérature doctrinale selon laquelle « l'édifice » juridique « se fissure de toutes parts »¹⁵⁰⁰ à cause des « assauts répétés de multiples autorités agissant de manière désordonnée »¹⁵⁰¹, l'espace juridique global semble plutôt se caractériser par une « perméabilité entre les différents espaces normatifs »¹⁵⁰²,

¹⁴⁹⁴ Il est à noter que, « [e]n Europe continentale, la vision que les juristes ont de leur État est devenue naturellement kelsénienne. L'image de la pyramide peut être contestée mais, dans sa simplicité, elle continue à symboliser la rationalité de la structure de l'ordonnement juridique ». Voy. Christian Autexier, « L'hétérogénéité du droit communautaire dérivé », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 34, no. 2, avril-juin 1982, pp. 337-372 ; Paul Amssek, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », in *Revue du Droit Public*, 1978, pp. 5-19 ; Michel Troper, « La pyramide est toujours debout ! », in *Revue du Droit Public*, 1978, pp. 1523-1536 ; François Ost et Michel Van de Kerchove, *Op. cit.*, 2002, p. 29, selon lesquels la gouvernance peut se comprendre comme une « remise en cause du modèle wébérien de gouvernement fondé sur l'autorité, la hiérarchie et la bureaucratie puissante ». Voy. aussi Jacques Chevallier, *Op. cit.*, p. 106, lequel décrit le modèle bureaucratique classique comme étant de type « arborescent (il comporte un principe d'unité, des racines, un centre) ».

¹⁴⁹⁵ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 13.

¹⁴⁹⁶ François Ost et Michel Van de Kerchove, *Op. cit.*, 2002, p. 29.

¹⁴⁹⁷ Jacques Chevallier, *Op. cit.*, p. 106 ; voy. aussi Organisation Internationale du Travail (OIT), *Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, 2008, p. 7, qui précise que le « contexte mondial [est] marqué par une interdépendance et une complexité croissantes ainsi que par l'internationalisation de la production ». Voy. également Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 106. Dans l'espace juridique global, l'effet de la globalisation juridique « induit [donc] d'interconnexion entre les systèmes, d'interdépendance entre les niveaux ». Voy. encore Jean-Yves Chêrot, « Concept de droit et globalisation », in Jean-Yves Chêrot (dir.) et Benoît Fridman (dir.), *Op. cit.*, 2012, p. 16 ; Mireille Delmas-Marty, *Op. cit.*, p. 37. « Entre interactions purement horizontales et purement verticales s'intercalent d'innombrables formes intermédiaires » d'échange et de dialectique. Voy. ainsi Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, no. 3/4, 2013, mettant en exergue « the « national-global [...] interaction among actors in the global space » ; Sabino Cassese, *The Globalization of Law*, 2005, présentations lors de l'Italian Institute for Human Sciences, 11 mars 2005 à l'Université Federico II de Naples, et lors du cours du 23 mars 2005 à l'Université de Rome La Sapienza pour l'inauguration de l'année académique 2004-2005 ; Elisabetta Morlino, *Procurement by international organizations : a global administrative law perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

¹⁴⁹⁸ Jacques Chevallier, *Op. cit.*, p. 106.

¹⁴⁹⁹ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 125.

¹⁵⁰⁰ Bernard Luisin, *Op. cit.*, no 37, pp. 155-182.

¹⁵⁰¹ *Ibid.*, pp. 155-182. Voy. aussi Mireille Delmas-Marty, *Op. cit.*, p. 29, selon laquelle « cette apparence de sécurité juridique [...] était attachée au principe de hiérarchie des normes ».

¹⁵⁰² Mireille Delmas-Marty, *Op. cit.*, pp. 40, 169. L'auteur se réfère à la « dispersion des objets qui commande la sinuosité des trajets entre les divers niveaux d'organisation » ; Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 116. Comme le remarque l'auteur, « les systèmes juridiques disposent traditionnellement de défenses immunitaires qui font que, même s'ils doivent (parce qu'il ne leur est pas possible de se couper totalement du reste de la planète juridique), accueillir des corps étrangers, leurs équilibres fondamentaux sont toujours rétablis, les agents extérieurs sont assimilés ou réduits facilement. Ce qui se produit aujourd'hui dans l'espace de la globalisation, c'est que nos systèmes juridiques doivent accepter à un point tel, est d'une manière telle, l'intrusion d'éléments extérieurs, qu'ils s'en trouvent transformés profondément de l'intérieur, au point que leur identité même peut s'en trouver interpellée ».

lesquels « acceptent toujours plus ou moins l'intrusion de normes qu'ils n'ont pas produites »¹⁵⁰³.

b : La prolifération du droit portant sur les marchés publics

Le nombre des sources de droit portant sur les marchés publics s'étend puisqu'il faut prendre en considération l'élaboration normative d'une multitude de centres au-delà de l'État. En particulier, les marchés publics¹⁵⁰⁴ ont subi une « extraordinary worldwide growth » (augmentation extraordinaire à l'échelle mondiale)¹⁵⁰⁵ de règles, principes et objectifs¹⁵⁰⁶ de provenance multiple, avec une certaine difficulté en termes de

¹⁵⁰³ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 117. Cela vaut tant pour ce qui concerne les rapports entre les systèmes juridiques nationaux et le droit international, que pour ce qui concerne les rapports entre systèmes nationaux ». Mais, les systèmes disposent de « défenses immunitaires » : ils ont « en principe accepté cette intrusion, à un moment originel quelconque – ratification d'un traité [...] ». En outre, les systèmes juridiques peuvent « moduler l'application des normes intruses, par amalgame avec les concepts nationaux ». Comme il est remarqué par l'auteur, « la globalisation juridique affaiblit les facultés de résistance des systèmes juridiques ». L'une des raisons est que la globalisation juridique « recèle une pression croissante dans le sens d'une application uniforme, ou en tous les cas relativement homogènes, du droit ». Dans ce sens, le droit communautaire et le droit de l'OMC « tendent à produire des définitions propres, et donc à sécréter en ce qui les concerne une sorte de droit uniforme ».

¹⁵⁰⁴ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, pp. 135, 240. « L'étendue de la pénétration de normes internationales dans les questions relevant du droit administratif est aujourd'hui impressionnante. [...] Les droits administratifs internes sont de plus en plus souvent conduits à prendre en compte des situations d'extraterritorialité ou de transnationalité. La question des contrats administratifs internationaux devient une question aigüe. Le traitement des actes administratifs ayant des effets transnationaux pose également des problèmes croissants. La question, liée, de l'organisation juridique de la coopération administrative transnationale devient un sujet majeur : non pas que cette question soit en elle-même nouvelle, mais elle acquiert une très forte acuité dans un monde en globalisation ». L'auteur se réfère aussi à la théorie du droit administratif global. Voy. Sabino Cassese, « Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali », in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, no. 3, 2004, p. 657 ; Benedict Kingsbury, Nico Krisch, Richard Stewart, « The emergence of global administrative law », in *Law & contemporary problems*, vol. 68, 2005, pp. 15-62. De même, il y a la théorie du « droit administratif européen ». Jean-Bernard Auby (dir.) et Jacqueline Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

¹⁵⁰⁵ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 3.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 3. « There is [...] no scarcity of examples or models of regulation ». Pour ce qui concerne le sujet de la prolifération des « procurement-related agreements », voy. Laurence Folliot-Lalliot, « From the internationalization of rules to the internationalization of public contracts : how international instruments are reshaping domestic procurement systems? », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, pp. 28 et s. « The proliferation of procurement-related agreements is not limited to the United States and the EU. In Asia, among the members of the Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC), at least 30 bilateral trade agreements have been ratified with a chapter dedicated to government procurement and many bilateral trade agreements in South America, as well, touch on the issues of access to procurement markets. However, despite the deep interest in public procurement that can be noticed all around the world, some countries still do not address procurement in their trade agreements [...] ». Voy. aussi Hervé Ascensio, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité », in Hervé Ascensio (dir.) *Op. cit.*, 2013, p. 14, qui met en exergue le phénomène de « l'accumulation des énoncés relatifs à la même prescription », ce qui soulèverait le problème « de savoir quel énoncé fait foi ».

compatibilité entre eux¹⁵⁰⁷. Il s'agit du phénomène de l'« inflation »¹⁵⁰⁸ ou de la prolifération¹⁵⁰⁹ des manifestations juridiques – par certains décrite comme « une overdose normative »¹⁵¹⁰ –, qui comporte entre autres l'impossibilité de fixer avec exactitude le « nombre » des *fontes juris*¹⁵¹¹ et la difficulté à déterminer la hiérarchie ou la cohérence¹⁵¹² entre celles-ci¹⁵¹³. Affectant le droit en général, ce phénomène concerne aussi le droit des marchés publics.

Dans ce cadre, comme mentionné *supra*¹⁵¹⁴, il peut être difficile de répondre à la question de savoir « [c]omment comprendre l'enchevêtrement de décisions, recommandations, principes, modèles, guides pratiques »¹⁵¹⁵, recueils de bonnes pratiques, commentaires, communications, circulaires, livres blancs et verts, normes

¹⁵⁰⁷ Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 3. « [...] the appropriateness of the interplay between the various national and international systems and their compatibility with each other is increasingly coming into question ». Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 70. L'internationalisation des contrats publics « produit une hybridation du régime de ces contrats. Là où le droit national avait créé pour eux – avec plus ou moins d'efficacité, de génie – un régime qui présentait une certaine cohérence, et reposait sur certains équilibres, l'internationalisation vient introduire des germes juridiques différents, qui sont d'ailleurs parfois très perturbateurs ». Voy. aussi Gabriel Eckert, « La commande publique, un levier pour l'action publique? Perspectives générales », in Etienne Muller (dir.), *Op. cit.*, 2018, pp. 1-14, selon lequel on assiste toujours plus à « une pluralité d'objectifs d'intérêt général » poursuivis par le biais des marchés publics. Sur l'hétérogénéité des instruments internationaux portant sur les marchés publics et leurs impacts sur les pays en voie de développement, voy. Laurence Folliot-Lalliot, « From the internationalization of rules to the internationalization of public contracts : how international instruments are reshaping domestic procurement systems? », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 34.

¹⁵⁰⁸ Entre autres, Bernard Luisin, *Op. cit.*, no. 37, pp. 155-182. « Le phénomène n'est pas nouveau, mais l'inflation normative a atteint un seuil sans précédent : une centaine de lois par an ». Voy. également Jean Carbonnier, *Op. cit.*, 2013, p. 9. Voy également Etienne Grass, « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », in *Revue du droit public*, no. 1, 2003, soulignant que le terme « inflation », utilisé pour décrire l'accroissement des normes législatives, est adopté depuis l'« article fondateur » de René Savatier, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », in *Il Foro Italiano*, vol. 100, Parte quinta: monografie e varietà, 1977, pp. 173/174-183/184.

¹⁵⁰⁹ Bernard Luisin, *Op. cit.*, no. 37, pp. 155-182. La pyramide keynésienne est dans sa « version actuelle, dynamisée par la prolifération des normes ». « Toute nouvelle règle, au demeurant, est intrinsèquement facteur de désordre ». Mais, « la production de règles obligatoires (s'opère) toujours de manière relativement anarchique, surtout lorsque l'évolution de la société tend à multiplier les sources du droit (décentralisation, intercommunalité, autorités administratives indépendantes, réglementations communautaires, contentieux, ...) ». Voy. aussi Sandrine Maljean-Dubois, « La 'fabrication' du droit international au défi de la protection de l'environnement. Rapport général sur le thème de la première demi-journée », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2010, p. 24, décrivant la « variété » et la « profusion » des sources dans le droit international de l'environnement.

¹⁵¹⁰ Catherine Kessedjian, « Conclusion : Eloge du foisonnement (du désordre) fructueux », in Hervé Ascensio (dir.), *Op. cit.*, 2013, p. 148.

¹⁵¹¹ Stefan Goltzberg, *Les sources du droit*, Presses Universitaires de France (PUF), 2e édition, 2018, p. 5 ; Catherine Thibierge, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres Propos sur les sources du droit. Mélanges Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 519-546. Pour le droit privé, voy. par exemple, François Gény, *Méthodologie d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. I, 1889, Paris, L.G.D.J., qui distingue entre quatre sources formelles : la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine. Pour le droit international public, voy. entre autres Martti Koskeniemi (dir.), *Sources of International Law*, Londres et New York, Routledge, 2000, Clifford J. Hynning, « Sources of International Law », in *Chicago-Kent Law Review*, vol. 34, 1955, p. 116 ; Samantha Besson (dir.) et Jean d'Aspremont (dir.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017. « The sources of international law have always constituted a thriving field of theoretical and practical enquiry ».

¹⁵¹² Jean Charpentier, « Éléments de cohérence entre ordres juridiques distincts », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de L. Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 293.

¹⁵¹³ Mireille Delmas-Marty, *Op. cit.*, p. 29.

¹⁵¹⁴ Voy. section 2, chapitre 2, titre 2, partie première.

¹⁵¹⁵ Hervé Ascensio et Nicola Bonucci, « Avant-propos », in Hervé Ascensio (dir.) *Op. cit.*, 2013.

techniques, « standards clés »¹⁵¹⁶, objectifs, d'autant plus que dans ce dédale de sources de droit, les praticiens des marchés publics risquent d'avoir des difficultés à s'y retrouver. Sur cette base, une certaine « instabilité »¹⁵¹⁷ et inefficacité du droit sont remarquées à plusieurs niveaux¹⁵¹⁸.

En outre, à côté du constat qu'il y a « *trop de droit* »¹⁵¹⁹, une partie de la doctrine souligne ainsi que *tout ce droit ne semble pas être toujours du droit*¹⁵²⁰. Au-delà de l'« imprécision » croissante et du « faible degré d'application » de certaines règles¹⁵²¹ ainsi que de la perte de clarté, de simplicité et d'efficacité du droit en général¹⁵²², on retrouve de plus en plus des manifestations de droit « implicitement ou explicitement dotées d'un caractère *sui generis* »¹⁵²³ et « englobant des éléments à la juridicité

¹⁵¹⁶ Gita Kothari, « L'élaboration des principes et standards à l'intention des entreprises : l'approche innovante de l'OCDE », in Hervé Ascensio (dir.) *Op. cit.*, 2013, p. 110.

¹⁵¹⁷ Bernard Luisin, *Op. cit.*, no. 37, pp. 155-182.

¹⁵¹⁸ Parlement européen, le Conseil et la Commission, Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », 16 décembre 2003, JO C 321 du 31.12.2003, par lequel ils s'engagent à veiller « à la qualité de la législation, à savoir à sa clarté, à sa simplicité et à son efficacité ». Voy. également, Senat français - Service des études juridiques, *La qualité de la loi*, disponible en ligne : <https://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html#fnref1>. La question est de savoir si « [l]a loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? » ; voy. aussi Jean Carbonnier, *Op. cit.*, 2013, p. 19.

¹⁵¹⁹ Jean Carbonnier, *Op. cit.*, 2013, p. 9. Même si l'auteur se demande, à juste titre, « comment estimer le trop ou le trop peu alors que les besoins n'ont pas été chiffrés ? ». Voy. aussi Mustapha Mekki, « Propos Introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française (dir.) *Op. cit.*, p. 19. Voy. aussi Bernard Luisin, *Op. cit.*, no. 37, pp. 155-182. « [D]ans son rapport public pour 1991, le Conseil d'État [français] a dressé un tableau accablant de la prolifération des textes qui inonde la Société et désespère le citoyen. Cet accroissement se mesure aussi à la taille moyenne d'une loi qui était de 93 lignes en 1950 pour atteindre 200 lignes en 1970 et qui dépasse aujourd'hui 220 lignes. 'Le gonflement est encore plus marqué pour les décrets' relève le Conseil d'État avant de constater que le volume du JO est passé de 7070 pages à 17141 de 1976 à 1990 ». L'auteur met en exergue une « [a]bondance horizontale (les « nouveaux champs » du droit) et verticale (des réglementations de plus en plus détaillées) ». Voy. aussi Conseil d'Etat (Fr), « De la sécurité juridique », EDCE, n°43, La Documentation française, 1992, pp. 15-47.

¹⁵²⁰ Certains auteurs remarquent une perturbation de la « représentation hiérarchique et statique du champ juridique, au risque de disqualifier les pratiques observées : 'ceci n'est pas du droit' ». Voy. Mireille Delmas-Marty « Post-scriptum sur les forces imaginantes du droit », in Catherine Thibierge (dir.), *Op. cit.*, pp. 849-851.

¹⁵²¹ Jean-François Brisson « Objectifs dans la loi et efficacité du droit », in Bertrand Faure (dir.), *Op. cit.*, p. 32. Voy. aussi Conseil d'État français, *La norme internationale en droit français*, Étude annuelle 2000, La documentation Française, 2000, pp. 5 s., qui précise que « [l]e droit international et le droit communautaire occupent dans le droit français une place croissante : au niveau législatif, on compte aujourd'hui autant d'accords internationaux et trois fois plus d'actes communautaires que de lois internes ». Voy. aussi Conseil d'État français, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Étude annuelle 2006, La documentation Française, 2006, p. 239. En termes de flux, « le nombre de règlements communautaires s'élève en moyenne annuelle à 600 pour la dernière législature. Le nombre de directives communautaires s'élève annuellement à 96 pour la période allant de 1990 à 1999 inclus, et à 99 pour la période allant de 2000 à 2004 inclus 34. Les 510 directives adoptées pendant les cinq dernières années ont pour principaux champs d'application les échanges économiques et commerciaux (85), les transports (77), le secteur agroalimentaire (74), l'agriculture (63), les finances (52), l'environnement (36), les questions sociales (34), l'industrie (28), l'emploi et le travail (21) ». Face à un tel (af)flux, le Conseil d'État français évoque l'idée d'un législateur national « contraint » (p. 262), « submergé » (p. 265), « contourné » (p. 269), alors que l'usager apparaît de plus en plus comme « égaré » (p. 272) et les juges « perplexes » (p. 277). Sur l'ineffectivité du droit voy. Jean Carbonnier, *Op. cit.*, 2013, p. 137.

¹⁵²² Parlement européen, le Conseil et la Commission, Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », 16 décembre 2003, par lequel ils s'engagent à veiller « à la qualité de la législation, à savoir à sa clarté, à sa simplicité et à son efficacité ». Voy. également, Senat français - Service des études juridiques, *La qualité de la loi*, disponible en ligne : <https://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html#fnref1>. La question est de savoir si « [l]a loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? ».

¹⁵²³ Philippe Jestaz, *Op. cit.*, 2015, pp. 3 et s. L'auteur propose une distinction entre « sources venues d'un sommet », « sources venues de la base », « la doctrine comme sources inclassable »

fluctuante »¹⁵²⁴. C'est dans ce cadre que la doctrine « ne s'entend guère sur [...la] définition »¹⁵²⁵ de certaines manifestations et instruments juridiques. Tel est le cas, dans le domaine des marchés publics, des collectes de bonnes pratiques¹⁵²⁶ (par exemple, la Collecte de bonnes pratiques et orientations de la Commission européenne *Des marchés publics pour une économie circulaire* – 2018¹⁵²⁷, ou la Collecte de bonnes pratiques de l'OCDE *Going Green : Best Practices for Sustainable Procurement* – 2015¹⁵²⁸), ainsi que des recommandations¹⁵²⁹ (comme la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur l'amélioration des performances environnementales des marchés publics – 2019¹⁵³⁰), des

¹⁵²⁴ Despina Sinou, « La dimension sociale du développement durable: aspects de droits fondamentaux », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 333.

¹⁵²⁵ Stefan Goltzberg, *Les sources du droit*, Presses Universitaires de France (PUF), 2e édition, 2018, p. 5. L'auteur souligne que l'énumération est « souvent différente », mais « l'on retrouve le plus couramment : la loi, la jurisprudence, la coutume, la doctrine, le contrat, auxquels s'ajoutent parfois les principes généraux du droit, le règlement, la convention, la constitution, et auxquels manquent le plus souvent (dans l'ordre alphabétique) l'alliance, les codes de conduite, Dieu ou le sens commun ». L'auteur constate que la signification littéraire renvoie à de « l'eau qui sourd, qui jaillit de la terre », à l'idée « d'une origine, de provenance, ou un lieu d'approvisionnement ». L'intérêt des juristes (non seulement des historiens) pour cette notion doit se comprendre en vertu du « besoin d'identifier les points de départ, les prémisses, d'un raisonnement. [...] Or, les sources du droit fournissent précisément ces prémisses ». Voy. ainsi Catherine Thibierge, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres Propos sur les sources du droit. Mélanges Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 519-546 ; Martti Koskeniemi (dir.), *Sources of International Law*, Londres et New York, Routledge, 2000 ; Clifford J. Hynning, « Sources of International Law », in *Chicago-Kent Law Review*, vol. 34, 1955, p. 116. Pour Clifford, « it might be worth while to arrange the sources so noted under the headings of (1) custom, (2) treaties, (3) case decisions, (4) juristic opinions, and (5) general principles ». Voy. aussi Samantha Besson (dir.) et Jean d'Aspremont (dir.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017 ; Georges Abi-Saab, « Cours général de droit international public », in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. VII, t. 207, La Haye, Martinus Nijhoff, 1987, p. 185, qui considère la question des sources de droit comme « quasi obsessionnelle » pour les juristes.

¹⁵²⁶ Philippe Jestaz, *Op. cit.*, 2015, p. 8. Pour ce qui concerne les collectes de bonnes pratiques, certains auteurs excluent catégoriquement qu'elles soient du droit, alors que pour d'autres la question n'est pas si évidente car les bonnes pratiques sont « souvent évoquées comme une source » [...] et constituent [...] un ensemble disparate où voisinent des pratiques recommandées, voire quasi imposées par certaines sphères d'influence ». Selon cette conception, les pratiques présentent des éléments d'intérêt puisqu'elles nous expliquent comment le droit a été en réalité perçu et, par la suite, appliqué par les acteurs impliqués dans la passation et l'exécution des marchés publics. Leur utilité semble donc cruciale, dans la mesure où elles permettent de comprendre l'état d'application du droit.

¹⁵²⁷ http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/cp_european_commission_brochure_fr.pdf.

¹⁵²⁸ <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/green/>. Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *Going Green : Best Practices for Sustainable Procurement*, OECD Publishing, 2015 ; Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), *La performance environnementale des marchés publics. Vers des politiques cohérentes*, OECD Publishing, 2003.

¹⁵²⁹ Prenons l'exemple des Recommandations de l'UE. Selon l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 249 du Traité instituant la Communauté européenne), les recommandations que les institutions peuvent adopter ne lient pas. Néanmoins, elles sont susceptibles d'être prises en considération par « les juges nationaux [...] en vue de la solution des litiges qui leur seront soumis, notamment lorsque celles-ci éclairent l'interprétation de dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre, ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant ». Voy. Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), arrêt du 13 décembre 1989, *Grimaldi*, aff. C-322/88, point 18.

¹⁵³⁰ <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/46/46.fr.pdf>.

standards et normes ISO¹⁵³¹, ou d'autres instruments ne correspondant pas à l'idée du droit *pur et dur*¹⁵³².

En reprenant l'analyse présentée *supra*¹⁵³³, il est possible de supposer que, même si certains instruments ne se voient pas accorder un statut juridique certain, « [c]e qui importe c'est l'influence, la persuasion [...], [p]eu importe par quel type de normes cette persuasion est atteinte »¹⁵³⁴.

Paragraphe 2 : La logique de l'ouverture des marchés publics : une tendance globale à la convergence ?

S'appuyant sur le caractère de perméabilité entre les divers espaces et systèmes juridiques, il est possible d'identifier des mouvements d'« harmonisation »¹⁵³⁵ au sein de l'espace juridique global, avec une véritable tendance à la convergence globale¹⁵³⁶ de certains règles, principes, objectifs et standards, qui sont « reproduits, adaptés, traduits, [...] dans le droit national des marchés publics »¹⁵³⁷. En ce sens, « le droit global des

¹⁵³¹ Par exemple, les normes ISO 26000 sont « susceptibles d'être importantes dans leurs effets mais ne trouvant pas leur place dans la structure classique des sources du droit ». Voy. Ahmed Mahiou, « De quelques incertitudes institutionnelles et normatives en matière d'environnement », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2010, p. 96; Laurence Boisson de Chazournes, « Conclusion générales », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2010, p. 477. Voy. ainsi Maria Anna Corvaglia, « Public procurement and private standards : ensuring sustainability under the WTO Agreement on Government Procurement », in *Journal of International Economic Law*, no. 19, 2016, pp. 607-627 ; Roberto Caranta, « Labels as enablers of sustainable public procurement », in Beate Sjøfjell (dir.) et Anja Wiesbrock (dir.), *Op. cit.*, 2015, pp. 99-113.

¹⁵³² Laurence Boisson de Chazournes, « Conclusion générales », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2010, p. 477 ; Voy. ainsi Dinah Shelton, « Comments on the normative challenge of environmental 'soft law' », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2010, p. 111 s.

¹⁵³³ Voy. paragraphe 2, section 1, chapitre 2, titre 1, partie première.

¹⁵³⁴ Voy. *supra*.

¹⁵³⁵ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 116, 129 et s. La globalisation juridique « pousse au rapprochement – relatif –, à la convergence – relative – des systèmes juridiques ». L'auteur met en exergue que « ce rapprochement, cette convergence, prennent beaucoup plus souvent la forme d'une harmonisation que celle d'une soumission à des règles communes : harmonisation plutôt qu'unification. [...] La multiplication des situations de conflits de lois incite à l'élaboration de 'droit uniforme' - 'lois modèles' qui rendront moins complexe et coûteuse la gestion de ces situations. Souvent, les Etats réalisent que la compétition entre les législations est génératrice de distorsions économiques importantes ». Voy. ainsi Ron Watermeyer, « A generic and systemic approach to procurement: the case for an international standard », in *Public Procurement Law Review*, 2005, pp. 39-61 ; Façoise Bentchikou, « World Bank Procurement: Contributions to the harmonization of public contracts », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.), *Op. cit.*.

¹⁵³⁶ Laurence Folliot-Lalliot, « From the internationalization of rules to the internationalization of public contracts : how international instruments are reshaping domestic procurement systems? », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, pp. 23 et s. L'auteur remarque aussi une certaine convergence « around the GPA Model ». Plus spécifiquement, « [b]eyond the fragmentation that could be seen in the proliferation of trade agreements, an emerging opposite trend could be noticed: many trade agreements have been recently negotiated to create uniform government procurement obligations that are patterned after the GPA ». Voy. aussi Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, no. 3/4, 2013, pp. 19 s. « [E]ven if each set of rules pursues peculiar main aims – trade, cooperation for development, anti-corruption, environment and human right protection –, supranational procurement regimes affirm a core of common principles, including competition, transparency, publicity for contract opportunities, fairness and impartiality of the reviewing body, guarantees of due process ». Voy. également Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, vol. 6, no. 3, 2006.

¹⁵³⁷ Traduit de l'ouvrage suivant : Mathias Audit et Stéphan W. Schill, « Transnational law of public contracts : an introduction », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.), *Op. cit.*, p. 9.

marchés publics présente rarement le caractère d'un droit unifié. Il a plutôt celui d'un droit d'harmonisation »¹⁵³⁸ capable de « mettre [...] en harmonie, en accord »¹⁵³⁹ les divers espaces et systèmes juridiques et d'« amalgamer [...] des cultures juridiques différentes », tout en laissant « une marge de manœuvre [...] dans leur mise en œuvre »¹⁵⁴⁰.

Parmi ces efforts d'harmonisation, on constate que « [l]a préoccupation commune à une grande part des dispositifs d'internationalisation [...et d'eupérisation] est l'ouverture des contrats publics »¹⁵⁴¹. Selon une logique de libre-échange et de suppression des barrières au commerce, le « trade topic » (le champ des échanges commerciaux)¹⁵⁴² constitue un objectif crucial des marchés publics dans les termes d'un accès libre assuré à tous les opérateurs économiques¹⁵⁴³. Cela est établi tant dans les instruments de droit dur que ceux de droit souple, comme c'est le cas dans les systèmes de l'UE, de l'OMC et de la CNUDCI. Si l'AMP de l'OMC a une capacité, en tant que traité international, à s'imposer sur les signataires avec cependant un certain nombre de dérogations relatives au champ d'application, les directives sur les marchés publics de l'UE lient « tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant

¹⁵³⁸ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 72.

¹⁵³⁹ Signification du terme 'harmonisation' selon le Dictionnaire LaRousse.

¹⁵⁴⁰ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 107.

¹⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 72 ; Natasha Azzopardi-Muscat, Peter Schroder-Back, Helmut Brand, « The European Union Joint Procurement Agreement for cross-border health threats: what is the potential for this new mechanism of health system collaboration », in *Health Economics Policy and Law*, vol. 12, no. 1, janvier 2017, p. 47 ; Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, vol. 6, no. 3, 2006. « Known as the 'internationalization' of public procurement regulation, this phenomenon is characterized by the variety of institutions and bodies that have regulatory power over contracting ». Voy. aussi Evelyne Clerc, « La mondialisation des marchés publics: bilan et perspectives de l'accord OMC sur les marchés publics », in Batselé Didier (dir.), *Les Marchés Publics à l'Aube du XXI^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 141-194 ; Sue Arrowsmith, John Linarelli et Don Wallace, *Op. cit.*, 2000. Voy. aussi Joshua I. Schwartz, « On globalisation and government procurement », in Sue Arrowsmith (dir.) et Martin Trybus (dir.), *Op. cit.*, 2002.

¹⁵⁴² Laurence Folliot-Lalliot, « From the internationalization of rules to the internationalization of public contracts : how international instruments are reshaping domestic procurement systems? », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 34 ; R. Preston McAfee et John McMillan, « Government Procurement and International Trade », in *Journal of International Economics*, no. 26, 1989, pp. 291-308 ; Benedikt Herz et Xosé-Luis Varela-Irimia, *Border Effects in European Public Procurement*, 2017, disponible en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2883076, se focalisant en particulier sur les « border effects in trade ». « An obvious explanation for border effects in trade is that formal or informal national barriers to trade such as tariffs, quotas, or regulatory differences must be responsible for this finding ». Les auteurs appliquent une méthodologie qui « follows the trade literature and quantifies border effects by estimating procurement flows using a gravity equation ». Voy. aussi Commission Européenne, *Measurement of impact of cross-border penetration in public procurement. Final report*, 2017, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks_en. « The conditions created by the EU public procurement rules are expected to result in stronger competition in procurement markets and, in particular, in increased cross-border tendering and awarding. Penetration of cross-border purchasing in public procurement is thus a gauge of the extent to which public procurement rules have successfully created transparent and competitive markets for public purchasing across all EU Member States ».

¹⁵⁴³ Commission Européenne, *Measurement of impact of cross-border penetration in public procurement. Final report*, 2017, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks_en ; Daniela Pîrvu et Cristina Bâldan, « Access to the EU public procurement market : are there disparities based on the origin of economic operators ? », in *Journal of Economic Issues*, vol. XLVII, no. 3, 2013.

aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens lient quant aux résultats »¹⁵⁴⁴. En revanche, la Loi Type de la CNUDCI constitue par définition un modèle, une expression du droit souple visant à « aider les États à formuler une législation des marchés moderne » et à « favoriser l’harmonisation des normes internationales en matière de passation des marchés publics »¹⁵⁴⁵.

En particulier, aux fondements du droit de l’Union européenne figurent les quatre libertés fondamentales de la libre circulation des biens, la libre circulation des capitaux, la libre circulation des services, la libre circulation des personnes¹⁵⁴⁶. Le droit de l’UE suit donc une « vocation première » liée à la suppression des entraves aux libertés de circulation¹⁵⁴⁷, ainsi que la promotion d’un accès libre aux entreprises d’autres États membres. Même si, pour certains, sa réalisation reste plutôt « quantitative » et « assez décevante » dans la pratique¹⁵⁴⁸, le droit de l’UE est principalement « animé par un objectif de libre-concurrence, [qui] insiste sur l’interdiction de toute discrimination,

¹⁵⁴⁴ Voy. article 288 du Traité sur le fonctionnement de l’Union Européenne.

¹⁵⁴⁵ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html. Voy. aussi Caroline Nicholas, « Work of UNCITRAL on Government Procurement: purpose, objectives and complementarity with the work of the WTO », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 747 et s. « [T]he Model Law is an example of a harmonization text: that is, one that can be flexibly implemented to accord with local circumstances, while preserving the desired outcomes, rather than a unification text such as a treaty or convention (in which the opportunities for derogations are limited) ».

¹⁵⁴⁶ Voy. entre autres l’article 114 (qui renvoie à l’article 26) du Traité sur le fonctionnement de l’UE, qui vise à assurer « l’établissement et le fonctionnement du marché intérieur ». UE, *Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (TFUE)*, Journal officiel no. C 326 du 26/10/2012 p. 0001 - 0390. L’article 26 (ex-article 14 TCE) énonce que l’Union « adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes des traités ». Au deuxième alinéa, il est établi que le « marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités ». Voy. aussi Commission européenne, *Communication interprétative sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d’intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés*, COM(2001) 566 final, octobre 2001, pp. 2 et s. « La politique en matière de marchés publics est l’un des nombreux éléments de la politique du marché unique, qui comprend ses objectifs stratégiques (notamment la libre circulation des marchandises, des personnes et des services). La politique en matière de marché public vise à contribuer à la réalisation du marché unique en créant la concurrence nécessaire pour la passation non discriminatoire des marchés publics et l’allocation rationnelle des deniers publics en choisissant la meilleure offre. La mise en œuvre de ces principes permet aux acheteurs publics d’obtenir le meilleur rapport qualité-prix, en respectant certaines règles relatives à la définition de l’objet du marché, pour la sélection des candidats conformément à des exigences objectives et pour l’attribution du marché sur la seule base du prix ou sur celle d’un ensemble de critères objectifs ». Voy. aussi Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 49. L’auteur souligne que les quatre libertés de circulation n’ont pas d’équivalents dans les autres espaces juridiques. En outre, « the objective of the EC system was, partly, to ensure non-discrimination and consequently European-wide access to the procurement process of the member states. It also sought to counteract the protectionist purchasing policies of those states ».

¹⁵⁴⁷ Stéphane de La Rosa, *Op. cit.*, 2017, p. 6. « Aussi, bien que les directives ne soient pas formellement rattachées, par leur base juridique, au droit de la concurrence, elles constituent toutefois une matérialisation sectorielle des exigences concurrentielles ». Voy. aussi Anastasia Iliopoulou-Penot, « Le principe d’égalité et de non-discrimination », in Jean-Bernard Auby (dir.) et Jacqueline Dutheil De La Rochere (dir.), *Op. cit.*.

¹⁵⁴⁸ Diane Deom et Pierre Nihoul, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », in *Revue générale de droit*, vol. 36, no. 4, 2006, pp. 801-829. Les auteurs évoquent les données de la période allant de 1995 à 2002. Parmi « les marchés mis en concurrence à l’échelon européen, seuls 3 % ont été effectivement attribués à des entreprises étrangères. Or, ce pourcentage modeste ne vise que les marchés dépassant les seuils élevés qui justifient la publicité de niveau européen ».

reprise systématiquement dans le droit dérivé et dans les dispositions de l'Accord sur les marchés publics (AMP) » de l'OMC¹⁵⁴⁹.

Au cœur du mandat de l'OMC, la réduction des « gaps in trade protection » (écarts de protection commerciale)¹⁵⁵⁰ constitue l'un des axes principaux des négociations portant sur l'adhésion à l'AMP (versions de 1994 et de 2012). Mais les progrès à cet égard sont « episodic rather than consistent » (épisodiques plutôt que réguliers)¹⁵⁵¹ car l'ouverture à la concurrence est un « marathon and not a sprint » (un marathon plutôt qu'un sprint)¹⁵⁵². L'adhésion à cet Accord a été, en fait, limitée avec un nombre d'États-signataires inférieur au total des membres de l'organisation elle-même¹⁵⁵³. Cela se

¹⁵⁴⁹ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, p. 68. Voy. aussi Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, p. 61. On pourrait définir l'« international competitive bidding as a means of achieving increased competition and efficiency and not, as is the case of the EC and GPA systems for example, simply in order to satisfy the procurement market access objectives of their membership ». L'appel à la concurrence internationale ne serait qu'un moyen pour satisfaire en premier lieu « the procurement market access objectives of their membership ». Mais l'ouverture à la concurrence serait aussi « a policy promise, ethical obligation, and a matter of justice ». Sur ce dernier point, voy. Christopher L. Atkinson, *Op. cit.*, 2019. L'auteur ajoute ainsi que « [w]hile 'full and open competition' is frequently employed, the difference between the normative value of the concept in statute, and practical outcomes in implementation, is clear ». C'est dans ce cadre que l'« International Competitive Bidding (ICB) » est largement désigné comme étant la méthode par « default ». Voy. aussi United Nations Capital Development Fund (UNCDF), *Op. cit.*, 2013, p. 20.

¹⁵⁵⁰ Joshua I. Schwartz, « International protection of foreign bidders under GATT/WTO Law: plurilateral liberalization of trade in the public procurement sector and global propagation of best procurement practices », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 82 ; Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, no. 3/4, 2013. « The GPA represents a supranational trade law strategic tool under a twofold perspective. It enhances competition in public purchasing by forbidding discriminatory treatments, quotas and other restrictions in the procedure (that may prevent potential competitors from taking part) and it binds purchasing domestic authorities and administrations (central, regional, local or sub-national) of countries with different legal traditions, to a minimum set of fundamental principles, rules and standards with substantial and procedural nature ». Voy. ainsi Martin Dischendorfer, « The existence and development of multilateral rules on government procurement under the framework of the WTO », in *Public Procurement Law Review*, vol. 9, no. 1, 2000 ; Simon J. Evenett (dir.) Bernard Hoekman (dir.), *The WTO And Government Procurement (Critical Perspectives on the Global Trading System and the WTO Series)*, Edward Elgar, 2006.

¹⁵⁵¹ Joshua I. Schwartz, « International protection of foreign bidders under GATT/WTO Law: plurilateral liberalization of trade in the public procurement sector and global propagation of best procurement practices », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 105. Voy. aussi https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact2_f.htm, « L'un des moyens les plus évidents d'encourager les échanges est de réduire les obstacles au commerce, par exemple les droits de douane (ou tarifs) et les mesures telles que les interdictions à l'importation ou les contingents qui consistent à appliquer sélectivement des restrictions quantitatives. Périodiquement, d'autres problèmes comme les lourdeurs administratives et les politiques de change ont aussi été examinés ».

¹⁵⁵² Joshua I. Schwartz, « International protection of foreign bidders under GATT/WTO Law: plurilateral liberalization of trade in the public procurement sector and global propagation of best procurement practices », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 105.

¹⁵⁵³ Il s'agit, en fait, d'un « closed » Accord plurilatéral qui, à la différence des accords multilatéraux liant tous les membres de l'OMC, n'engagent que les pays ayant accepté de les signer. Voy. Robert D. Anderson and Anna Caroline Müller, « The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): key design features and significance for global trade and development », in *Georgetown Journal of International Law*, vol. 48, 2017, pp. 949-1008. « The GPA is a 'closed' plurilateral Agreement whose benefits are not automatically multilateralized and made available freely to the wider WTO Membership. This important feature limits the scope for free-riding and, thereby, provides an essential incentive for other WTO Members eventually to consider joining the Agreement ». Voy. le site web de l'OMC et en particulier le lien suivant : https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm. L'Accord « compte actuellement 21 Parties comprenant 48 Membres de l'OMC. 32 autres Membres/observateurs de l'OMC participent au Comité des marchés publics en qualité d'observateur, dont 9 ont entamé leur processus d'accession à l'Accord ». Pour l'essentiel, tous les membres de l'OMC souscrivent à tous les accords de l'OMC. Après la conclusion du Cycle d'Uruguay, il subsistait néanmoins quatre accords, initialement négociés lors du Tokyo Round, qui s'appliquaient à un groupe plus restreint de signataires et qui sont connus sous le nom d'« accords plurilatéraux ». Tous les autres accords issus du Tokyo Round sont devenus des instruments contraignants multilatéraux (c'est-à-dire qui lient tous les membres

justifie, en partie, par une certaine attitude de méfiance¹⁵⁵⁴ de la part des pays en voie de développement, lesquels préfèrent ne pas faire partie de l'AMP¹⁵⁵⁵ plutôt qu'exposer leurs économies aux risques d'une ouverture irréfléchie du marché national aux entreprises étrangères¹⁵⁵⁶. En outre, il importe d'évoquer la crainte que certains États ont par rapport à la réelle réciprocité des engagements et des dérogations¹⁵⁵⁷ négociés par les autres États,

de l'OMC) lorsque l'Organisation mondiale du commerce a été créée en 1995. Les quatre accords plurilatéraux portaient sur les questions de : commerce des aéronefs civils, marchés publics, produits laitiers, viande bovine. Les deux derniers ont été abrogés en 1997.

¹⁵⁵⁴ Par exemple, voy. le rapport préparé en 2016 par SEATINI-Uganda, *Government Procurement Policies at National, Bilateral and Multilateral level: Implications to Uganda's Sustainable Development*, 2016, disponible en ligne : <http://www.seatiniuganda.org/publications>, p. 4, 10, qui met en exergue les « concerns of Uganda losing the ability to support local development using its procurement policy » dans le cas de signature de l'AMP. Plus en particulier, « [t]he inclusion of government procurement in trade agreements has been a contentious issue especially for developing countries and has lingered on for a while. Developing countries make the case that signing of agreements at either multilateral or bilateral levels that includes a clause liberalising government procurement constrains policy space for governments to use procurement as a tool to achieve their local development needs. [...] A binding GPA at multilateral and bilateral level with a core objective of market access would constrain Uganda's policy space to devise her own development interventions, including building the capacity and competitiveness of local enterprises. Moreover the country will have to incur significant costs to put structures and institutions that will manage the implementation of the GPA ». En outre, il est mis en exergue que « [f]or trade to be strictly beneficial, it should enable a trading country to earn more than what it is spending in the international markets. In economic terms, trade should be an injection to the domestic economy rather than being leakage ».

¹⁵⁵⁵ SEATINI-Uganda, *Government Procurement Policies at National, Bilateral and Multilateral level: Implications to Uganda's Sustainable Development*, 2016, disponible en ligne : <http://www.seatiniuganda.org/publications>, p. 12. « The GPA as it stands now is basically an exclusive club of industrialized, developed countries with, at the moment, 45 member countries, including the 28 member countries of EU. [...] Hardly any developing country has joined this agreement. In general developing countries are concerned about the adverse effects to their socioeconomic interest of their becoming members ».

¹⁵⁵⁶ Pour la liste des membres à l'AMP, veuillez consulter le site web suivant : http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm#parties.

¹⁵⁵⁷ Des dérogations d'ordre économique, social, culturel et environnemental figurent dans les annexes de l'Appendice I. Lesdites dérogations sont le résultat des négociations entre les Parties, et limitent le champ d'application de l'AMP (par ex. reconnaissant la possibilité d'utiliser des préférences nationales sous certaines conditions). Lesdites dérogations font de ce type d'accords un traité à géométrie variable. Conformément au processus de négociation, « [l]es offres de couverture au titre de l'AMP [...] ne sont pas équivalentes : chaque partie fait une offre de couverture dans laquelle elle a la possibilité d'introduire des variations partie par partie et par le biais de notes générales, pour exclure certains marchés publics du champ d'application de l'accord, en fonction de leur montant, de leur objet ou de l'acheteur concerné ». Par exemple, Direction des Affaires Juridiques (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Guide de l'Achat Public. L'achat public : une réponse aux enjeux climatiques*, 2016, p. 47, disponible en ligne: <https://www.economie.gouv.fr/daj/guide-climat>. Par exemple, la Corée du Sud a précisé qu'elle « will not extend the benefits of this Agreement as regards procurement by the Korea Railroad Corporation and the Korea Rail Network Authority, to the suppliers and service providers of Norway and Switzerland, until such time as Korea has accepted that those countries give comparable and effective access for Korean undertakings to their relevant markets ». Sur ce point voy. entre autres Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, pp. 151 et 210. « Barriers in one country will only be dismantled where none exist in another. Access to procurement markets will, therefore, normally be based on reciprocity so that country A will only grant access to bidders from country B if its own bidders have reciprocal access to the procurement markets of country B ». Ce ne sont pas seulement les « developing countries, for example, that benefit from exceptions to the WTO's procurement system. Industrialised countries which otherwise openly welcome free access to their procurement markets, have negotiated a significant list of areas of procurement that are either excluded from the general provisions because they fear difficulties as a result of their comparative disadvantage or which are subject to policy consideration which they are reluctant to give up. The Annexes to the GPA which set out such exceptions are an integral and essential part of the whole system. They highlight very clearly the tensions between free trade in procurement and national interest ». L'auteur explique également que « [t]he benefits to be expected from international trade and, therefore, those to be maximised/managed by all governments affected by it, are based on the theory of comparative advantage, first espoused by the economist David Ricardo [...]. Les préoccupations d'un certain nombre de Pays en voie de développement (Brésil, Malaisie, Indes, Afrique de Sud) concernant l'adhésion à l'AMP sont ainsi présentées par Ron Watermeyer, *Op. cit.*, 2014, p. 19. Voy. John Linarelli, « The limited case for permitting SME procurement preferences in the Agreement on Government Procurement », in Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 456. « The GPA market access provisions allow GPA contracting parties to keep domestic preferences, provided they can liberalize sufficient numbers and values of other procurements. The US does this ; it opens up

ainsi que les coûts du processus d'adhésion et d'adaptation du système national aux exigences établies dans l'AMP¹⁵⁵⁸. Conformément à cet Accord, afin de « garantir une

substantial procurement markets yet also keeps substantial procurement market closed, in order to maintain its substantial preference programmes ». Par exemple, l'annexe 7 de l'Australie précise que l'AMP ne s'applique pas « to any form of preference to benefit small and medium enterprises; measures to protect national treasures of artistic, historic, or archaeological value; measures for the health and welfare of Indigenous people; measures for the economic and social advancement of Indigenous people [...] ». L'Arménie prévoit une seule dérogation à l'application de l'AMP concernant « procurements of agricultural products made in furtherance of agricultural support programmes and human feeding programmes ». Le Canada liste plusieurs dérogations, y compris les marchés portant sur « les produits agricoles passés en application de programmes de soutien à l'agriculture ou de programmes d'aide alimentaire ; [...] aux marchés réservés aux petites entreprises et aux entreprises détenues par des minorités ; [...] aux mesures adoptées ou maintenues à l'égard des peuples autochtones. Il ne modifie pas les droits existants ancestraux ou issus de traités, reconnus aux peuples autochtones du Canada par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 » Pour les Etats-Unis, l'AMP ne s'applique pas, entre autres, aux « set aside on behalf of a small- or minority-owned business. A set-aside may include any form of preference, such as the exclusive right to provide a good or service, or any price preference ». La Nouvelle Zélande prévoit que l'AMP ne s'applique pas, par exemple, « to any procurement for the purposes of developing, protecting or preserving national treasures of artistic, historic, archaeological value of cultural heritage ». En outre, elle précise que : « Provided that such measures are not used as a means of arbitrary or unjustified discrimination against persons of the other Members or as a disguised restriction on trade in goods and services, nothing shall preclude the adoption by New Zealand of measures it deems necessary to accord more favourable treatment to Māori in respect of matters covered by this Agreement including in fulfilment of its obligations under the Treaty of Waitangi ». Parmi les dérogations prévues par l'Union Européenne figurent aussi celles pour « procurement of agricultural products made in furtherance of agricultural support programmes and human feeding programmes (e.g. food aid including urgent relief aid) ». Voy. aussi Peter Trepte, *Op. cit.*, 2004, pp. 49-50, qui souligne que les « derogations from the GPA [...] indicate very clearly those areas in which the existing signatories would prefer to maintain a certain amount of protection for their own markets. The existence of such exceptions is the result of political compromise but the debate continues with various lobbies seeking, in the context of the WTO Agreement, to ensure the protection of other 'socially desirable' objectives ». L'auteur mentionne l'exemple des Etats-Unis, qui « also has a highly developed social policy which seeks to redress the perceived imbalances of the free market by ensuring equality of opportunity along racial and gender lines. Through the use of an instrument of a positive purchasing policy it applies measures which seek to promote its social policy. In the case of procurement contracts, it applies a preference to bids which are submitted by certain categories of individual which are protected by its social policies such as firms owned by women or racial minorities, for example. This policy has been carried over to the GPA where the United States maintains exceptions for such categories of bidders. [...] The GPA is a repository of many objectives and the annexes give an indication of the individual objectives pursued by the signatory states ». L'auteur se réfère aussi à la possibilité que « national or regional economic stimulation falls into a downward spiral of protectionism ». Voy. aussi Carol Cravero, *Op. cit.*, vol. 8, 2017, p. 183. Voy. ainsi Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, no. 3/4, 2013, « The circumstance that each ratifying Party defines and agrees GPA's subjective and objective field of application separately makes it appear, in fact, a collection of bilateral agreements. [...] Rules in favor of one Party, disadvantaging an interested supplier or suppliers are in conflict with GPA. Meaningful examples can be drawn from two disputes submitted to WTO Panels. The first refers to the procurement of a navigation satellite conducted by Japanese authorities. [...] The second example is given by the domestic legislation of Massachusetts. [...] The WTO dispute resolution mechanism presents also some weak points: it is complex, expensive and with foreseeable results. Thus, it is worth using such mechanism only in relation to high economic value procurement ». Voy. en particulier WTO Case Japan – Procurement of a Navigation Satellite (WT/DS73), available at www.wto.org ; WTO Case United States – Measures Affecting Government Procurement, submitted by European Community (WT/DS88, GPA/D2/1, on June 26, 1997) and by Japan (WT/DS95/1, GPA/D3/1, on July 21, 1997).

¹⁵⁵⁸ Robert D. Anderson, Philippe Pelletier, Kodjo Osei-Lah, Anna Caroline Müller, *Assessing the Value of Future Accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some New Data Sources, Provisional Estimates and an Evaluative Framework for Individual WTO Members Considering the Accession*, WTO Working Paper ERSD-2011-15, WTO Economic Research and Statistics Division, Genève, octobre 2011. « In the case of developing countries, the GPA – in particular in its Revised Text – offers a series of flexibilities to overcome these costly difficulties, not granting same type of facilitations to developed countries ». En ce sens voy. Maria Anna Corvaglia et Laura Maschner, *Op. cit.*, no. 2013/10, 2013, p. 12, disponible au site suivant: <https://ideas.repec.org/p/wti/papers/550.html>. « It is, in fact, undeniable that significant costs are generally involved in the accession process to a hard law instrument of procurement regulation like the GPA. Apart from the direct negotiating costs implicit in any complex trade negotiating process, in relation of the specific case of public procurement, it has been estimated that the costs and the challenges connected to the legislative and institutional adaptation to the transparency requirements set in the GPA are particularly high not only for developing but also for developed countries ». Voy. aussi Chrysoula P. Moukiou, *International economic 'soft' law as a lever for evolutions in the field of European Public Procurement Law*, présentation lors de la conférence Global Revolution, Nottingham, 2019, dont le programme est en ligne : <https://www.nottingham.ac.uk/conference/fac-socsci/pprg-global-revolution/documents/grix-programme-final-10-6-19.pdf>, L'auteur souligne « the difficulty for the States and the

concurrence ouverte, loyale et exempte de distorsions »¹⁵⁵⁹, un « traitement non moins favorable » que celui accordée aux marchandises, aux services et aux fournisseurs

International Organizations to reach an international binding normative consensus, through complex and costly negotiations in the frame of a mutating international environment and an obstruction of the sovereign will of the countries which may suffer enormous losses at the political and economic level ». Voy. aussi Vinod Rege, « Transparency in government procurement: issues of concern and interest to developing countries », in *Journal of World Trade*, vol. 35, no. 4, 2001. Selon l'auteur la reluctance des pays en voie de développement pour ce qui concerne l'adhésion à l'AMP s'explique en relation avec les facteurs suivants: « i) negligible benefits of membership; ii) GPA membership is unnecessary for development of regional trade; iii) developed countries are likely to be the main beneficiaries of developing country membership; and iv) policy changes are required by GPA membership, particularly those relating to price preference ». De même, les pays en voie de développement restent peu convaincus par rapport à l'adhésion à l'éventuel multilatéral Transparency in Government Procurement Agreement (TGPA). Sur ce point, voy. Faisal Haq. Shaheen, *Southern Issues and Perspectives on a Transparency in Government Procurement Agreement within the WTO*, Research paper prepared for the IWOGDA II Project, 2004. En particulier, « Membership of the Agreement will bring about only marginal export gains for them. The major gains will accrue to the developed countries' manufacturing and service industries that are able to take advantage of the improved access to developing country markets under the Agreement. ii) There is a potential for the development of regional trade among developing countries in the procurement sector. However, for the development of this trade, membership to a TGPA is not necessary as liberalisation measures in such regard can be managed at the regional level. iii) For most developing countries, the efficiency gains to procurement agencies from the application of the Agreement may not be significant in view of the following: a) The purchase of goods through tenders is widely prevalent on large capital projects as well as those requiring ongoing service and 'spillover business'. b) Governments within developing and least developed nations already claim to follow transparency protocols as outlined by the World Bank and international financial institutions whose member nations fund developing country projects. Hence, there is little perceived benefit to signing onto another agreement which would require additional upfront costs in infrastructure and training of civil servants to manage such a system ».

¹⁵⁵⁹ https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact2_f.htm. « L'OMC offre une enceinte où sont négociés des accords destinés à réduire les obstacles au commerce international, à garantir des conditions égales pour tous et à contribuer ainsi à la croissance économique et au développement. Elle offre également un cadre juridique et institutionnel pour la mise en œuvre et le suivi de ces accords et pour le règlement des différends découlant de leur interprétation et de leur application. L'ensemble des accords commerciaux qui forment actuellement les instruments de l'OMC comprend 16 accords multilatéraux distincts (auxquels tous les Membres de l'OMC sont parties) et deux accords plurilatéraux différents (auxquels seuls quelques Membres de l'OMC sont parties) ». Parmi « les principales activités de l'OMC » figure aussi l'activité de « négocier la réduction ou l'élimination des obstacles au commerce (droits de douane à l'importation, autres obstacles au commerce) et convenir de règles régissant le commerce international (par exemple mesures antidumping, subventions, normes relatives aux produits, etc.) ». En outre, « [I]es principes fondateurs qui guident toujours l'OMC restent le processus d'ouverture des frontières, la garantie du principe de la nation la plus favorisée et du traitement non discriminatoire par les Membres et entre eux, ainsi qu'un engagement de transparence dans la conduite des activités. L'ouverture des marchés nationaux au commerce international, assortie d'exceptions justifiées ou de flexibilités appropriées, encouragera et facilitera le développement durable, améliorera le bien-être des populations, réduira la pauvreté et favorisera la paix et la stabilité. En même temps, cette ouverture des marchés doit s'accompagner de politiques nationales et internationales saines qui contribuent à la croissance économique et au développement conformément aux besoins et aux aspirations de chaque Membre ».

nationaux doit être assuré à tout autre État signataire¹⁵⁶⁰ dans tous les marchés couverts par le texte révisé de l'Accord – compte tenu des exceptions expressément négociées¹⁵⁶¹.

Dans cette même direction, la Loi type sur les marchés publics de la CNUDCI prévoit « qu'il est souhaitable de réglementer la passation des marchés afin de promouvoir les objectifs » de « [f]avoriser et encourager la participation des fournisseurs et entrepreneurs aux procédures de passation des marchés sans distinction de nationalité, et promouvoir ainsi le commerce international ; [p]romouvoir la concurrence entre fournisseurs et entrepreneurs pour la fourniture de l'objet du marché ; [g]arantir le traitement juste, égal et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs »¹⁵⁶².

Malgré la brièveté de cet aperçu, il est possible de constater que « la concurrence se déploie désormais à l'échelle mondiale » et que l'« économie de marché a fait de la concurrence un des principes clés de la vie économique contemporaine »¹⁵⁶³. Toutefois, bien que ces trois exemples reposent principalement sur une approche concurrentielle de suppression des barrières, cela ne nous permet pas d'argumenter en faveur de l'existence d'une véritable convergence sur la logique de l'ouverture à la concurrence au sein de l'espace juridique global pour trois raisons. Tout d'abord, les trois exemples ne sont représentatifs que d'une partie limitée du monde ; deuxièmement, ils ne lient que les États-signataires (pour l'AMP) ou les États-membres (pour l'UE), alors que la Loi type de la CNUDCI reste un modèle non contraignant ; troisièmement, même parmi les États-

¹⁵⁶⁰ Art. 4 de l'AMP de l'OMC intitulé «non-discrimination» ; https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact2_f.htm. « Aux termes des Accords de l'OMC, les pays ne peuvent pas, en principe, établir de discrimination entre leurs partenaires commerciaux ». Voy. Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011. À noter, même si ce n'est pas applicable au contexte des marchés publics, que l'article 3 du GATT dispose que les importations ne doivent pas être soumises à un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits d'origine nationale similaires ou semblables une fois qu'elles ont passé la douane. Le traitement national est le « principe qui fait obligation à un pays d'accorder aux autres le même traitement qu'à ses propres ressortissants. L'article 17 de l'AGCS et l'article 3 de l'Accord sur les ADPIC énoncent aussi le principe du traitement national pour ce qui est des services et de la protection de la propriété intellectuelle ». Voy. Glossaire, à l'adresse suivant : https://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/national_treatment_f.htm. Voy. aussi Saïd Hamdouni, « Le système commercial multilatéral et la solidarité internationale », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, p. 207 s. « En commerce international, le principe de non-discrimination repose d'une part, sur la règle du Traitement national et, d'autre part, sur la clause de la nation la plus favorisée. Celle-ci est une stipulation conventionnelle selon laquelle tout avantage tarifaire consenti entre États devrait bénéficier aux autres États suivant la règle de la réciprocité. Celle-ci, en droit international, signifie qu'un sujet de droit peut revendiquer le bénéfice de prestations équivalentes à celles d'autres sujets de droit. Dit autrement, les sujets s'engagent les uns envers les autres par des obligations réciproques. En matière de commerce international, la réciprocité est une règle qui instaure l'obligation de rendre l'équivalent de ce qui a été reçu ».

¹⁵⁶¹ https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact2_f.htm. « Si vous accordez à quelqu'un une faveur spéciale (en abaissant, par exemple, le droit de douane perçu sur un de ses produits), vous devez le faire pour tous les autres membres de l'OMC ».

¹⁵⁶² Voy. Préambule de Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Loi type sur la passation des marchés publics*, 2011.

¹⁵⁶³ Grand Lyon, *Compétition économique & solidarité : Quelles tensions ? Quelles articulations ?*, Cahier no. 6, août 2014, p. 12 (« L'essentiel »), disponible en ligne : <https://www.millenaire3.com/publications/competition-economique-solidarite-queelles-tensions-queelles-articulations>.

signataires de l'AMP peuvent exister des dérogations quant aux obligations réciproques d'ouverture et de non-discrimination. Sur cette base, il semble préférable de considérer la convergence sur la logique d'ouverture à la concurrence comme étant une *tendance* qui n'est pas linéaire. Il s'agit, en fait, d'une convergence par intermittence, qui subit l'influence aussi des décisions et des résistances de nature politique surtout dans les périodes de crises.

Vis-à-vis de l'ouverture à la concurrence, l'époque moderne a aussi fait émerger une question d'ordre général allant au-delà des marchés publics : « la controverse [...] sur sa nature solidaire et sur l'équité de ses règles et principes »¹⁵⁶⁴. C'est dans le cadre des discours sur la concurrence qu'on peut trouver la notion de la solidarité. En fait, si la première incarne un « espace de concurrence [qui] se veut libre »¹⁵⁶⁵ et qui vise, de ce fait, à l'efficacité économique¹⁵⁶⁶, la solidarité constituerait en revanche une limite « au dogmatisme du marché »¹⁵⁶⁷ « et à la libre concurrence »¹⁵⁶⁸. Suivant cette approche, il y aurait une dynamique contradictoire entre, d'une part, les « relations commerciales affranchies des contraintes territoriales et des obstacles qui s'opposent » et, d'autre part, « la solidarité, souvent présentée comme une sorte de rempart ou de talisman contre les

¹⁵⁶⁴ Saïd Hamdouni, « Le système commercial multilatéral et la solidarité internationale », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 207 et s. « Nous entendons par SCM un ensemble de structures constituant un tout institutionnel cohérent qui encadre et conduit les relations commerciales à l'échelle planétaire. Il s'agit principalement de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et accessoirement de la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) ».

¹⁵⁶⁵ Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 31. L'auteur souligne que « dans la logique des traités, l'espace de concurrence se veut libre. Pour cela, il érige nécessairement autour de lui un certain nombre de règles protectrices d'une libre-concurrence, des prescriptions qui présentent une binarité de plus en plus saillante au travers des obligations opposables, de manière classique, aux entreprises privées, et, de manière moins ordinaire, aux opérateurs publics qui se voient soumis à une logique économique qu'ils méconnaissent et doivent désormais apprivoiser. L'espace de concurrence repose ainsi, en droit communautaire, sur cette forte spécificité qui intègre au sein d'un même raisonnement des opérateurs économiques ordinaires et des opérateurs publics liés par les mêmes obligations ». Voy. Albert Sanchez-Graells, *Op. cit.*, 2015. Selon l'auteur, « competition and public procurement cross again at the need to avoid publicly created distortions of competition as a result of the exercise of buying power by the public sector, or the creation of regulatory barriers to access public procurement markets ».

¹⁵⁶⁶ Ludovic Viévard, « Du 'moi' au 'nous' ou la difficile articulation entre compétition et solidarité », in Grand Lyon, *Compétition économique & solidarité : Quelles tensions ? Quelles articulations ?*, Cahier n. 6, août 2014, p. 15, disponible en ligne : <https://www.millenaire3.com/publications/competition-economique-solidarite-queelles-tensions-queelles-articulations>.

¹⁵⁶⁷ Maryvonne Hecquard-Théron, « Du sens du terme dans les textes juridiques », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 227 et s. « L'essor de la croyance dans les vertus du marché conjuguée au développement d'une économie globalisée a entraîné une perte de confiance dans l'Etat, une dégradation incontestable de son image et un repli individualiste. Pour autant, les limites du 'dogmatisme du marché' sont apparues avec le développement de la crise économique et l'aggravation corrélative de la situation sociale (apparition par exemple des travailleurs pauvres, augmentation du nombre des sans abri). L'Etat a donc dû repenser son action. L'Etat-Providence avait vécu, mais l'Etat minimaliste peut-être aussi. C'est donc au nom de la solidarité que l'Etat envisage, à partir de 1981 la prise en charge des risques sociaux et plus largement son rôle vis-à-vis de la société civile ».

¹⁵⁶⁸ Maryvonne Hecquard-Théron, « Présentation du colloque », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 7-8.

dérives de la libéralisation »¹⁵⁶⁹, ces dernières allant potentiellement au détriment de l'égalité¹⁵⁷⁰ et de l'environnement. Sans vouloir forcer le trait, la solidarité serait, en ce sens, un frein à la compétition à tout prix mais aussi un vecteur pour la réalisation du développement durable à un niveau global.

Toutefois, force est de constater que l'application de la notion de solidarité dans le droit des marchés publics apparaît assez problématique et nécessite, de ce fait, d'être approfondie.

Section 2 : La concurrence et la solidarité dans le droit des marchés publics au sein de l'espace juridique global : une dialectique possible ?

Comme déjà précisé dans le paragraphe qui précède, l'espace juridique global se caractérise par un entrelacement de divers acteurs et normes avec des interconnexions et des échanges entre les niveaux – qui font de cet espace un rhizome ou un réseau¹⁵⁷¹. Dans ce cadre, on assiste à une certaine tendance à la réduction des barrières entre les différentes échelles dans les termes, en particulier, de l'ouverture à la concurrence.

Mais la concurrence est considérée « assez traditionnellement »¹⁵⁷² comme n'allant pas « sans dégâts collatéraux »¹⁵⁷³, car « de la même manière que l'industrialisation cassait les corps, l'hyper concurrence casserait les esprits »¹⁵⁷⁴, tout en produisant des possibles « dérives »¹⁵⁷⁵ au détriment de la société et de l'environnement. De ce fait, la « compétition serait [...] productive mais [potentiellement] douloureuse »¹⁵⁷⁶. C'est en vertu de cette prémisse que la solidarité est souvent mise en cause : même si « coûteuse »¹⁵⁷⁷, elle constituerait un frein à la concurrence à tout prix¹⁵⁷⁸ avec une

¹⁵⁶⁹ Saïd Hamdouni, « Le système commercial multilatéral et la solidarité internationale », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, p. 207 s.

¹⁵⁷⁰ Ludovic Viévard, *Op. cit.*, Cahier no. 6, août 2014, p. 15, disponible en ligne : <https://www.millenaire3.com/publications/competition-economique-solidarite-quelles-tensions-quelles-articulations>.

¹⁵⁷¹ François Ost et Michel Van de Kerchove, *Op. cit.*, 2002, p. 29.

¹⁵⁷² Ludovic Viévard, *Solidarité et compétition : des valeurs contradictoires ?*, 2012, disponible en ligne : <https://www.academia.edu/6774806/>.

¹⁵⁷³ *Ibid.*

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ Saïd Hamdouni, « Le système commercial multilatéral et la solidarité internationale », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 207 et s.

¹⁵⁷⁶ Ludovic Viévard, *Op. cit.*, 2012, disponible en ligne : <https://www.academia.edu/6774806/>.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*

¹⁵⁷⁸ Souvent, le « focus » est « too much on short-term competition and too little on long-term cooperation in their relationships with contractors », ce qui est de plus en plus important compte tenu que « [t]he construction industry is

connotation « réparatrice »¹⁵⁷⁹ et égalitaire. Ainsi interprétée, la solidarité soulève cependant de nombreux doutes surtout dans le domaine des marchés publics.

Sur cette base, on se demande – peut-être de manière un peu audacieuse – si et jusqu'à quel point la solidarité peut se voir attribuer une quelconque fonction dans les marchés publics, en opposition à la concurrence, ou plutôt en synergie avec le développement durable (Paragraphe 2). Pour ce faire, il apparaît cependant nécessaire de se pencher tout d'abord sur la définition de la solidarité en général (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 : Les difficultés à définir la notion de solidarité au sein de l'espace juridique global

Evoquée avec une fréquence croissante dans l'espace juridique global, la solidarité ne présente pas une définition unique. Discerner sa signification ne semble pas une tâche évidente, d'autant plus qu'il s'agit d'une notion polysémique¹⁵⁸⁰ (A) à statut juridique incertain (B).

A : La polysémie de la notion de solidarité

Pour une certaine doctrine, le « mot de solidarité a beau être employé à tout propos, il reste [encore partiellement] mystérieux »¹⁵⁸¹, « polymorphe, insaisissable »¹⁵⁸²,

facing a change ; it is becoming more complex and dynamic, making traditional procurement procedures obsolete ». Voy. Per Erik Eriksson, « Procurement Effects on Coopetition in Client-Contractor Relationships », in *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 134, no. 2, 2008, p. 109 ; Schamil Naoum, « An overview into the concept of partnering », in *International Journal Project Management*, vol. 21 no. 1, 2003, pp. 71-76. « It is suggested that partnering improves productivity, lowers costs and provides the product of construction to satisfactory standards and time ».

¹⁵⁷⁹ Ludovic Viévard, *Op. cit.*, 2012, disponible en ligne : <https://www.academia.edu/6774806/>.

¹⁵⁸⁰ Jean-Claude Masclat, « Préface », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 1-3.

¹⁵⁸¹ Marie-Claude Blais, *La solidarité. Histoire d'une idée*. Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 2007 (abstrait). « Venu du droit, le terme a commencé par faire l'objet des appropriations les plus opposées au cours du XIXe siècle ».

¹⁵⁸² Maryvonne Hecquard-Théron, « Présentation du colloque », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 7-8.

« équivoque »¹⁵⁸³, très difficile à situer »¹⁵⁸⁴ et « à cerner »¹⁵⁸⁵ qui « se prête à des interprétations ou manipulations diverses »¹⁵⁸⁶.

Issue du droit romain pour « régler les hypothèses de pluralité de créanciers (solidarité active) ou de débiteurs (solidarité passive) d'une même obligation »¹⁵⁸⁷, la solidarité présente aujourd'hui une pluralité d'acceptions. Outre la solidarité dans le droit civil, on peut mentionner la solidarité nationale¹⁵⁸⁸, la « solidarité européenne »¹⁵⁸⁹ ou –

¹⁵⁸³ Saïd Hamdouni, « Le système commercial multilatéral et la solidarité internationale », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 207 s. (note en bas de page n. 7). « La notion de solidarité internationale est équivoque par la diversité de ses acteurs, ses référentiels et ses fondements idéologiques. La solidarité internationale chez les libéraux n'a pas du tout le même sens que de celle utilisée par les autres courants notamment les antilibéraux : chez les premiers, la solidarité trouve son fondement dans les bienfaits de la compétition capable d'unir les hommes. La solidarité fonctionne avec deux principes, l'utilité et l'harmonie des intérêts. Le marché est le moteur de ladite solidarité. Selon cette approche, la mondialisation du marché engendre la mondialisation des solidarités des intérêts. Alors que dans la conception des anti-libéraux, chacun pour tous et tous pour un est de mise. Ce type de solidarité reste un idéal à atteindre et donc la solidarité fondée sur la concurrence ne peut que déboucher sur les faits suivants : le profit de l'un est le dommage de l'autre et la fortune d'un industriel s'élève sur les ruines du concurrent ». Voy. aussi Marie-Claude Blais, *Op. cit.*, 2007, pp. 185-203.

¹⁵⁸⁴ Maryvonne Hecquard-Théron, « Présentation du colloque », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 7-8.

¹⁵⁸⁵ Marie-Claude Blais, *Op. cit.*, 2007, pp. 185-203.

¹⁵⁸⁶ Maryvonne Hecquard-Théron, « Présentation du colloque », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 7-8 ; Alain Supiot (dir.), *Op. cit.*, pp. 10 et s. L'auteur souligne que « le mot anglais *solidarity* n'avait pas du tout le même sens que les mots continentaux *solidarité*, *Solidarität*, *solidaridad*, *solidaritet*, *solidarieta*, *solidariteit* ou *solidariedade* ».

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, pp. 10 et s. ; Marc Blanquet, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 155 et s. « On connaît, en effet, la solidarité qui, dans le droit civil des obligations, lie plusieurs créanciers (rarement) ou plusieurs débiteurs, chacun de ces derniers étant responsable de la totalité de l'obligation. Les conséquences de la solidarité dans ce secteur juridique particulier sont moins à considérer que sa cause : la communauté de situation juridique entre les individus concernés vis-à-vis d'une obligation donnée ». Voy. encore Stéphane de La Rosa, « La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l'Union », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 166. « Certes, il est des branches du droit dans lesquelles la solidarité fait partie du décor conceptuel, comme en droit des obligations. Est réputée solidaire l'obligation qui lie soit plusieurs créanciers – chacun d'entre eux pouvant exiger du débiteur la totalité de la dette –, soit plusieurs débiteurs, chacun pouvant être poursuivi pour la totalité de la dette, quitte pour celui qui a payé à se retourner contre les autres pour obtenir paiement ».

¹⁵⁸⁸ Maryvonne Hecquard-Théron, « Du sens du terme dans les textes juridiques », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 227 et s. ; Jean-Claude Masclet, « Préface », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 1-3.

¹⁵⁸⁹ La solidarité « est souvent invoquée, avec des déclinaisons fort diverses. On peut relever la solidarité entre les peuples des Etats membres, la solidarité entre les Etats membres, [...] la solidarité entre l'Europe et les pays d'outre-mer, [...] la solidarité entre l'Union et ses Etats membres ». Sur cela voy. Marc Blanquet, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 155 et s. L'auteur relève que « la logique même du processus et du système d'intégration entre les Etats européens repose donc sur une mécanique, une méthode, dont un des moteurs serait la solidarité et c'est cette solidarité particulière que l'on voudrait identifier, en tant que 'solidarité européenne' et étudier. Le paradoxe n'était donc qu'apparent puisqu'il ne s'agit pas ici d'envisager la solidarité entre individus au sens social ou politique. On pourrait considérer que c'est donc la solidarité en tant que principe, voire méthode plus qu'en tant que valeur qui est à examiner, et même la solidarité en tant que principe institutionnel, structurel de l'intégration communautaire ». L'auteur précise aussi qu'« en réalité, cette solidarité, caractérisant le modèle 'communautaire', devrait plutôt être appelée 'solidarité communautaire'. Cependant, notre recherche ayant abouti à trouver des traductions, certes souvent faibles ou relatives, de ce principe dans les piliers non communautaires de l'Union, on a choisi par commodité l'expression 'solidarité européenne' ; choix de prévoyance aussi, puisque dans l'Union issue du traité de Lisbonne, il n'y aura plus de 'Communauté' ». Voy. encore Jürgen Gerhards, Holger Lengfeld, Zsófia S. Ignácz, Florian K. Kley, Maximilian Priem, « How strong is european solidarity ? », in *Berliner Studien zur Soziologie Europas / Berlin Studies on the Sociology of Europe (BSSE)* no. 37, Berlin, Freie Universität Berlin, FB Politik- und Sozialwissenschaften, Institut für Soziologie Arbeitsbereich Makrosoziologie, 2018 ; Juan Díez Medrano, Irina Ciornei, Fulja Apaydin, « Explaining supranational solidarity », in Ettore Recchi et al. (dir.), *Everyday Europe: Social transnationalism in an unsettled continent*, Bristol University Press, 2019, pp. 137-150 ; Philipp Genschel and Anton Hemerijck, *Solidarity in Europe*, European University Institute (EUI) Policy Brief no. 1, 2018 ; Maurizio Ferrera et Alessandro Pellegata, *Can economic and social*

sous d'autres termes – « supranationale »¹⁵⁹⁰, la « solidarité internationale »¹⁵⁹¹, les droits dit de « solidarité »¹⁵⁹² (ou de « troisième génération »¹⁵⁹³), la solidarité entre générations¹⁵⁹⁴, la « solidarité environnementale »¹⁵⁹⁵, la solidarité « sociale »¹⁵⁹⁶, pour n'en citer que quelques-unes¹⁵⁹⁷.

europe be reconciled? Citizen views on integration and solidarity, European Research Council - Advanced Grant 340534, Reconciling Economic and Social Europe. The Role of Values, Ideas and Politics, 2017 ; Malcolm Ross, « The value of solidarity in European public services law », in Markus Krajewski (dir.), Ulla Neergaard (dir.), Johan van de Gronden (dir.), *The changing legal framework for services of general interest in Europe : between competition and solidarity*, T.M.C. Asser Press, 2009, pp. 81-99. Voy. également Anniek de Ruijter, Roel Beetsma, Brian Burgoon, Francesco Nicoli, Frank Vandenbroucke, *EU Solidarity and Policy in Fighting Infectious Diseases: State of Play, Obstacles, Citizen Preferences and Ways Forward*, CESifo Working Paper no. 8222, 2020, disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=3578256>, pour ce qui concerne le concept de « EU health solidarity ».

¹⁵⁹⁰ Juan Díez Medrano, Irina Ciornei, Fulja Apaydin, « Explaining supranational solidarity », in Ettore Recchi et al. (dir.), *Everyday Europe: Social transnationalism in an unsettled continent*, Bristol University Press, 2019, pp. 137 et s. « Pan-European solidarity guided integration efforts since the creation of the European Coal and Steel Community in 1951. More recently, the Treaty of Maastricht and the Lisbon Treaty situated solidarity as one the European Union's central objectives ».

¹⁵⁹¹ Saïd Hamdouni, « Le système commercial multilatéral et la solidarité internationale », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 207 s.

¹⁵⁹² Maryvonne Hecquard-Théron, « Présentation du colloque », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 7-8.

¹⁵⁹³ Voy. en particulier la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne mise en annexe au Traité de Lisbonne dont le titre IV est consacré à la solidarité sur la base de douze articles. Voy. Maryvonne Hecquard-Théron, « Du sens du terme dans les textes juridiques », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, p. 227 s. Voy. également Stéphane de La Rosa, « La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l'Union », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 167. « [D]errière la bannière de la solidarité, la Charte abrite, sous son titre IV, les notions les plus diverses : des droits (principalement des droits sociaux liés au statut de travailleur), des principes (droit au bénéfice des aides sociales dans les conditions prévues par le droit national) mais également des exigences sociétales plus générales (protection de l'environnement et protection des consommateurs) ».

¹⁵⁹⁴ Grand Lyon, *Compétition économique & solidarité : Quelles tensions ? Quelles articulations ?*, Cahier no. 6, août 2014, p. 3, disponible en ligne : <https://www.millenaire3.com/publications/competition-economique-solidarite-queles-tensions-queles-articulations>. « Le défi environnemental, dont ont découlé les concepts de développement durable puis de transition énergétique, pose fondamentalement la question, plus actuelle que jamais, de la solidarité entre les générations, mais aussi celle de la solidarité avec la nature si l'on se place dans la perspective du contrat naturel de Michel Serres ». Voy. aussi Maryse Deguerge, « Solidarité et environnement », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *op. cit.*, pp. 337 et s. Au sein de l'UE, voy. aussi l'article 3, paragraphe 3, alinéa 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE), dans sa version issue du traité de Lisbonne. Voy. aussi Marta Torre-Schaub, « La solidarité environnementale en droit communautaire », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 325 et s.

¹⁵⁹⁵ Marta Torre-Schaub, « La solidarité environnementale en droit communautaire », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 325 et s. « Les grandes peurs environnementales nous rappellent que nous sommes tous passagers de la même planète : entre arrachement à la nature et appartenance au monde, l'idée d'humanité est en route. [...] C'est aussi sous l'effet de la peur que se construit un droit de l'environnement solidaire. [...] La solidarité environnementale est un concept de lente maturation ».

¹⁵⁹⁶ Tony Prosser, « EU competition law and public services », in Elias Mossialos (dir.), Govin Permanand (dir.), Rita Baeten (dir.), et Tamara K. Hervey (dir.), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 317, précisant que la solidarité sociale au sein de l'UE est « particularly characteristic of health care. This has been noted in a number of areas of European law, and is based on a commitment to equality, notably to equal access to services irrespective of ability to pay ». Voy. aussi Tony Prosser, *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services*, Oxford University Press, 2005. Voy. ainsi Albert Sanchez-Graells, *Op. cit.*, 2015, p. 133, qui souligne que « the distinction between sich 'social aims' and the 'principle of solidarity' is often hard to draw, and the distinction between economic and social activities becomes increasingly blurry ».

¹⁵⁹⁷ Marc Blanquet, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 155 et s., qui mentionne par exemple le « débat ayant [...] opposé G. Burdeau, développant la thèse de la 'solidarité éprouvée' (conscience du bien commun) à G. Scelle, répondant avec l'idée d'une 'solidarité mécanique' à la base de toute société. Voy. Georges Burdeau, *Le pouvoir politique et l'Etat. Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1943 ; Georges Scelle, « Pouvoir étatique et droit des gens (réponse à une négation de l'Ordre juridique international) », in *Mélanges factices* 1-7, 1943, p. 189.

Face à cette pluralité d'acceptions, la solidarité reste une notion dont la définition n'est pas facile à établir¹⁵⁹⁸, même si on peut compter de nombreuses tentatives.

À partir de la conception de Durkheim¹⁵⁹⁹ qui distingue entre la solidarité « organique »¹⁶⁰⁰ et la solidarité « mécanique »¹⁶⁰¹, il est possible de décrire la solidarité sur la base soit des facteurs socio-psychologiques reposant sur un partage de valeurs, « a feeling of closeness and of direct connection » (un sentiment de proximité et de connexion directe)¹⁶⁰², soit des facteurs comportementaux inspirés d'une coopération réciproque et d'une « assisting, sometimes redistributive behavior » (assistance et parfois d'une conduite redistributive)¹⁶⁰³. Sur une telle base, certains auteurs considèrent que la solidarité se fonde sur deux « caractères intrinsèques et indissociables » correspondant « à la fois, à une situation statique (le rapport de dépendance réciproque existant entre les membres d'un même groupe) [...] et à une prescription (le principe qui impose d'agir en vue, précisément, de consacrer ou de renforcer ce rapport de dépendance) »¹⁶⁰⁴.

¹⁵⁹⁸ Voy. par exemple Michel Borgetto, « Solidarité », in Stéphane Rials (dir.) et Denis Alland (dir.), *Dictionnaire de la Culture juridique*, Presses Universitaires de France (PUF)-Lamy, 2003, p. 1427 ; Anne Levade, « La valeur constitutionnelle du principe de solidarité », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 41 et s., qui mentionne la définition juridique de la solidarité sous les termes d'« engagement par lequel des personnes s'obligent les unes pour les autres, et chacune pour tous ». De là, la solidarité « deviendrait, dans le langage ordinaire, responsabilité mutuelle qui s'établit entre deux ou plusieurs personnes. La solidarité qui nous lie ». Sur cette base, l'auteur définit la solidarité comme « dépendance réciproque ; caractère des êtres ou des choses liés de telle sorte que ce qui arrive à l'un d'eux retentisse sur l'autre ou sur les autres ». Voy. aussi Juan Díez Medrano, Irina Ciornei, Fulja Apaydin, « Explaining supranational solidarity », in Ettore Recchi et al. (dir.), *Everyday Europe: Social transnationalism in an unsettled continent*, Bristol University Press, 2019, pp. 137 s. « In his seminal work, *The Division of Labour in Society*, Durkheim treats solidarity as a collective property: the capacity that a group displays to achieve things. Solidarity can stem from sharing values and worldviews (mechanical solidarity) or from interdependence (organic solidarity) ».

¹⁵⁹⁹ Juan Díez Medrano, Irina Ciornei, Fulja Apaydin, « Explaining Supranational Solidarity », in Ettore Recchi et al. (dir.), *Everyday Europe: Social transnationalism in an unsettled continent*, Bristol University Press, 2019, pp. 137 et s. « While Durkheim emphasises the role of structures and institutions in creating and sustaining solidarity, authors who have translated the concept to the individual level have emphasised socio-psychological factors or else borrowed from ordinary language to emphasise behavioural traits that are only loosely connected to Durkheim's original conceptualisation ».

¹⁶⁰⁰ Émile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, F. Alcan, 1893. « Notre devoir est-il de chercher à devenir un être achevé et complet, un tout qui se suffit à soi-même, ou bien au contraire de n'être que la partie d'un tout, l'organe d'un organisme ? ».

¹⁶⁰¹ La solidarité « mécanique » est perçue en vertu d'une identité commune et de valeurs partagées ; voy. Émile Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, F. Alcan, 1893.

¹⁶⁰² Juan Díez Medrano, Irina Ciornei, Fulja Apaydin, « Explaining Supranational Solidarity », in Ettore Recchi et al. (dir.), *Everyday Europe: Social transnationalism in an unsettled continent*, Bristol University Press, 2019, p. 137 s. ; Lawrence R. Wheeler, « A follow-up study of the relationships among trust, disclosure, and interpersonal solidarity », in *Human Communications Research*, vol. 4, no. 2, 1978, pp. 143 et s. ; Michel Borgetto, « Fraternité et Solidarité : un couple indissociable ? », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 11-33.

¹⁶⁰³ Juan Díez Medrano, Irina Ciornei, Fulja Apaydin, « Explaining Supranational Solidarity », in Ettore Recchi et al. (dir.), *Everyday Europe: Social transnationalism in an unsettled continent*, Bristol University Press, 2019, pp. 137 et s. « Those who emphasise behaviour equate solidarity to treating others as part of the group, to cooperation, to concern for the well-being of others, and to the act of assisting others ».

¹⁶⁰⁴ Michel Borgetto, « Solidarité », in Stéphane Rials (dir.) et Denis Alland (dir.), *Op. cit.*, p. 1427 ; Philipp Genschel et Anton Hemerijck, *Solidarity in Europe*, European University Institute (EUI) Policy Brief, no. 1, 2018 ; Maurizio Ferrera et Alessandro Pellegata, *Can economic and social europe be reconciled? Citizen views on integration and solidarity*, European Research Council - Advanced Grant 340534, Reconciling Economic and Social Europe. The Role of Values, Ideas and Politics, 2017. « Solidarity refers to the normative expectation of mutual support among the members of large anonymous groups ».

En revanche, selon une autre partie de la doctrine, la définition de solidarité ne peut pas faire abstraction de la prise en compte de « cinq sens différents » qu'elle « recouvre dans son usage courant »¹⁶⁰⁵, notamment « le sens affectif de la compassion ; le sens sacrificiel de l'abnégation ; le sens synallagmatique de la mutualité, le sens coopératif de l'action collective ; le sens objectif de l'interdépendance »¹⁶⁰⁶. À la lumière de ces divers sens, il a été observé que la « notion juridique de solidarité réunit rarement toutes ces dimensions, mais elle combine toujours [...] quelques-unes d'entre elles »¹⁶⁰⁷. Il en résulte que, la solidarité peut prendre « à chaque fois un visage différent »¹⁶⁰⁸, avec des nuances de signification et de portée juridique non négligeables.

En laissant de côté le sens affectif de la compassion et le sens sacrificiel de l'abnégation, qui sont difficilement compréhensibles en termes juridiques, on peut se focaliser sur le sens synallagmatique de la mutualité, le sens coopératif de l'action collective et le sens objectif de l'interdépendance¹⁶⁰⁹. Si le premier sens constitue une hypothèse bien encadrée par le droit mais pas toujours facilement applicable – comme, par exemple, dans les relations et les (souvent très longues) négociations internationales –, les deux derniers peuvent être vus comme étant souvent complémentaires. En particulier, l'existence et la prise en compte des interdépendances spatio-temporelles liant les différents niveaux et les relatifs acteurs (nationaux, internationaux, supranationaux, *etc.*) peut encourager le choix d'entamer des formes, plus ou moins intenses, de coopération.

Tel est le cas de la prise en compte de la solidarité par rapport à l'ouverture à la concurrence et, surtout, par rapport à la poursuite du développement durable. Si l'ouverture à la concurrence peut poser la question de ses caractères égalitaires avec la possibilité de négocier des dérogations, les problématiques liées au développement durable sont en mesure de produire des impacts simultanément à plusieurs échelles spatiales ou à des moments différents, avec la nécessité – ou, mieux, l'opportunité – d'agir conjointement ou de manière concertée. En ce sens, en vertu d'interdépendances spatio-temporelles liant les différents niveaux et acteurs vis-à-vis les défis posés par le développement durable, la solidarité renvoie au sens coopératif de l'action collective.

¹⁶⁰⁵ Alain Supiot (dir.), *Op. cit.*, pp. 10 et s.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*

¹⁶⁰⁹ *Ibid.*

Cela ne signifie pas que la solidarité doive se voir attribuer une connotation d'« assurance ni [d']assistance » ni de « charité »¹⁶¹⁰. En fait, la solidarité « ne divise pas le monde entre ceux qui donneraient sans recevoir et ceux qui recevraient sans avoir rien à donner »¹⁶¹¹, mais traduit plutôt « une relation, celle de l'Un au groupe »¹⁶¹².

Sur la base de cette prémisse, il semble donc opportun de s'interroger sur la juridicité de la notion de solidarité, avant d'en comprendre la compatibilité avec le droit des marchés publics.

B : Le statut juridique de la notion de solidarité

La solidarité « a connu depuis deux siècles une grande fortune dans le vocabulaire politique et sociologique, mais c'est depuis peu qu'elle a été consacrée comme principe général du droit, d'abord au plan national, puis au plan européen par la Cour de justice, et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », sans cependant oublier que « c'est la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981) qui fut la première à proclamer ce principe »¹⁶¹³.

Toutefois, le statut juridique de la solidarité n'est pas reconnu de manière homogène. En particulier, on observe que, d'une part, la notion de solidarité oscille entre « à la fois une situation de fait [...] et un devoir »¹⁶¹⁴, voire même un « objectif

¹⁶¹⁰ *Ibid.*

¹⁶¹¹ *Ibid.*

¹⁶¹² Maryvonne Hecquard-Théron, « Du sens du terme dans les textes juridiques », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, p. 227 s.

¹⁶¹³ Alain Supiot (dir.), *Op. cit.*, pp. 5 et s.

¹⁶¹⁴ Jean-Claude Maslet, « Préface », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 1-2. L'auteur renvoie aux mots prononcés dans le Discours de l'Horloge du 9 mai 1950 par Robert Schuman : « L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes, créant d'abord une solidarité de fait ». L'auteur présente aussi un bref excursus quant à l'utilisation du mot « solidarité » dans les textes juridiques de l'Union européenne. « Si le mot ne figure pas dans le préambule du traité instituant la Communauté économique européenne, on en retrouve le potentiel dans l'objectif qui lui est fixé : 'établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens' (préambule, al. 1er). Le traité de Maastricht instituant l'Union européenne, désireux de marquer la continuité qui le rattache aux traités précédents, affirme : 'le présent traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe' (titre I, Dispositions communes, art. 1er), formule que ne renie pas le traité de Lisbonne sur l'Union européenne (titre I, Dispositions communes, art. 1er), tandis que le préambule de ce même traité déclare les États membres 'désireux d'approfondir la solidarité entre leurs peuples dans le respect de leur histoire, de leur culture et de leurs traditions'. Dans le projet de traité établissant une Union d'États du 2 novembre 1961 (plan Fouchet I), pourtant tributaire d'une vision différente de l'Europe, on peut lire à l'article XI, au titre III consacré aux obligations des États membres : 'Les États membres se doivent solidarité, confiance réciproque et concours mutuel...' ».

fondamental »¹⁶¹⁵, une valeur universelle¹⁶¹⁶, un principe doté – en tant que tel – d’une « parfaite juridicité »¹⁶¹⁷ et d’une « puissance normative »¹⁶¹⁸ indiscutable. De l’autre part, selon certains auteurs, la notion de solidarité ne serait pas « un concept juridique, mais plus fondamentalement idéologique et politique »¹⁶¹⁹, une sorte d’« esprit »¹⁶²⁰ dont la « transposition sur le plan juridique est malaisée »¹⁶²¹.

Prenons l’exemple de l’Union européenne. Comme on l’a déjà mentionné, « le droit de l’Union est avant tout articulé sur des visées économiques qui se cristallisent autour d’une logique d’économie de marché fortement soumis à une pression concurrentielle »¹⁶²² et « au droit de l’intégration »¹⁶²³. Se basant sur l’ouverture à la concurrence, le droit de l’UE ne néglige cependant pas la notion de solidarité. En particulier, au sein du droit primaire de l’UE, la solidarité peut se définir comme un devoir général « entre les membres [...], en tant qu’ils se considèrent comme formant un seul tout »¹⁶²⁴. En ce sens, la solidarité européenne se décline non seulement dans plusieurs domaines¹⁶²⁵ mais aussi à plusieurs niveaux, notamment (i) entre les peuples des États

¹⁶¹⁵ Tribunal de première instance (TPI) de l’Union Européenne, 15 septembre 1998, *BFM*, aff. T-126 et 127/96, Rec. II-3437 ; l’article 3, paragraphe 3, alinéa 2 du Traité sur l’Union européenne (TUE), dans sa version issue du traité de Lisbonne, prévoit que l’UE « combat l’exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l’égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l’enfant ».

¹⁶¹⁶ Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration du millénaire*, 55^{ème} session, A/RES/55/2, 2000, paragraphe 6, p. 2. Certaines « valeurs fondamentales doivent sous-tendre les relations internationales au XXI^e siècle », parmi lesquels figure la solidarité. En particulier, « [l]es problèmes mondiaux doivent être gérés multilatéralement et de telle façon que les coûts et les charges soient justement répartis conformément aux principes fondamentaux de l’équité et de la justice sociale. Ceux qui souffrent ou qui sont particulièrement défavorisés méritent une aide de la part des privilégiés ».

¹⁶¹⁷ Jacques Poumarède, « Quelques gloses en forme de conclusion », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 365 et s. ; Alain Supiot (dir.), *Op. cit.*, pp. 10 et s.

¹⁶¹⁸ Jacques Chevallier, *Op. cit.*, 2007, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/>.

¹⁶¹⁹ Maryvonne Hecquard-Théron, « Présentation du colloque », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 7-8 ; Michel Borgetto, « Solidarité », in Stéphane Rials (dir.) et Denis Alland (dir.), *Op. cit.*, p. 1427, définissant la solidarité comme « un maître mot du langage politique et social ».

¹⁶²⁰ Marc Blanquet, « L’Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 155 et s. L’« esprit de solidarité » a été évoqué à plusieurs reprises par le Traité sur le Fonctionnement de l’UE (TFUE), par exemple par les articles 122, 194, 222. Voy. aussi Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l’Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 5. Au sein de l’UE, l’auteur précise que « si sur le plan juridique, il peut être difficile d’aboutir à une solidarité formalisée, il reste possible dans la posture et le comportement des États d’opter pour un esprit de solidarité ».

¹⁶²¹ Jean-Claude Masclat, « Préface », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 2 ; Stéphane de La Rosa, « La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l’Union », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 167, illustrant « la difficulté à traduire en droits la notion de solidarité ».

¹⁶²² Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l’Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 8.

¹⁶²³ *Ibid.*, p. 24.

¹⁶²⁴ Tiré de la définition générale prévue par Anne Levaude, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Presses Universitaires Françaises (PUF), 14^e édition, 1983, p. 1006.

¹⁶²⁵ Jürgen Gerhards, Holger Lengfeld, Zsófia S. Ignácz, Florian K. Kley, Maximilian Priem, « How strong is european solidarity ? », in *Berliner Studien zur Soziologie Europas / Berlin Studies on the Sociology of Europe (BSSE)* no. 37, Berlin, Freie Universität Berlin, FB Politik- und Sozialwissenschaften, Institut für Soziologie Arbeitsbereich

membres¹⁶²⁶, (ii) entre les États membres¹⁶²⁷, et (iii) entre l'Union et les États membres¹⁶²⁸, avec une inhérente « exigence de réciprocité »¹⁶²⁹ et de « coopération loyale »¹⁶³⁰. En fait, l'UE a, de son propre aveu, reconnu son « but d'aider ses peuples à développer la solidarité qui les lie »¹⁶³¹, de promouvoir « la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres »¹⁶³², ainsi que d'agir « conjointement » avec les États « dans un esprit de solidarité » dans l'éventualité par

Makrosoziologie, 2018, disponible en ligne : <https://nbnresolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-56927-5>. Les auteurs identifient quatre domaines de solidarité européenne, notamment : « European Fiscal Solidarity, European Welfare State Solidarity, European Territorial Solidarity, Refugee Solidarity ».

¹⁶²⁶ Juan Díez Medrano, Irina Ciomei, Fulja Apaydin, « Explaining supranational solidarity », in Ettore Recchi et al. (dir.), *Everyday Europe: Social transnationalism in an unsettled continent*, Bristol University Press, 2019, pp. 137 et s., mettant en exergue la « significant social distance between the citizens of different European Union member states and the persistence of national stereotypes ». Voy. aussi Marc Blanquet, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 155 et s. Voy. aussi Maryvonne Hecquard-Théron, « Du sens du terme dans les textes juridiques », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 227 et s. ; Juan Díez Medrano, Irina Ciomei, Fulja Apaydin, « Explaining supranational solidarity », in Ettore Recchi et al. (dir.), *Everyday Europe: Social transnationalism in an unsettled continent*, Bristol University Press, 2019, pp. 137 s. « One can best capture solidarity in action by examining a community's capacity to set goals for itself and to pursue these goals effectively and by analysing the community's and the citizens' level of attention to its members' needs ».

¹⁶²⁷ Marc Blanquet, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 155 et s. ; Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 12-14.

¹⁶²⁸ À ne pas oublier aussi la solidarité entre l'Europe et les pays d'outre-mer. Marc Blanquet, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 155 et s. ; Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 12-14, qui identifie trois types de loyauté, notamment la loyauté interétatique, la loyauté entre les États et l'Union, la loyauté interinstitutionnelle. Voy. encore Jürgen Gerhards, Holger Lengfeld, Zsófia S. Ignácz, Florian K. Kley, Maximilian Priem, « How strong is european solidarity ? », in *Berliner Studien zur Soziologie Europas / Berlin Studies on the Sociology of Europe (BSSE)* no. 37, Berlin, Freie Universität Berlin, FB Politik- und Sozialwissenschaften, Institut für Soziologie Arbeitsbereich Makrosoziologie, 2018, disponible en ligne : <https://nbnresolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-56927-5>. « In recent years, a series of crises have hit the European Union (i.e., the Eurozone crisis, the sovereign debt crises, the Great Recession, the refugee crisis, Brexit). Such precarious times have challenged solidarity both between European citizens, as well as between the Member States of the EU ».

¹⁶²⁹ Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 9. Cette réciprocité se traduit souvent par le concept de « concours mutuel, autrement dit une assistance ou aide que doivent se prêter mutuellement les États et les institutions ». Pour le lien entre la solidarité et le concours mutuel, voy. entre autres Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), arrêt du 10 décembre 1969, *Commission c. France*, aff. 6 et 11/ 69, Rec. p. 540, « la solidarité, qui est la base de ces obligations comme de l'ensemble du système communautaire, conformément à l'engagement stipulé par l'article 5, trouve d'ailleurs son prolongement, à l'avantage des États, dans la procédure de concours mutuel prévue à l'article 108 en cas de menace grave de difficultés dans la balance des paiements d'un État membre ».

¹⁶³⁰ Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 12-13. La solidarité aurait comme principal vecteur « le principe de coopération loyale, [qui] bénéficie de la qualité de principe institutionnel qui se hisse au rang de principes généraux du droit communautaire. De surcroît, la coopération loyale donne lieu à de nombreuses applications qui sont autant d'occasions pour le législateur et le juge, lors de son contrôle de légalité, d'irriguer ou de mettre en avant le principe de solidarité et de participer de la sorte au processus de fondamentalisation ». En particulier, [l']obligation de coopération loyale constitue l'application la plus accomplie de la solidarité sur le plan institutionnel car elle s'adresse avec autant d'acuité aux institutions et aux États membres ». Le « principe de 'coopération loyale' 26 est consacré à deux reprises dans les traités. Il est visé à l'article 4 TUE dans le cadre des relations entre l'Union européenne et les États membres et à l'article 13 TUE dans le cadre des relations entre les institutions de l'Union. Plus précisément, l'obligation de coopération qui a pour point de départ la constitution d'un lien solidaire, vise trois formes de solidarité au sein de la dynamique institutionnelle : le rapport interétatique, le rapport interinstitutionnel et le rapport État-institutions. On note cependant que les deux principales formes de solidarité, celle entre les États et l'Union et celle entre institutions, sont visées de manière explicite par les traités, précisément aux articles 4 et 13 TUE, la solidarité entre États résultant des deux formes précédentes ».

¹⁶³¹ Voy. avant-projet du Parlement européen instituant l'Union européenne, JO, C 277 du 17 octobre 1983, p. 95.

¹⁶³² Art. 3 Traité sur l'Union Européenne, JO C 326/12.

exemple qu'« un État membre est l'objet d'une attaque terroriste ou la victime d'une catastrophe naturelle ou d'origine humaine »¹⁶³³.

Cette dernière hypothèse, qui constitue la bien connue « clause de solidarité »¹⁶³⁴, repose à la fois « sur la conscience d'un intérêt commun »¹⁶³⁵ (notamment, le fonctionnement du marché intérieur qui suit une logique libre-échangiste¹⁶³⁶ et le « développement harmonieux de l'ensemble »¹⁶³⁷ de l'UE), et à la fois « sur la conscience d'une menace commune ou d'une situation géostratégique commune »¹⁶³⁸. Sur la base de cette prémisse, la solidarité semble se placer aux fondations mêmes de l'Union

¹⁶³³ C'est la clause de solidarité prévue par l'article 222, paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE). Il y a une autre disposition exprimant l'esprit de solidarité et de coopération entre les États membres, notamment l'article 122, qui prévoit que « [l]orsqu'un État membre connaît des difficultés ou une menace sérieuse de graves difficultés, en raison de catastrophes naturelles ou d'événements exceptionnels échappant à son contrôle, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut accorder, sous certaines conditions, une assistance financière de l'Union à l'État membre concerné ». Le premier paragraphe du même article prévoit que « [s]ans préjudice des autres procédures prévues par les traités, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut décider, dans un esprit de solidarité entre les États membres, des mesures appropriées à la situation économique, en particulier si de graves difficultés surviennent dans l'approvisionnement en certains produits, notamment dans le domaine de l'énergie ». Voy. aussi Règlement (CE) no. 2012/2002 du Conseil du 11 novembre 2002 instituant le Fonds de solidarité de l'Union européenne, JO, L311 du 14/11/2002, p. 3, adopté au titre de la cohésion économique et sociale. Une partie de la doctrine soulève aussi la possibilité que l'UE puisse « exprimer cette solidarité non seulement en cas de catastrophe naturelle mais pour les catastrophes industrielles et technologiques, les urgences de santé publique, ainsi que les actes de terrorisme ». Sur ce point, voy. Marc Blanquet, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 155 et s.

¹⁶³⁴ C'est la clause de solidarité prévue par l'article 222, paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE).

¹⁶³⁵ Marc Blanquet, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 155 et s.

¹⁶³⁶ Annik de Ruijter, Roel Beetsma, Brian Burgoon, Francesco Nicoli, Frank Vandenbroucke, *Op. cit.*, pp. 21 et s., disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=3578256>, précisant que « the European Commission considers restrictions to the free movement of goods as in breach of European solidarity and European public health. In yet other words, we are witnessing a clash between claims of 'national prerogatives' in the domain of solidarity and public health, and a true 'pan-European approach' ». En ce sens, « 'national prerogatives' may create a problem of collective action that yields, in the end, bad outcomes for everyone ». Pour ce qui concerne la crise sanitaire provoquée par le Covid-19, les auteurs soulignent que « Europe is now paying the price for a lack of a centralized policy in the face of pan-European health threats. Countries are competing with each other to acquire these products, for example by imposing export bans. The result is a decentralized outcome that is suboptimal in the sense of these products not always being allocated where they are most needed ».

¹⁶³⁷ Voy. par exemple l'article 174 du Traité du fonctionnement sur l'UE (TFUE) pour ce qui concerne la cohésion économique, sociale et territoriale. Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 26, qui considère que « [d]es principes tels que celui d'unité du marché et sa nécessaire cohésion, pour lui permettre de fonctionner efficacement et durablement, n'est à notre sens qu'une variante de la notion de solidarité sous un angle économique. Aussi, s'agit-il ici d'un support essentiel fondé sur un rapport de solidarité qui doit régir les rapports des principaux protagonistes que sont les opérateurs économiques, œuvrant ensemble pour le succès de l'entreprise et en se gardant d'adopter des pratiques anticoncurrentielles, et les autorités nationales, elles-mêmes appelées à mettre tout en œuvre pour contribuer au fonctionnement du marché intérieur ».

¹⁶³⁸ Marc Blanquet, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 155 et s.

européenne¹⁶³⁹ en tant qu'« objectif fondamental »¹⁶⁴⁰, « valeur juridique supérieure »¹⁶⁴¹ voire même « principe immanent »¹⁶⁴², « institutionnel, structurel de l'intégration européenne »¹⁶⁴³. Cela permettrait de définir l'UE – peut-être de manière un peu

¹⁶³⁹ Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), arrêt du 7 février 1973, *Commission/Italie*, aff. 39/72, Rec. 101, qui souligne l'existence de « devoirs de solidarité acceptés par les États membres du fait de leur adhésion à la Communauté » ; Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), 10 décembre 1969, *Commission/France*, aff. 6 et 11/69, point 16, affirmant « que la solidarité [...] est à la base de ces obligations comme de l'ensemble du système communautaire » ; Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), arrêt du 29 juin 1978, *Benzine en Petroleum*, aff. 77/77, Rec. 1513, point 16, évoquant un « principe de la solidarité communautaire ». Voy. Jean Boulouis, Roger-Michel Chevallier, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Dalloz, 4e édition, 1987, p. 233, selon lesquels « c'est cette solidarité qui, déterminant la nature première de la Communauté, constitue la raison d'être d'un système juridique nouveau », étant la solidarité le « fondement naturel de la Communauté ». Voy. aussi Marc Blanquet, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 155 et s. « Paradoxe ou provocation ? Présenter l'Union européenne en tant que système de solidarité peut surprendre tant elle apparaît, sur le plan politique et économique, comme véhiculant des valeurs foncièrement libérales de concurrence et de marché, c'est-à-dire des valeurs se situant à l'opposé d'une logique de solidarité. Et pourtant... En 2002, la Commission a osé proposer comme devise de l'Union européenne le triptyque 'Paix, Liberté, Solidarité', mais on est là, peut-être, dans la rhétorique et il est bon de faire plutôt un peu d'archéologie européenne : le 9 mai 1950, dans cette Déclaration d'où toute l'intégration communautaire est partie, Schuman a utilisé deux fois le terme 'solidarité'. Passons sur la 'solidarité de production' de charbon et d'acier entre la France et l'Allemagne, encore que ce soit là la première traduction d'une 'mise en commun' qui est vraiment à la base de l'intégration... communautaire. Mais la phrase la plus significative du processus même d'intégration n'est-elle pas : 'L'Europe se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait'... On l'ignore parfois, mais la formule a été inscrite aussi dans le Préambule du traité CECA, ce qui en a fait, un temps, du droit positif ». Voy. également Commission européenne, Communication *Pour l'Union européenne, Paix, Liberté, Solidarité*, COM(2002) 728, 04 décembre 2002. Voy. aussi Jean-Claude Masclat, « Préface », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 1. « La notion de solidarité occupe une place centrale dans la dynamique de l'Union européenne. On peut s'étonner qu'aucun ouvrage ne lui ait été spécifiquement consacré. Cette situation tient sans doute à la complexité de cette notion, qui se laisse difficilement appréhender par le droit ». Dans le même ouvrage, voy. aussi Anne Levade, « La valeur constitutionnelle du principe de solidarité », pp. 41-44. « Que la solidarité ait été l'objectif initial et, par-là même, 'constituant' du projet européen n'est guère contestable ; c'est sans doute ce qui explique qu'il fût expressément visé lorsque fut engagé le processus de 'constitutionnalisation' de l'Union ». « L'ambition commune était claire : sauvegarder la paix mondiale en créant 'une Europe solidement unie et fortement charpentée'. L'idée n'était, en revanche, pas nouvelle sur un plan conceptuel ; elle irrigue et structure l'histoire de l'idée européenne et apparaît notamment comme le prolongement naturel de la doctrine du 'fédéralisme international' développée par Léon Bourgeois puis, dans l'entre-deux guerres, entre autres par Georges Scelle ». Même si « à peine » le terme solidarité était « évoqué dans le corps des traités originaires », l'auteur relève que, aujourd'hui, il est mentionné à « douze reprises » dans le droit de l'Union européenne voire « vingt » fois, selon Stéphane de La Rosa, « La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l'Union », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 166.

¹⁶⁴⁰ Tribunal de première instance (TPI) de l'Union Européenne, 15 septembre 1998, *BFM*, aff. T-126 et 127/96, Rec. II-3437 ; Stéphane de La Rosa, « La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l'Union », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 166, précisant que la solidarité en droit de l'Union est « [p]erçue à juste titre comme un principe fondateur, à savoir comme un principe politique qui irrigue un grand nombre d'actions et de politiques ».

¹⁶⁴¹ Anne Levade, « La valeur constitutionnelle du principe de solidarité », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 42, précisant que « la Cour de justice a depuis longtemps affirmé que le principe de solidarité avait pleine portée, considérant qu'il 'est à la base [des obligations des États] comme de l'ensemble du système communautaire' et qu'un 'manquement aux devoirs de solidarité acceptés par les États membres du fait de leur adhésion à la Communauté affecte jusqu'aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire'. Il ne fait donc aucun doute que le principe de solidarité a une place privilégiée au sein de la 'charte constitutionnelle de base qu'est le traité' et, ainsi, une valeur juridique supérieure que l'on peut, à ce titre, qualifier lato sensu de 'constitutionnelle' ». Voy. également Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration du millénaire*, 55ème session, A/RES/55/2, 2000. Pour l'UE, voy. l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE), version consolidée : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

¹⁶⁴² Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, pp. 5 et s.

¹⁶⁴³ Sur la base du Préambule de la Charte des droits fondamentaux – à laquelle on reconnaît la même valeur juridique que les traités conformément à l'article 6 du TUE – « l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État

aventureuse¹⁶⁴⁴ – comme « un carrefour de solidarités entre lesquelles le tri s'imposera »¹⁶⁴⁵. C'est dans ce cadre qu'une partie de la doctrine argue qu'il est désormais nécessaire que les institutions européennes et les autorités nationales fassent « non seulement [...] progresser l'exigence de solidarité, mais aussi d'en préserver l'acquis face à l'impératif économique de plus en plus prégnant. Tel est certainement l'un des défis qui se posent au droit de l'Union, aujourd'hui et demain »¹⁶⁴⁶.

Mais, en allant encore plus loin, une partie de la doctrine souligne que la même échelle internationale, qui repose elle-aussi sur une logique principale de libre-échange et de compétition, ne semble pas oublier totalement « le souci de promouvoir un minimum de solidarité entre les pays riches et industrialisés et les pays en développement »¹⁶⁴⁷. Cela se serait manifesté effectivement « assez tôt »¹⁶⁴⁸ avec l'établissement d'« une sorte de responsabilité d'assistance réciproque et d'entraide entre les membres de la société

de droit ». Voy. également Marc Blanquet, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 155 et s. Il s'agit d'une sorte de « 'fidélité communautaire', c'est-à-dire une conscience de tous les partenaires qu'ils sont réunis par un même lien ». Voy. aussi Jean-Claude Masclet, « Préface », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 2. « La Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas risquée à lui reconnaître la valeur d'un principe juridique, bien que le terme figure dans les traités. Elle n'y voit pas un principe général de droit communautaire dont le respect s'imposerait, notamment, aux institutions ». Voy. également Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 11, qui distingue entre la solidarité dans l'ordre institutionnel et la solidarité dans l'ordre matériel. « En examinant au plus près le déploiement de la notion de solidarité dans le champ institutionnel, il apparaît clairement que celle-ci revêt une fondamentalité en relief qui permet de constitutionnaliser le principe de solidarité et de le qualifier ainsi de principe constitutionnel. Certains auteurs soulignent, à raison, la constitutionnalité du principe et n'hésitent pas à lui octroyer un tel statut tant sur le plan formel que matériel, notamment au regard des politiques de redistribution. Une telle fondamentalité, source de constitutionnalité, s'explique par de nombreux facteurs que sont la transversalité du principe dans les dispositions fondamentales du droit primaire, originaire ou de révision (les Préambules, les dispositions liminaires et les dispositions institutionnelles), et sa forte prégnance dans le droit matériel, naturellement dans les politiques qui valorisent le rapport de proximité ou de cohésion ». Voy. également Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 12.

¹⁶⁴⁴ « La solidarité, pierre angulaire du système juridique de l'Union européenne. Une telle affirmation peut sembler provocatrice ou présomptueuse tant il est souvent – et à raison peut-être – fait grief à l'Union de s'éloigner des louables ambitions qui étaient les siennes dans les premières années de la construction européenne, à savoir œuvrer pour un resserrement des liens entre les peuples et la recherche de leur bien-être et prospérité, sans nécessairement s'arc-bouter sur les considérations économiques. Or, précisément, même si l'impression qui se dégage du processus d'intégration peut sembler aller à l'encontre de telles ambitions, en se penchant de manière attentive sur le droit qui soutient l'intégration européenne et surtout en observant son évolution, on s'aperçoit que la notion de solidarité est devenue, contre toute attente, non seulement un ressort essentiel dans l'action de l'Union mais aussi un principe immanent au droit de l'Union ». Voy. Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 5.

¹⁶⁴⁵ Marc Blanquet, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 155 et s.

¹⁶⁴⁶ Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 37 ; Stéphane de La Rosa, « La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l'Union », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 190. « Dans une Union hétérogène et pluraliste, les lieux de solidarité sont multiples. Nécessaire pour donner sens à des relations-solidarités, la reconnaissance de cette pluralité est impérative : elle suppose, pour les États comme pour les institutions, un déplacement des cadres de représentation ».

¹⁶⁴⁷ Jacques Poumarède, « Quelques gloses en forme de conclusion », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 365 et s.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*

internationale »¹⁶⁴⁹, ce qui renverrait à la notion de solidarité selon ses sens synallagmatique, coopératif et d'interdépendances mentionnés *supra*.

Sur cette base, on s'interroge dans la suite si la notion polysémique et à statut juridique principalement incertain de la solidarité peut trouver sa place aussi au sein des marchés publics.

Paragraphe 2 : Les marchés publics et la solidarité : une compatibilité envisageable ?

Construit principalement sur les obligations de mise en concurrence et de non-discrimination, le droit des marchés publics est particulièrement marqué, au niveau global, par une forte dimension concurrentielle. Si cette dimension concurrentielle est perçue, au sens général, comme se heurtant « naturellement à la notion de solidarité »¹⁶⁵⁰, on essaie de comprendre si cela vaut également dans les marchés publics. En particulier, on s'interroge sur le rôle que la solidarité peut potentiellement jouer dans les achats publics comme frein à la concurrence à tout prix (A), et par rapport à la mise en œuvre du développement durable à l'échelle mondiale (B), tout en sachant qu'il n'est cependant pas fréquent de voir associée le terme de *solidarité* au champ des marchés publics¹⁶⁵¹.

A : La confrontation entre la concurrence et la solidarité dans les marchés publics

Tout d'abord, il convient de préciser que l'utilisation dans la présente thèse du mot *concurrence* par rapport aux marchés publics ne vise pas à renvoyer aux interactions entre la « competition law » (droit de la concurrence) et le droit des marchés publics telles

¹⁶⁴⁹ Saïd Hamdouni, « Le système commercial multilatéral et la solidarité internationale », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 207 et s.

¹⁶⁵⁰ Pour paraphraser l'idée formulée par Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 24. « [L]es institutions [européennes] semblent parfois [...] valoriser le raisonnement porté par des logiques familières à l'économie et la concurrence. Le confinement du concept peut s'expliquer par les fortes visées économiques des traités fondateurs qui conduisent irrémédiablement l'Union à véhiculer une logique de performance articulée autour de mécanismes classiques d'émulation des comportements concurrentiels, notamment au moyen d'une surveillance institutionnelle sur le marché et, le cas échéant, le prononcé de sanctions ».

¹⁶⁵¹ Cela ne signifie pas que le sujet est totalement inconnu. Voy. par exemple Anniek de Ruijter, Roel Beetsma, Brian Burgoon, Francesco Nicoli, Frank Vandenbroucke, *Op. cit.*, disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=3578256>, liant le concept de solidarité et de « public procurement of vaccines at EU level that followed after the Swine Flu outbreak ». À ce sujet, il a été organisé un webinaire sur « EU solidarity in public procurement of medicines: a 5-countries randomized survey experiment », qui s'est déroulé le 26 mai 2020 avec l'intervention de Francesco Nicoli.

qu'examinées attentivement par une partie de la doctrine¹⁶⁵². En revanche, on entend se référer à la mise en concurrence de plusieurs opérateurs qui cherchent « à obtenir en même temps » quelque chose et, en l'occurrence, de remporter le marché¹⁶⁵³. La logique de la concurrence apparaît donc comme inhérente aux marchés publics et inspire « les

¹⁶⁵² Albert Sanchez-Graells, « Competition Law and Public Procurement », in JA Moreno Molina et E Diaz Bravo (dir.), *Contratación Pública Global: visiones comparadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, précisant le « need to tackle

anticompetitive practices (or bid rigging) in public tenders ». L'auteur examine l'« enforcement of antitrust prohibitions in the public procurement field is driving forward some developments, while creating distortions or deformations of pre-existing case law and core competition concepts in other areas ». En particulier, « the protection of the 'public mission' implicit in the public procurement activity led the Court of Justice of the European Union (CJEU) to deform the concept of undertaking in a way that can distort EU antitrust enforcement beyond public procurement markets. By engaging in an economically unsound analysis of the purchasing function and not giving proper relevance to the distortive effects that public procurement can have in competitive market dynamics, the CJEU abandoned its prior theory of divisibility of activities for the purposes of competition law enforcement ». En Europe, « The discussion in this section has shown how competition and public procurement law are well aligned regarding their common aim of fighting bid rigging or privately-created distortions of competition. The enforcement of the antitrust prohibition in Article 101(1) TFEU in a public procurement setting is particularly straightforward and competition authorities rank the persecution of bid rigging offences high in their enforcement agendas ». Mais, il importe de noter que « the CJEU has excluded the possibility of applying the 'core' antitrust prohibitions of Articles 101 and 102 TFEU to the public buyer ». Voy. aussi Albert Sanchez-Graells, *Op. cit.*, 2015, qui cherche à démontrer que l'activité de l'autorité contractante « is of an 'economic' nature and, hence, the public body [...] will be subject to the requirements and restrictions of 'antitrust' rules ». Sur le lien entre le droit de la concurrence et les « public services », voy. Tony Prosser, « EU competition law and public services », in Elias Mossialos (dir.), Govin Permanand (dir.), Rita Baeten (dir.), et Tamara K. Hervey (dir.), *Health Systems Governance in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 315-336. Voy. encore Audrey Maurel, « Un an de droit de la concurrence appliqué aux contrats publics », in *Contrats et Marchés publics* no. 7, juillet 2020, chron. 4, qui se focalise sur le rôle à la fois de l'« Autorité de la concurrence [...] dans la qualification et la sanction des pratiques anticoncurrentielles » et du « juge administratif, [comme] protecteur de l'Administration victime de pratiques anticoncurrentielles », outre que sur la « [s]anction d'un barème de prix illégal pour la maîtrise d'œuvre publique » et des pratiques anticoncurrentielles. Pour ce qui concerne la crise sanitaire causée par le Covid-19, « la Commission européenne a précisé les conditions de validité d'un accord de coopération entre entreprises dans le secteur des médicaments à destination des hôpitaux. Rejoignant le communiqué de l'Autorité de la concurrence du 23 mars 2020 (Aut. conc., comm. 23 mars 2020, Le réseau européen de concurrence adresse un message aux entreprises sur les mesures qu'elles peuvent prendre face à l'épidémie du Covid-19), la Commission a rappelé à la fois, la nécessité pour les entreprises de prendre en compte les règles de concurrence, même pendant la période exceptionnelle de crise que nous vivons, et le fait que ces circonstances extraordinaires peuvent nécessiter que les entreprises coopèrent afin de garantir la production et la distribution équitable de produits de première nécessité à l'ensemble des consommateurs. Mais la ligne de partage entre coopération licite et accord anticoncurrentiel pouvant être subtile, la Commission a jugé nécessaire d'éclairer les entreprises sur les risques éventuels associés aux accords qu'elles envisagent. [...] La Commission a ainsi précisé qu'une attention particulière sera portée à toute pratique qui, au contraire, serait préjudiciable aux consommateurs, notamment si les entreprises cherchent à tirer avantage de la situation actuelle en concluant des ententes anticoncurrentielles ou en abusant de leur position dominante pour, par exemple, augmenter leurs prix. Cette vigilance s'est traduite de manière immédiate par les mesures prises au niveau national dans toute l'Union européenne. À titre d'exemple, les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence invitent toute personne qui estimerait qu'une pratique est susceptible d'être anticoncurrentielle à utiliser l'adresse dédiée pour la signaler. C'est ainsi que le 3 avril 2020, l'Autorité de concurrence hollandaise annonçait la clôture d'une enquête à l'encontre de Roche Diagnostics à la suite de la prise d'engagements de cette dernière en vue de garantir l'approvisionnement de test de dépistage du Covid-19 aux laboratoires et aux hôpitaux locaux. De même, le 6 avril 2020, l'Autorité de la concurrence française a clôturé une enquête ouverte relative à des pratiques d'importation exclusive dans le secteur du matériel médical à destination des hôpitaux en Guyane et Antilles française à la suite d'un signalement fait du 30 mars 2020 (Aut. conc., comm. 6 avr. 2020, Matériel d'assistance respiratoire en Guyane et aux Antilles françaises : clôture de l'enquête sur les importations exclusives) ». Voy. aussi Commission européenne, *Cadre temporaire pour l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles dans les coopérations mises en place entre des entreprises pour réagir aux situations d'urgence découlant de la pandémie actuelle de Covid-19*, COM (2020) 3200 final, 8 avril 2020.

¹⁶⁵³ Suivant la définition de LaRousse, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/comp%C3%A9tition/17653>.

rapports des principaux protagonistes que sont les opérateurs économiques »¹⁶⁵⁴ en termes d'ouverture et de non-discrimination.

Pour ce qui concerne la solidarité, la question de l'appartenance de cette notion aux marchés publics est bien plus compliquée. Prenons deux exemples, en particulier les exceptions à la règle de la mise en concurrence, et le traitement spécial et différencié (TSD) accordé par l'AMP de l'OMC.

Si la concurrence est la règle d'or des achats publics, il ne manque cependant pas un certain nombre d'exceptions, comme c'est le cas de la réservation des marchés publics ou de la promotion de certaines entreprises qui, si on suivait des conditions de concurrence ordinaire, auraient peu de chances d'accéder ou de remporter le marché. Il n'est donc pas rare qu'il puisse y avoir « une rupture du rapport d'égalité »¹⁶⁵⁵ entre les opérateurs économiques en faveur de certains parmi eux – bien évidemment sous des conditions spécifiques portées à la connaissance de toutes les parties intéressées.

Dans ce cadre, on pourrait se demander si c'est la concurrence même qui, à travers ses propres exceptions, « comprend [en soi], paradoxalement » des notions qui sont susceptibles « d'être assimilé[e]s à la notion de solidarité ou du moins qui suggèrent des éléments de solidarité »¹⁶⁵⁶. Pour certains auteurs, la concurrence « participe [en fait] d'une lecture darwinienne de l'économie [...car elle] permet une sélection 'naturelle' parmi les agents où les meilleurs gagnent et les perdants sont éliminés ou réduits »¹⁶⁵⁷, alors que la solidarité en constituerait un frein, un rééquilibrage, une sorte de limite « au dogmatisme du marché »¹⁶⁵⁸.

La question de savoir si cette dynamique est applicable ainsi aux marchés publics ne trouve cependant pas de réponses immédiates. La même doctrine ne semble pas prendre en compte la solidarité à ce niveau. Tout au plus, elle se limite généralement à

¹⁶⁵⁴ Chahira Boutayeb, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 26.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 26.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 26.

¹⁶⁵⁷ Frédéric Allemand, *La compétitivité européenne : compétition, coopération, solidarité*, présenté lors du Séminaire international « La compétitivité européenne : regards croisés », Luxembourg, 29-30 mars 2017.

¹⁶⁵⁸ Maryvonne Hecquard-Théron, « Du sens du terme dans les textes juridiques », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 227 et s. « L'essor de la croyance dans les vertus du marché conjuguée au développement d'une économie globalisée a entraîné une perte de confiance dans l'Etat, une dégradation incontestable de son image et un repli individualiste. Pour autant, les limites du 'dogmatisme du marché' sont apparues avec le développement de la crise économique et l'aggravation corrélative de la situation sociale (apparition par exemple des travailleurs pauvres, augmentation du nombre des sans abri). L'Etat a donc dû repenser son action. L'Etat-Providence avait vécu, mais l'Etat minimaliste peut-être aussi. C'est donc au nom de la solidarité que l'Etat envisage, à partir de 1981 la prise en charge des risques sociaux et plus largement son rôle vis-à-vis de la société civile ».

justifier la règle de la mise en concurrence par des raisons principalement d'efficacité économique¹⁶⁵⁹, alors que les relatives dérogations se fondent sur des motifs comprenant, pour n'en citer que quelques-uns, la situation d'urgence, le *statu quo* (par exemple, le monopole) ou, encore, la politique industrielle (par exemple, la promotion des entreprises domestiques).

Pour ce qui concerne l'AMP de l'OMC, on observe que cet accord prévoit expressément, à côté de l'ouverture à la concurrence, que « les Parties accorderont un traitement spécial et différencié [TSD] aux pays les moins avancés ; et à tout autre pays en développement [PVD], dans les cas et dans la mesure où ce traitement spécial et différencié répond à ses besoins en termes de développement »¹⁶⁶⁰. Il en résulte que des dérogations en faveur des PMA et des PVD peuvent être négociées dans l'objectif de permettre à ces derniers et, à leurs propres opérateurs économiques, de « bénéficier d'attentions et de mesures préférentielles »¹⁶⁶¹.

Dans ce cadre, on pourrait s'interroger si cela constitue (ou, peut renvoyer à) une sorte de solidarité « commerciale »¹⁶⁶² ou plutôt « correctrice »¹⁶⁶³, capable de trouver un compromis, « un difficile équilibre » entre l'équité comme suppression des barrières au commerce et l'équité comme promotion des moins privilégiés. La première approche serait conforme à la logique non-discriminatoire inspirée à une égalité plutôt formelle, alors que la deuxième constituerait une dérogation de ladite logique s'appuyant sur une « inégalité compensatrice [qui] se présente dès lors comme un baromètre de la solidarité »¹⁶⁶⁴. Si pour certains cette solidarité aurait un caractère plutôt illusoire¹⁶⁶⁵,

¹⁶⁵⁹ Voy. chapitre 1, titre 1 de la deuxième Partie.

¹⁶⁶⁰ Art. 5 de l'AMP de l'OMC.

¹⁶⁶¹ Saïd Hamdouni, « Le système commercial multilatéral et la solidarité internationale », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 207 et s. ; Sue Arrowsmith (dir.) et Robert D. Anderson (dir.), *Op. cit.*, 2011.

¹⁶⁶² Saïd Hamdouni, « Le système commercial multilatéral et la solidarité internationale », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 207 et s.

¹⁶⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁶⁴ *Ibid.* L'auteur rappelle que l'inégalité compensatrice représente « le pilier central du droit international du développement ».

¹⁶⁶⁵ « Par définition l'illusion est une erreur de perception causée par une fausse apparence. En ce sens, l'illusion de la solidarité du SCM [système commercial multilatéral] est à rechercher d'une part dans la fausse apparence du Traitement spécial et différencié, longtemps exhibé comme l'étendard de la solidarité avec les plus démunis et d'autre part, dans l'incertain avenir de la solidarité à l'aune du phénomène de la mondialisation ». Voy. entre autres Saïd Hamdouni, « Le système commercial multilatéral et la solidarité internationale », in Maryvonne Hecquard-Théron (dir.), *Op. cit.*, pp. 207 et s. L'illusion résiderait dans le fait que « le Traitement préférentiel s'apparente plus à un régime de dérogation qu'à autre chose. [...] À terme, tous les États seront assujettis aux mêmes règles et principes régissant le commerce multilatéral. Plus encore, avec l'avènement du processus de la mondialisation, tous les États devront ne pas porter atteinte à l'uniformisation des règles du commerce multilatéral tendant vers une libéralisation sans exception de tous les secteurs ». En outre, une telle préférence « ne prévoit aucune obligation juridiquement contraignante pour les pays donateurs. Le style avec lequel est rédigée cette clause est indicatif et non impératif... 'Les pays développés peuvent accorder des préférences commerciales aux pays en développement'... En conséquence, les États ne sont pas

force est de constater qu'aucune mention spécifique à la notion de solidarité n'est faite au sein de l'AMP de l'OMC.

En dépit des difficultés à situer la solidarité dans les achats publics, il ne semble cependant pas hasardeux de soutenir que la dialectique entre la concurrence et la solidarité constitue un sujet qui n'est pas totalement ignoré par le droit des marchés publics.

En particulier, on peut prendre l'exemple du *Joint Procurement Agreement* – JPA (*Accord de passation conjointe*), sur lequel on va aussi revenir *infra*¹⁶⁶⁶. Signé le 10 avril 2014 au niveau européen, le JPA établit les procédures pour la passation conjointe des marchés de vaccins pandémiques et d'autres contre-mesures médicales, que les États adhérent peuvent acquérir « conjointement et non plus individuellement »¹⁶⁶⁷. L'objectif de cet instrument juridique n'est pas seulement d'assurer une égalité d'accès aux dits vaccins et contre-mesures médicales et d'en garantir des prix équilibrés, mais aussi d'encourager un niveau élevé de solidarité entre les États membres, ces derniers étant appelés à partager une disponibilité limitée des vaccins dans le cas de survenance d'une pandémie.

B : La solidarité comme facteur de mise en œuvre du développement durable au niveau global : quelle place dans les marchés publics ?

Certaines questions sociales – tout comme une bonne partie des problèmes environnementaux – non seulement « ignorent les frontières politiques tracées par l'homme »¹⁶⁶⁸, produisant des effets à plusieurs niveaux, mais ils se manifestent aussi sur les diverses échelles temporelles, tant sur le court (voire très court) terme que sur le long (voire très long) terme¹⁶⁶⁹. En ce sens, on peut arguer que face à certaines problématiques

juridiquement tenus de le faire. De plus, il s'agit d'offres unilatérales et discrétionnaires qui laissent une liberté totale pour le donateur d'établir à sa convenance la liste des pays bénéficiaires ».

¹⁶⁶⁶ Voy. paragraphe 2 du chapitre 2 du présent titre.

¹⁶⁶⁷ Le mécanisme de l'accord de passation conjointe de marchés « permet à n'importe quel État membre de proposer à d'autres États membres d'acheter ensemble des contre-mesures médicales ». Voy. Rozen Noguellou, « Santé publique : l'achat groupé de vaccins et de médicaments devient une réalité dans l'Union européenne », in *Droit Administratif*, no. 6, juin 2014, alerte 48.

¹⁶⁶⁸ « L'environnement constitue, en effet, un domaine qui impose de fait un ensemble de solidarité. [...] La solidarité environnementale, concept émergeant, est devenue ainsi une nécessité entraînant des réponses adaptées à ces problèmes ». Voy. Marta Torre-Schaub, « La solidarité environnementale en droit communautaire », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 340. Voy. aussi Jean-Marc Lavieille (dir.), Julien Bétaille (dir.) et Michel Prieur (dir.), *Op. cit.*, p. 10 (Préface).

¹⁶⁶⁹ Commission européenne, « Strategic public procurement : facilitating green, inclusive and innovative growth », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 219.

socio-environnementales, il est nécessaire de trouver « des réponses en termes de solidarité »¹⁶⁷⁰ qui puissent tenir compte des différents effets spatiaux et temporels¹⁶⁷¹. La mise en œuvre du développement durable à l'échelle mondiale semble donc appeler à une solidarité spatio-temporelle s'appuyant sur une idée de « coopération »¹⁶⁷² sans frontières géographiques, qui renvoie à la dimension à la fois « transpatiale »¹⁶⁷³ et intergénérationnelle du développement durable.

Dans les marchés publics la question est de savoir si une telle solidarité spatio-temporelle peut se voir reconnaître de la place. Pour répondre à cette question, il apparaît opportun de revenir sur les dimensions *transpatiale* et *intergénérationnelle* du développement durable telles que prises en compte dans les achats publics durables.

Partons de la première dimension, que l'on peut appeler *transpatiale* ou *intragénérationnelle*, selon laquelle il y aurait des effets se produisant « in space » (dans l'espace)¹⁶⁷⁴ entre générations cohabitantes dans le présent, que les autorités contractantes semblent ne plus pouvoir négliger. Toutefois, la prise en compte des défis socio-environnementaux ultra-étatiques ou globaux pose « le difficile problème de penser global »¹⁶⁷⁵ pour les autorités contractantes. Ces dernières sont, en fait, généralement prédisposées à s'intéresser, en premier lieu, au territoire dans lequel elles exercent leurs activités, selon une dynamique entre le local et le global souvent présentée dans des termes nécessairement contradictoires.

¹⁶⁷⁰ « L'environnement constitue, en effet, un domaine qui impose de fait un ensemble de solidarité. [...] La solidarité environnementale, concept émergeant, est devenue ainsi une nécessité entraînant des réponses adaptées à ces problèmes ». Voy. Marta Torre-Schaub, « La solidarité environnementale en droit communautaire », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 340.

¹⁶⁷¹ Marta Torre-Schaub, « La solidarité environnementale en droit communautaire », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 340.

¹⁶⁷² Voy. entre autre le considérant no. 73 de la directive 2014/24/UE. Afin « d'accroître les avantages pouvant être retirés du marché intérieur en ouvrant des perspectives commerciales transnationales aux fournisseurs et aux prestataires de services », la coopération entre pouvoir adjudicateur est souhaitée.

¹⁶⁷³ René-Jean Dupuy, *Op. cit.*, 1984, p. 199 et pp. 201-202.

¹⁶⁷⁴ Tim Stoffel, Carol Cravero, Annamaria La Chimia, Geo Quinot, *Op. cit.*, p. 7. « [T]he horizontal line between different generations, which coexist at the same time up and down national barriers, crosses the vertical line between the present and the future ».

¹⁶⁷⁵ Edgar Morin, « Au-delà du réductionnisme et du holisme : la complexité du global », in Michel Wieviorka (dir.), Laurent Lévi-Strauss (dir.) et Gwenaëlle Lieppe (dir.), *Op. cit.*, pp. 441-447. « Le problème de penser global est multiple et est devenu absolument fondamental. Penser global est nécessaire pour penser notre monde ». Albert Sanchez-Graells, *Op. cit.*, no. 1, 2016. L'auteur se réfère plutôt au niveau européen (en particulier, au « single market integration and upgrading »), en précisant que « getting public buyers to think 'Europe' rather than 'local' » doit se comprendre en vertu de l'agenda européenne visant au développement du marché intérieur. Mais la phrase renvoie au bien connu motto « Think globally, act locally ». Sur cela, voy. aussi le néologisme « glocal » qui dérive des termes « glo(bal) » et « (lo)cal ».

Si « [p]enser global est une aventure extrêmement difficile »¹⁶⁷⁶ qui se concilie mal avec le *penser local*, c'est encore plus vrai si on considère la dimension *intergénérationnelle* du développement durable, dont les effets se manifestent « in time » (dans le temps)¹⁶⁷⁷ en liant, en quelque sorte, l'actuel et le futur¹⁶⁷⁸.

En ce sens, demander aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte les effets que leurs achats peuvent avoir sur les générations futures pose davantage des questions de nature juridique par rapport à l'« extension inédite de la matrice temporelle du droit vers l'avenir »¹⁶⁷⁹. Si la notion de générations futures constitue à la fois « la raison d'être et la finalité »¹⁶⁸⁰ du développement durable, cela nécessite cependant de « mobiliser l'imaginaire juridique »¹⁶⁸¹, car il apparaît particulièrement « difficile » d'encadrer une telle notion « au sein de bordures clairement délimitées comme le requiert l'orthodoxie juridique classique »¹⁶⁸². Face à des enjeux qui ne se limitent pas seulement au temps présent¹⁶⁸³ « l'objectif de protection de l'avenir » constituerait donc, selon une partie de la doctrine, « un nouvel impératif juridique »¹⁶⁸⁴.

Bien que l'anticipation « tant [...]des dommages futurs [...] que [...]des risques d'atteintes transgénérationnelles »¹⁶⁸⁵ continue à susciter un certain nombre de doutes, le

¹⁶⁷⁶ Edgar Morin, « Au-delà du réductionnisme et du holisme : la complexité du global », in Michel Wieviorka (dir.), Laurent Lévi-Strauss (dir.) et Gwenaëlle Lieppe (dir.), *Op. cit.*, pp. 441-447.

¹⁶⁷⁷ Tim Stoffel, Carol Cravero, Annamaria La Chimia, Geo Quinot, *Op. cit.*, p. 7. « [T]he horizontal line between different generations, which coexist at the same time up and down national barriers, crosses the vertical line between the present and the future ». Les effets intergénérationnelles sont reconnus ainsi au niveau de l'action publique en matière de développement durable, voy. par exemple, OCDE, *Policy Coherence for Sustainable Development. Towards Sustainable and Resilient Societies*, Paris, OECD Publishing, 2018.

¹⁶⁷⁸ Voy., entre autres, Nicolas Gardères, « Écologie de l'achat publics », in *Revue des Juristes de Sciences Po*, no. 1, 2009, p. 20, qui reconnaît que la protection de l'environnement implique de prendre en compte le « long terme, [les] générations futures », ce qui s'oppose dans les marchés publics au « profit caractéristique de l'économie de marché ».

¹⁶⁷⁹ Emilie Gaillard, « Développement durable et droits de l'homme. Vers la reconnaissance de droits de l'homme des générations futures ? », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, pp. 400-401. Pour ce qui concerne le droit international public et, en particulier, dans le champ environnemental, voy. Sandrine Maljean-Dubois, « La 'fabrication' du droit international au défi de la protection de l'environnement. Rapport général sur le thème de la première demi-journée », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2010, p. 19. « Les règles du droit international de l'environnement entretiennent avec le temps un rapport particulier. [...] Ses temporalités sont celles de l'accélération, de l'évolution, voire de l'anticipation ».

¹⁶⁸⁰ Emilie Gaillard, « Développement durable et droits de l'homme. Vers la reconnaissance de droits de l'homme des générations futures ? », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 401.

¹⁶⁸¹ Mireille Delmas-Marty, « Propos conclusifs sur les catastrophes écologiques et le droit : contradiction ou innovation », in Jean-Marc Lavieille (dir.), Julien Bétaille (dir.) et Michel Prieur (dir.), *Op. cit.*, pp. 575 et s.

¹⁶⁸² Emilie Gaillard, « Développement durable et droits de l'homme. Vers la reconnaissance de droits de l'homme des générations futures ? », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 401.

¹⁶⁸³ Cela serait le « seul moyen de préserver l'espérance d'un monde habitable ». Mireille Delmas-Marty, « Propos conclusifs sur les catastrophes écologiques et le droit : contradiction ou innovation », in Jean-Marc Lavieille (dir.), Julien Bétaille (dir.) et Michel Prieur (dir.), *Op. cit.*, pp. 575 et s. ; Commission européenne, « Strategic public procurement : facilitating green, inclusive and innovative growth », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, p. 219.

¹⁶⁸⁴ Emilie Gaillard, « Développement durable et droits de l'homme. Vers la reconnaissance de droits de l'homme des générations futures ? », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2015, p. 401.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 401.

futur n'est pas totalement négligé dans les marchés publics tant en général qu'à l'intersection avec le développement durable.

Par exemple, on observe que le droit des marchés publics permet l'acquisition de biens non seulement pour « a more immediate need » (un besoin immédiat), mais aussi pour « a future need » (un besoin futur)¹⁶⁸⁶. La même analyse du coût de cycle de vie semble se baser sur une sorte de « forecast of the future » (pronostic de l'avenir)¹⁶⁸⁷, compte tenu qu'elle « discount[s...] future costs [and externalities] to net present value » (escompte les coûts futurs [et les externalités] à la valeur nette présente)¹⁶⁸⁸. Par ailleurs, il semble que prévoir tous les coûts (et/ou les bénéfices) qui sont liés à un marché public et qui potentiellement impactent le futur signifie marcher sur le terrain instable de l'incertain et de ce qui n'est pas encore découvert : si certains risques, coûts et bénéfices comportent un certain niveau d'imprévisibilité¹⁶⁸⁹, d'autres se comprennent seulement à l'aide des évolutions scientifiques¹⁶⁹⁰. Plus encore, on peut considérer l'exemple d'« un marché de travaux publics qui entend prendre en compte le développement durable », cela « conduira les commanditaires à envisager l'entretien futur du bâtiment et ses coûts de fonctionnement », ce qui induira les soumissionnaires à ne pas « se contenter d'un ouvrage qui tienne le temps de sa garantie décennale » tout en donnant « des garanties sur la pérennité de l'ouvrage »¹⁶⁹¹. En outre, en aval des contrats de marchés publics, il peut être aussi nécessaire de « remettre en l'état en répondant à des normes écologiques » : si, par exemple, durant le contrat des normes peuvent imposer une certaine qualité de l'eau

¹⁶⁸⁶ Justin B. Kaufman, « Cooperative Purchasing: A US Perspective », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 85. « A procurement office may solicit for supplies, knowing the typical need and identifying a date range for ordering and delivery for what is, at the time of contract award, a still indefinite quantity of supplies. These are known as 'framework agreements' or 'catalogue contracts' internationally. The U.S. federal government refers to these as indefinite delivery/indefinite quantity (IDIQ) contracts. In this instance, the procuring entity may not know the quantity of goods or service that it may need, or when they are likely to be needed, nonetheless, it establishes a master contract to ensure the availability of a contracting vehicle for purchase once the need is identified ».

¹⁶⁸⁷ Jason J. Czarnezki et Steven Van Garsse, « What is life-cycle costing ? », in Marta Andhov (dir.), Roberto Caranta (dir.) et Anja Wiesbrock (dir.), *Cost and EU public procurement law. Life cycle costing for sustainability*, Londres et New York, Routledge, 2020, p. 7.

¹⁶⁸⁸ Anthony Higham, Christopher Fortune, Howard James, « Life cycle costing : evaluating its use in UK practice », in *Structural Survey*, vol. 33 no. 1, 2015, pp. 73-87 ; Jason J. Czarnezki et Steven Van Garsse, « What is life-cycle costing ? », in Marta Andhov (dir.), Roberto Caranta (dir.) et Anja Wiesbrock (dir.), *Cost and EU public procurement law. Life cycle costing for sustainability*, Londres et New York, Routledge, 2020, p. 7.

¹⁶⁸⁹ « Assessing these costs inevitably includes an element of unpredictability ». Sur ce point, voy. Jason J. Czarnezki et Steven Van Garsse, « What is life-cycle costing ? », in Marta Andhov (dir.), Roberto Caranta (dir.) et Anja Wiesbrock (dir.), *Cost and EU public procurement law. Life cycle costing for sustainability*, Londres et New York, Routledge, 2020, pp. 3-17.

¹⁶⁹⁰ Entre autres, voy. Mohammed Kishk, « Combining various facets of uncertainty in whole-life cost modelling », in *Construction Management and Economics*, vol. 22, no. 4, 2004, pp. 429-435.

¹⁶⁹¹ Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, pp. 611-612.

pour les rejets dans la nature, « à la fin du contrat, [on peut penser] aux normes de remise en l'état de sites après une activité polluante comme l'enfouissement de déchets »¹⁶⁹².

On observe aussi que le *temps* du développement durable « à moyen et surtout long et très long terme, n'est pas celui de l'économie, bien plus intéressée par le court voire très court terme »¹⁶⁹³. Il est donc important d'« arbitrer »¹⁶⁹⁴ entre i) l'exigence de minimisation du coût du marché dans le court terme ; et ii) la maximisation du bien-être global¹⁶⁹⁵ dans des termes écologiques et sociaux, tout en minimisant « l'impact environnemental [et social] des biens » sur le long terme¹⁶⁹⁶, car il existe des liens entre les actions menées dans le présent et les effets qui peuvent se déployer dans l'avenir par rapport à des générations futures.

Si les marchés publics peuvent présenter, à la jonction avec le développement durable, une dimension à la fois *transpatiale* (allant au-delà de la seule échelle locale ou nationale) et potentiellement *intergénérationnelle* (prenant en compte le très long terme), la coexistence de ces deux dimensions ne permet cependant pas d'argumenter en faveur de la présence automatique du caractère *solidaire* des achats publics durables. En fait, suggérer l'existence de la notion de solidarité dans les APD pose de nombreux problèmes, compte tenu du fait que les pouvoirs adjudicateurs sont pour la plupart animés par des motifs économiques dans l'exercice de leur activité. Même là où ils sont confrontés à des problèmes socio-environnementaux qui sont « à la fois globaux et locaux »¹⁶⁹⁷ et dont les effets peuvent se produire sur le long voire le très long terme, leurs choix ne peuvent pas faire abstraction des facteurs de nature économique, tout en suivant leurs propres intérêts et logiques de rentabilité. Cela vaut également lorsque les acheteurs publics sont encouragés à coopérer entre eux pour prendre des décisions allant au-delà des frontières géographiques et dont les impacts ne sont pas toujours immédiats. C'est le cas par

¹⁶⁹² *Ibid.*

¹⁶⁹³ Habib Gherari, « Accords commerciaux régionaux et protection de l'environnement », in S.F.D.I., *Op. cit.*, 2010, p. 354.

¹⁶⁹⁴ Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, disponible en ligne : ffhalshs-00673124, p. 10 ; Rajesh Kumar Shakya, « Green Public Procurement Implementation Framework: Strategies for Environmental Sustainability », in Rajesh Kumar Shakya (dir.), *Green Public Procurement Strategies for Environmental Sustainability*, IGI Global, 2019.

¹⁶⁹⁵ Frédéric Marty, *Op. cit.*, 2012, disponible en ligne : ffhalshs-00673124, pp. 10 et s. « Des règles d'achat public plus vert peuvent aller à l'encontre de l'objectif de minimisation des coûts de l'achat public, objectif d'autant plus important que les ressources publiques sont rares et coûteuses ».

¹⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 10 ; Rajesh Kumar Shakya, « Green Public Procurement Implementation Framework: Strategies for Environmental Sustainability », in Rajesh Kumar Shakya (dir.), *Green Public Procurement Strategies for Environmental Sustainability*, IGI Global, 2019, qui mentionne la nécessité d'un « balance between cost-effectiveness and sustainable development. The public fund should be used responsibly to uplift the health, environment, and social life. At the same time, the goods, services, and works procured by the government must achieve value for money ».

¹⁶⁹⁷ Jacques Theys, *Op. cit.*, 2002, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/1475>.

exemple de la passation conjointe de marchés publics à caractère transnational¹⁶⁹⁸ – sur laquelle on va revenir dans le prochain chapitre – qui montre un certain potentiel inexploité dans la poursuite du développement durable, tout en restant difficile d'en déduire un caractère toujours solidaire.

Conclusion

Si on adopte une perspective globale, l'analyse des marchés publics ne peut pas se limiter au seul droit national, mais elle doit se référer à un « espace juridique [plutôt] global »¹⁶⁹⁹ qui est fait d'interconnexions entre échelles spatiales et prolifération de normes et de régulateurs. Cet espace juridique global se caractérise par une certaine « perméabilité » entre les différents espaces normatifs¹⁷⁰⁰ et une logique prédominante d'ouverture à la concurrence.

Cette dernière représente le trait caractéristique du droit des marchés publics au niveau global, même si avec des coups de frein et des dérapages. Toutefois, en dépit de la logique principalement économique et concurrentielle de l'achat public, il est possible de soutenir que la concurrence, vers laquelle les espaces juridiques semblent converger, rencontre des limites. Certaines de celles-ci trouvent leurs racines dans un esprit de solidarité. Si cette dernière notion reste souvent marginale dans les marchés publics, l'exemple du *Joint Procurement Agreement* (JPA) – sur lequel on va aussi revenir *infra*¹⁷⁰¹ – démontre, en revanche, qu'elle n'est pas totalement méconnue : en cas de survenance d'une pandémie, les États membres sont appelés à un niveau élevé de solidarité dans leurs approvisionnements. Dans ce cas, la solidarité constitue une sorte de dérogation à la logique concurrentielle à tout prix.

De la même manière, la solidarité pourrait favoriser la mise en œuvre du développement durable au niveau global. En fait, certaines problématiques socio-environnementales produisent des effets supranationaux qui appellent « des réponses en termes de solidarité »¹⁷⁰² et d'une « coopération »¹⁷⁰³ sans frontières géographiques.

¹⁶⁹⁸ Condisidérant no. 73 de la directive 2014/24/UE.

¹⁶⁹⁹ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 135.

¹⁷⁰⁰ Mireille Delmas-Marty, *Op. cit.*, pp. 40, 169..

¹⁷⁰¹ Voy. paragraphe 2, section 2, chapitre 2, titre 2 de la partie deuxième.

¹⁷⁰² Marta Torre-Schaub, « La solidarité environnementale en droit communautaire », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 340.

¹⁷⁰³ Voy. entre autre le considérant no. 73 de la directive 2014/24/UE.

Toutefois, une telle logique n'est pas aisément transposable dans les marchés publics, car les pouvoirs adjudicateurs semblent être animés par des motifs principalement économiques – plutôt que solidaires –, même lorsqu'ils décident de coopérer entre eux.

Somme toute, alors que les objectifs de l'ouverture à la concurrence et de l'efficacité économique semblent prédominer même au niveau global, le caractère solidaire des achats publics durables n'est pas totalement à exclure même s'il reste difficile à reconnaître pleinement.

CHAPITRE 2.

LA CONNOTATION « GLOCALE » DU DÉVELOPPEMENT DURABLE ET LA COOPÉRATION ENTRE ACHETEURS PUBLICS. DES VILLES INTELLIGENTES À LA SURVENUE DE LA PANDÉMIE DE COVID-19

Dans le chapitre qui précède, le droit des marchés publics a été situé dans une perspective globale. Cela a permis d'en souligner le trait caractéristique axé principalement sur la concurrence, avec en filigrane la question d'identifier les nuances possibles de solidarité.

Bien que l'expression de « l'espace juridique global » soit en apparence susceptible de porter à des confusions, elle renvoie à une dimension intersystémique¹⁷⁰⁴ qui va au-delà de la logique traditionnelle et simpliste opposant le global au local. En adoptant l'image du rhizome ou du réseau, les divers niveaux – allant du national au supranational, international et transnational¹⁷⁰⁵ – apparaissent interconnectés plutôt que séparés voire nettement opposés.

C'est d'autant plus vrai lorsqu'on prend en compte le développement durable avec les effets qu'il peut produire dans l'espace simultanément ou à des moments différents. Sur cette base, on peut se demander si et jusqu'à quel point il serait opportun de considérer la notion de développement durable comme n'étant ni globale ni locale mais plutôt « globale ». Traduction du néologisme anglais formé par le mot-valise « globalisation » et « localisation » (qui trouve, à son tour, ses origines dans le mot japonais *Dochakuka*), le terme « glocal » est utilisé dans la présente thèse pour souligner la compénétration entre le global et le local. Central pour comprendre le concept « glocal », le mot « synergie » a son point de départ dans les interconnexions existantes entre le global et le local, tout en sous-entendant à l'idée de la coopération. En particulier, selon sa définition venant du grec ancien, la *synergie* indique l'action dont l'effet cumulatif des composantes est supérieur à leurs sommes individuelles. De ce fait, l'action en synergie ne donne pas les mêmes résultats que les actions prises séparément et puis sommées : elle apporte, en

¹⁷⁰⁴ Jean-Bernard Auby, *Op. cit.*, 2010, p. 135 ; Ricardo Sanchez et Daniel Engel, « The role of regional multilateral development banks in the internationalization of public contracts », in Mathias Audit (dir.) et Stéphan W. Schill (dir.) *Op. cit.*, p. 664. Les auteurs remarquent que les Banques Multilatérales de Développement Régionales et les Etats emprunteurs agissent dans un environnement juridique qui peut être défini comme « the global legal space ».

¹⁷⁰⁵ Jean-Bernard Auby, « Préface », in Mathias Audit (dir.) et Stephan W. Schill (dir.), *Op. cit.* ; Hilde Caroli Casavola, « Public Procurement and Globalization », in *Ius Publicum Network Review*, no. 3/4, 2013 ; Joshua I. Schwartz, « On Globalization and Government Procurement », in Sue Arrowsmith (dir.) et Martin Trybus (dir.), *Public Procurement. The Continuing Revolution*, La Haye, Kluwer Law International, 2003.

revanche, de la valeur ajoutée. En d'autres termes, la synergie entre les niveaux implique une « mise en commun » d'actions, moyens, systèmes, méthodes¹⁷⁰⁶ qui se renforcent entre eux, concourent à une dynamique et aboutissent à un objectif unique : celui de l'atteinte du développement durable, dans le cas faisant l'objet de la présente thèse.

Si le recours au terme « glocal » – même si inusuel – ne semble pas poser des problèmes pour la notion de développement durable en général, la question est celle de savoir s'il peut avoir des implications pour les achats publics durables.

À cet égard, il est possible d'analyser si la coopération entre les acheteurs publics peut être ancrée dans la dimension « globale » du développement durable, au-delà de la poursuite de la finalité principalement économique ou de l'existence d'un esprit solidaire – ce dernier ne trouvant pas facilement de fondement dans les marchés publics (même s'il n'est pas totalement à exclure, comme dans le cas du JPA¹⁷⁰⁷). À la lumière des impacts socio-environnementaux se produisant non seulement à l'intérieur d'un État mais de manière désormais transfrontalière, une coopération étendue entre les acheteurs publics pourrait permettre à ces derniers de partager des informations clés et de prendre, au-delà de toute compétition, des décisions coordonnées ou communes (Section 1). Dans ce cadre, la passation conjointe de marchés publics peut jouer un rôle important pour la poursuite du développement durable tout comme en cas de survenance de crises socio-environnementales. Ce que la pandémie de Covid-19 semble avoir, par ailleurs, confirmé (Section 2).

Section 1 : Les marchés publics durables entre le « glocal » et la coopération

Si la notion de développement durable peut être comprise dans son extension « globale » au sens de synergie entre les échelles spatiales allant du local au global et vice-versa (paragraphe 1), l'intégration de cette notion dans les marchés publics permet de prendre en compte l'idée de la coopération entre les pouvoirs publics comme étant une des réponses possibles face à des enjeux socio-environnementaux ayant de plus en plus une envergure transversale. Compte tenu des interdépendances entre les niveaux, la

¹⁷⁰⁶ Partiellement tiré de la définition de Larousse (en ligne).

¹⁷⁰⁷ Voy. paragraphe 2, section 2, chapitre 2, titre 2 de la partie deuxième.

coopération permettrait de donner une réponse coordonnée, concertée voire même conjointe (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'extension « globale » du développement durable comme synergie entre les échelles spatiales

Avant de se pencher sur les achats publics durables, il est possible de s'interroger si le développement durable ne devrait pas nécessiter une analyse allant au-delà de la logique d'opposition entre les niveaux *global* et *local*, tout en mettant plutôt en avant les interdépendances entre eux (A). La prise en compte des dites interdépendances permet aussi de mieux comprendre les crises socio-environnementales, qui sont plus que jamais d'actualité (B).

A : De la logique de l'opposition à celle de l'interdépendance entre le global et le local

Le *global* et le *local* sont souvent perçus comme étant difficilement conciliables entre eux, surtout lorsqu'on prend en compte le développement durable avec ses multiples volets.

Par exemple, certains défis socio-environnementaux ont une portée potentiellement globale¹⁷⁰⁸, tout en présentant cependant une « fragmentation territoriale de la compétence réglementaire [qui] se heurte au caractère transnational des problèmes à régler »¹⁷⁰⁹. On assiste, en ce sens, à un potentiel « décalage entre l'espace des problèmes et l'espace des réponses »¹⁷¹⁰, pouvant être le premier global et le deuxième plutôt local. Dans d'autres cas, il est possible de constater que l'espace des problèmes peut avoir un ancrage local différent (en raison, par exemple, des spécificités territoriales¹⁷¹¹), alors que l'espace des réponses peut être supra-, trans- et inter- national¹⁷¹², ce qui nécessite une adaptation spécifique au contexte géographique en question. Sans oublier qu'il existe

¹⁷⁰⁸ Comme c'est le cas par exemple du passage « des pollutions localisées aux pollutions transfrontières ».

¹⁷⁰⁹ Marta Torre-Schaub, « La solidarité environnementale en droit communautaire », in Chahira Boutayeb (dir.), *Op. cit.*, 2011, p. 340.

¹⁷¹⁰ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuindeau, *Op. cit.*, 2002.

¹⁷¹¹ À titre illustratif, la pollution atmosphérique (particules PM10, particules PM2.5, dioxyde d'azote, ozone et dioxyde de soufre) peut varier sur la base de la configuration territoriale de certaines zones géographiques (par exemple, lorsque ces dernières sont entourées des montagnes avec des flux d'air limités).

¹⁷¹² L'Accord de Paris, par exemple.

toujours plus une « disjonction entre l'origine spatiale d[un...] phénomène et le lieu de manifestation de ses effets »¹⁷¹³.

Il en résulte que, contrairement au passé où « la planète était un vaste monde dans lequel l'activité humaine et ses effets étaient regroupés en nations, en secteurs » bien séparés¹⁷¹⁴, de nos jours les « compartimentations s'estompent »¹⁷¹⁵, alors que les interdépendances s'installent à la base de l'« espace mondialisé, [où] les lieux sont fortement interconnectés »¹⁷¹⁶.

Par conséquent, il paraît souhaitable d'« échapper à la fausse alternative du réductionnisme »¹⁷¹⁷, car la dynamique entre le global et le local ne peut pas être limitée à une simple confrontation. Si « le tout est plus que la somme des parties, comme le savait Aristote »¹⁷¹⁸, on peut considérer que le *global* ne se réduit pas seulement à la somme des espaces *locaux* mais il englobe aussi l'ensemble complexe de relations d'interdépendances et de flux réciproques entre les différentes échelles spatiales¹⁷¹⁹.

Dans ce cadre et sous l'impulsion de la globalisation qui « provoque, nourrit, infléchit [...] les dynamiques »¹⁷²⁰, lesdits « systèmes d'interdépendances de plus en plus complexes donnent naissance au 'glocal' »¹⁷²¹.

S'appuyer sur une approche « globale » par rapport au développement durable n'est cependant pas fréquent en doctrine. Systémique et holistique, la conception à la fois globale *et* locale du développement durable vise à mettre en avant les interdépendances¹⁷²² ainsi que les synergies entre les différentes échelles spatiales.

Pour ce qui concerne les interdépendances, il existe de nombreux entrecroisements et dynamiques qui se manifestent entre le *local*, qui « subit désormais des contraintes ou

¹⁷¹³ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuindeau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

¹⁷¹⁴ Commission Mondiale sur l'environnement et le développement (C.M.E.D.), *Op. cit.*, p. 5.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*

¹⁷¹⁶ <http://www.iheal.univ-paris3.fr/fr/vient-de-paraitre/entre-local-et-global-les-territoires-dans-la-mondialisation>. Voy. Cynthia Ghorra-Gobin et Magali Reghezza-Zitt, *Op. cit.*, 2016.

¹⁷¹⁷ Edgar Morin, « Au-delà du réductionnisme et du holisme : la complexité du global », in Michel Wieviorka (dir.), Laurent Lévi-Strauss (dir.) et Gwenaëlle Lieppe (dir.), *Op. cit.*, pp. 441-447.

¹⁷¹⁸ *Ibid.*

¹⁷¹⁹ Il s'agit de « passerelles – de 'tisser des coutures' – entre le local et le global, le sectoriel et le spatial ». Voy. Jacques Theys, *Op. cit.*, 2002.

¹⁷²⁰ Cynthia Ghorra-Gobin (dir.) et Magali Reghezza-Zitt (dir.), *Op. cit.*, 2016.

¹⁷²¹ <http://www.iheal.univ-paris3.fr/fr/vient-de-paraitre/entre-local-et-global-les-territoires-dans-la-mondialisation>. Voy. Cynthia Ghorra-Gobin (dir.) et Magali Reghezza-Zitt (dir.), *Op. cit.*, 2016.

¹⁷²² Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuindeau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

des influences venues d'autres territoires »¹⁷²³, et le *global* qui ne semble plus pouvoir faire abstraction du local. En ce sens, le « global ne peut [...] se penser indépendamment d'un local dans lequel il se projette, s'incarne »¹⁷²⁴ tout en visant à donner « à l'ensemble une cohérence internationale »¹⁷²⁵. De même, des « connexions directes » lient le « local au global » en vertu d'une croissante réduction voire même « abolition des distances »¹⁷²⁶. Pour la compréhension de ces interdépendances, « [i] est certain que nous avons besoin d'une pluralité de points de vue »¹⁷²⁷ notamment aux niveaux international, transnational, supranational, national et local en synergie étroite entre eux.

Par « synergies » on entend se référer, selon sa définition venant du grec ancien *Sunergia*, à la « mise en commun » d'actions, moyens, systèmes, méthodes¹⁷²⁸ qui se renforcent entre eux en apportant de la valeur ajoutée, et qui concourent à une dynamique de coopération en aboutissant à un objectif unique. Selon cette signification, la synergie entre les différents niveaux va de pair avec l'esprit de coopération¹⁷²⁹ entre les acteurs.

De ce fait, en s'appuyant sur la dimension *glocale* du développement durable, il est possible de prendre en compte les interdépendances entre les niveaux et les potentialités en termes de synergie et, donc, de coopération. Si le « global s'exprime [donc] dans le local »¹⁷³⁰ et le local s'inscrit toujours plus « dans le global »¹⁷³¹, « le 'penser globalement et agir localement' n'est pas un mythe »¹⁷³² mais implique un changement de perspective.

¹⁷²³ <http://www.iheal.univ-paris3.fr/fr/vient-de-paraitre/entre-local-et-global-les-territoires-dans-la-mondialisation>. Voy. Cynthia Ghorra-Gobin (dir.) et Magali Reghezza-Zitt (dir.), *Op. cit.*, 2016.

¹⁷²⁴ *Ibid.*, 2016.

¹⁷²⁵ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuindeau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

¹⁷²⁶ Michaël Pouzenc, « Articuler un 'penser global' et un 'agir local' : la territorialisation des 'Community Supported Agriculture' », in *Développement durable et territoires*, vol. 11, no. 1, avril 2020.

¹⁷²⁷ Edgar Morin, « Au-delà du réductionnisme et du holisme : la complexité du global », in Michel Wieviorka (dir.), Laurent Lévi-Strauss (dir.) et Gwenaëlle Lieppe (dir.), *Op. cit.*, pp. 441-447.

¹⁷²⁸ Partiellement tiré de la définition de Larousse (en ligne).

¹⁷²⁹ Virginie Barral, *op. cit.*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 393, « sustainable development requires that, at a minimum, states will have to integrate environmental considerations into economic development projects, prevent damage to the environment, and cooperate in doing so ». L'auteur souligne aussi que « [t]he ICJ also suggested in the Pulp Mills case that sustainable development implies the cooperation of the parties in the prevention of environmental damage ». Voy. Cour Internationale de Justice (CIJ), *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010.

¹⁷³⁰ Cynthia Ghorra-Gobin (dir.) et Magali Reghezza-Zitt (dir.), *Op. cit.*, 2016.

¹⁷³¹ *Ibid.*

¹⁷³² Jacques Theys, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/1475>.

B : Les crises socio-environnementales comprises selon une triple interdépendance

Plus que jamais d'actualité, le sujet des « diverses 'crises' mondiales dont se soucie tant [et à juste titre] le public, depuis une [...trentaine] d'années surtout »¹⁷³³, amène à s'interroger si l'approche *glocale* peut être employée aussi pour mieux saisir la notion de crises socio-environnementales, en partant de la compréhension des interdépendances potentiellement existantes entre elles.

Plurielle dans ses manifestations¹⁷³⁴, la notion de crises socio-environnementales ne renvoie pas à « de[s] crises isolées : une crise de l'environnement, une autre du développement, une autre énergétique »¹⁷³⁵. Comme le rapport *Brundtland* (1987) le souligne, « [n]on de crise, il n'y en a qu'une »¹⁷³⁶.

C'est sur cette base qu'une partie de la doctrine argue qu'on est, peut-être, progressivement entré « dans une nouvelle époque, celle de la société mondiale du risque »¹⁷³⁷ et, « plus fondamentalement, dans une nouvelle ère qui doit apprendre à anticiper les risques » des crises socio-environnementales et des catastrophes¹⁷³⁸. Pour ce faire, il semble crucial d'en faire apparaître les relatives interdépendances.

De manière similaire au développement durable, les mêmes crises socio-environnementales, au-delà de leurs « manifestations plurielles »¹⁷³⁹, font généralement émerger une triple interdépendance. Tout comme pour le développement durable¹⁷⁴⁰, il

¹⁷³³ Commission Mondiale sur l'environnement et le développement (C.M.E.D.), *Op. cit.*, p. 5.

¹⁷³⁴ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuideau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

¹⁷³⁵ Commission Mondiale sur l'environnement et le développement (C.M.E.D.), *Op. cit.*, p. 5.

¹⁷³⁶ *Ibid.*

¹⁷³⁷ Julien Bétaille, « Les catastrophes et le droit : un jeu d'influences réciproques ? », in Jean-Marc Lavieille (dir.), Julien Bétaille (dir.) et Michel Prieur (dir.), *op. cit.*, 2012 ; Yves Petit, « Les risques environnementaux globaux et les transformations de la souveraineté », in *L'État dans la mondialisation*, in S.F.D.I., *L'État dans la mondialisation. Colloque de Nancy*, Paris, Éditions A. Pedone, 2013, p. 177.

¹⁷³⁸ Selon la définition de catastrophe donnée par la Commission du droit international, il s'agit d'« une calamité ou une série d'événements provoquant des pertes massives en vie humaines, de graves souffrances humaines et une détresse aiguë, ou des dommages matériels ou environnementaux de grande ampleur, perturbant ainsi gravement le fonctionnement de la société ». Voy. Commission du droit international, *La protection des personnes en cas de catastrophe*, texte du projet d'article 3 provisoirement adopté par le Comité de rédaction, 24 juillet 2009, A/CN.4/L.758, mentionné par Jean-Marc Lavieille (dir.), Julien Bétaille (dir.) et Michel Prieur (dir.), *Op. cit.*, pp. 7-8 (Préface). Les auteurs s'interrogent si la survenance des catastrophes – qui par ailleurs avait inspiré une des poésies de Voltaire (*Un jour sera bien, voilà notre espérance ; // Tout est bien aujourd'hui, voilà l'illusion*) – peut constituer un « échec du droit ».

¹⁷³⁹ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuideau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.* Pour ce qui concerne le développement durable, ceci se construit sur trois piliers interconnectés et interdépendants, où « [l]'économique agit sur le social, qui le façonne en retour [...], tandis que les exemples abondent des effets négatifs de la non croissance, et plus encore de la pauvreté sur l'état de l'environnement ».

s'agit non seulement de (i) l'« interdépendance spatiale » mais aussi de (ii) l'« interdépendance des domaines » et de (iii) l'« interdépendance dans le temps »¹⁷⁴¹.

En partant de cette dernière, on observe que les effets d'une crise et des décisions qui en découlent « ne se limitent pas au présent ou au court terme »¹⁷⁴². Si « [n]ous-mêmes sommes déjà les témoins des conséquences de décisions [et évènements] passées »¹⁷⁴³, force est de constater que « nos décisions présentes sont aussi à même d'influer sur la situation des générations futures »¹⁷⁴⁴.

En outre, conformément à ce qu'on appelle en doctrine l'« interdépendance des domaines »¹⁷⁴⁵, il est opportun de souligner que, lorsqu'on considère les crises socio-environnementales, « [l]es différentes variables, les différents domaines s'influencent mutuellement et prennent de plus en plus la forme de systèmes complexes, pour lesquels un événement particulier est susceptible de conduire à une ramification de conséquences insoupçonnées, peut-être vénielles, mais aussi parfois substantielles et touchant le système dans sa logique la plus profonde »¹⁷⁴⁶.

Une telle « ramification de conséquences insoupçonnées », découlant des événements liés aux crises socio-environnementales, doit se comprendre ainsi en vertu de l'« interdépendance spatiale »¹⁷⁴⁷. Selon cette dernière (tout comme pour le développement durable), un événement dans « une zone donnée aura, certes, des conséquences sur la zone en question », mais il produira aussi, avec une certaine fréquence, des « effets de débordement sur d'autres territoires », avec une potentielle « multiplication de ces effets spatiaux, d'un élargissement de l'espace d'incidence et d'une accentuation de l'importance des effets »¹⁷⁴⁸.

Pour faire face à une telle ramification d'effets parfois insoupçonnés, parfois communs à plusieurs échelles spatiales, parfois se déployant sur le court comme le long terme, il semble donc nécessaire de considérer les interdépendances caractérisant les crises socio-environnementales – tout comme le développement durable –, pour pouvoir entamer des formes, plus ou moins intenses, de coopération entre les différents niveaux.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*

¹⁷⁴² *Ibid.* « Passé, présent, futur sont ainsi reliés dans une même chaîne temporelle ».

¹⁷⁴³ *Ibid.*

¹⁷⁴⁴ *Ibid.* « Se dessine ici le précepte premier qui fonde le développement durable : notre manière d'agir ne doit pas, compte tenu de son impact sur le futur, porter préjudice aux générations ultérieures ».

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*

¹⁷⁴⁶ *Ibid.*

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*

Paragraphe 2 : La coopération dans les marchés publics durables : éléments constitutifs

La prise en compte de la dimension « globale » du développement durable dans les marchés publics permet de s'interroger si et jusqu'à quel point les interdépendances entre le local et le global peuvent conduire à une coopération plus étendue entre les acheteurs publics. Sur cette base, il apparaît tout d'abord nécessaire de définir les différentes formes collaboratives public-public prévues dans les systèmes des marchés publics (A) et leur connotation potentiellement transnationale (B).

A : Les formes de coopération entre les acheteurs publics

Dans les marchés publics durables on assiste à deux tendances opposées. D'une part, les acheteurs publics semblent enclins à « répondre [en premier lieu] à des attentes locales immédiates, ou à anticiper des crises spécifiques à chaque territoire » plutôt qu'à « s'engager dans des programmes à long terme 'altruistes' »¹⁷⁴⁹. D'autre part, comme on vient de l'évoquer, « il se trouve que beaucoup de problèmes sont à la fois globaux et locaux »¹⁷⁵⁰, ils sont susceptibles de « toucher un ou plusieurs pays [...] sans prévenir »¹⁷⁵¹, tout en appelant à des relations « d'interdépendance sans précédent » entre les diverses échelles spatiales et leurs acteurs respectifs¹⁷⁵².

Dans ce cadre, le développement durable et les risques socio-environnementaux semblent poser des défis qui appellent à la compréhension des interdépendances réciproques et qui nécessitent de plus en plus une réponse conjointe ou, au moins, coordonnée entre les acheteurs publics.

Cela ne signifie cependant pas que les acheteurs publics soient appelés à faire des choix nécessairement « a-territoriale[s] » ni à « oublier le territoire »¹⁷⁵³, car même les défis socio-environnementaux ayant une envergure transnationale peuvent évoluer de

¹⁷⁴⁹ Jacques Theys, *Op cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/1475>.

¹⁷⁵⁰ *Ibid.*

¹⁷⁵¹ Protection Civile et Operations d'Aide Humanitaire Européennes, *Mécanisme de protection civile de l'UE*, 4 mai 2020 (dernière mise à jour).

¹⁷⁵² Hélène De Pooter, « La pandémie de Covid-19 éclairée par l'histoire de la coopération sanitaire internationale », in *The Conversation*, mai 2020, disponible en ligne : <https://theconversation.com/profiles/helene-de-pooter-1022675/articles>.

¹⁷⁵³ Amadou Niang, Sébastien Bourdin et André Torre, *Op. cit.*, no. 1, avril 2020.

manière différente dans les territoires¹⁷⁵⁴ ou avec des impacts modulés en termes diachroniques et évolutifs.

Si la coopération entre le secteur privé et le secteur public dans les marchés publics¹⁷⁵⁵ – admissible à condition, bien entendu, du respect des règles sur l'intégrité – est perçue comme « a balance between the exercise of economic freedom and the principle of solidarity » (un équilibre entre l'exercice de la liberté économique et le principe de la solidarité)¹⁷⁵⁶, la coopération entre les acheteurs publics se fonde principalement sur un intérêt économique et une profitabilité que ces derniers s'attendent obtenir.

Mais, au-delà de ces motivations, la coopération public-public dans les marchés publics semble pour la plupart sous-utilisée : surtout vis-à-vis des défis et des risques socio-environnementaux communs, elle reste une possibilité encore souvent négligée par les acheteurs publics. Mais, si on suivait une approche *glocale* axée sur les interdépendances entre les niveaux, les avantages d'entamer des initiatives communes seraient, peut-être, plus facilement identifiables. En fait, comme on vient de le préciser, un certain événement peut non seulement concerner plusieurs échelles spatiales avec des intensités similaires ou diverses mais apparaître aussi dans des temps différents. Un partage d'informations et une prise d'actions communes pourraient donc être utiles tant

¹⁷⁵⁴ Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuideau, *Op. cit.*, p. 11.

¹⁷⁵⁵ « Collaboration or cooperation can be formed in both sides of public procurement: the demand (or buyers) side and the supply (or suppliers) side ». Voy. Khi V. Thai, « Advancing Public Procurement: Practices, Innovation and Knowledge Sharing », in Thai V. Khi (dir.), Paul J. Salia (dir.) et Frederick A. Mwakibinga (dir.), *Advancing Public Procurement: Theories and Practice*, Highland Beach, U.S., PrAcademics Press, 2018, pp. 1-11. Pour ce qui concerne la coopération entre le secteur public et le secteur privé – comme la pandémie globale l'a ainsi démontré – dans une situation où il est impossible de passer « physiquement ou techniquement [...] des marchés, même en faisant appel aux procédures les plus rapides », les acheteurs publics peuvent être amenés à « rechercher des solutions de rechange éventuellement innovantes, qui sont susceptibles d'être déjà sur le marché ou d'être déployées à (très) brève échéance ». Sur ce la voy. Commission européenne, *Communication Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19*, COM (2020) 3200 final, 8 avril 2020. Voy. ainsi Florian Linditch, « Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise du Covid-19 », in *Contrats et Marchés publics*, no. 5, mai 2020, alerte 18, qui souligne que les acheteurs publics pourraient, par exemple, « lancer des hackathons destinés à faire émerger de nouveaux concepts en vue de la réutilisation de masques de protection après nettoyage, à dégager des idées sur la manière de protéger efficacement le personnel médical ou à élaborer des méthodes de détection du virus dans l'environnement, etc. ». Pour rechercher les diverses solutions, selon une « démarche de co-construction du contrat qui caractérise les achats innovants », la Commission européenne « encourage les personnes publiques à collaborer avec les opérateurs économiques en amont de la passation des contrats publics pour trouver des solutions innovantes aux nouveaux besoins résultants de la crise sanitaire ». Il convient de souligner qu'une telle « interaction avec le marché pourrait constituer une excellente occasion de tenir compte également d'aspects stratégiques concernant les marchés publics, à savoir l'intégration, dans le processus de passation de marchés, d'exigences environnementales ou sociales ou en matière d'innovation ». Voy. encore Vincent Brenot et Benoît Feroldi, « Crise sanitaire et commande publique », in *Droit Administratif*, no. 5, mai 2020, prat. 1 ; OCDE-SIGMA, *Application des règles relatives aux marchés publics durant la crise du COVID-19 dans le cadre des directives européennes et de l'accord sur les marchés publics*, 8 avril 2020, p. 7.

¹⁷⁵⁶ Gabriella M. Racca et Roberto Cavallo Perin, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 101.

dans la poursuite du développement durable que pour faire face à des crises socio-environnementales. Ce dernier cas est apparu particulièrement actuel lors de la survenue de la pandémie de Covid-19, à l'occasion de laquelle on a assisté à une situation de compétition plutôt que de coopération entre les acheteurs publics.

Or la coopération entre les acheteurs publics « peut prendre différentes formes » plus ou moins intenses¹⁷⁵⁷. Il peut s'agir par exemple d'un partage des informations concernant les fournisseurs et les prix dans un certain secteur¹⁷⁵⁸, ainsi que « la passation coordonnée de marchés, en passant par la préparation de spécifications techniques communes pour des travaux, fournitures ou services qui seront acquis par un certain nombre de pouvoirs adjudicateurs, chacun d'entre eux menant sa propre procédure de passation de marché, jusqu'aux cas où les pouvoirs adjudicateurs concernés mènent

¹⁷⁵⁷ Considérant 71 de la Directive UE 2014/24/UE ; Commission européenne, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint crossborder procurement procedure by public buyers from different Member States*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017, p. 18. Dans la présente thèse, on ne va pas couvrir tous les contrats de coopération entre personnes publiques, compte tenu de leur « grande diversité ». Sur ce point, voy. Jean-Gabriel Sorbara, « Contrats de coopération entre personnes publiques et commande publique », in *Contrats et Marchés publics* no. 3, mars 2020, étude 1. L'auteur met en exergue qu'on ne peut pas procéder avec une « exclusion systématique du champ des règles de la commande publique. Il convient donc d'examiner avec attention les stipulations particulières à chacun de ces contrats afin de déterminer si une coopération d'apparence ne cache pas, en réalité, une véritable prestation de services ». Voy. encore Gabriella M. Racca et Roberto Cavallo Perin, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 94-101, 114. « Over the last decades the relationships among the EU Member States' administrations have been favored by the application of some key principles, such as those of sincere cooperation and of mutual recognition. Yet, a prominent role has also been played by more recent provisions on administrative cooperation. [...] Strengthening 'cooperation' amongst public administrations is essential to ensure the effectiveness of European Union law and its national implementation, thus favoring integration among public administrations and different national legal systems. [...] Cooperation and networking strategies among European public administrations involve an inevitable comparison among the services rendered by national administrations (benchmarking) and the circulation of best procurement strategies and practices ». Les auteurs soulignent aussi qu'« [a]s the term 'cooperative procurement' encompasses various modes of cooperation between public buyers, establishing (or mandating) dedicated entities ». Voy. ainsi Roberto Cavallo Perin et Gabriella M. Racca, « Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration », in Francesco Merloni (dir.) et Alessandra Pioggia (dir.), *European Democratic Institutions and Administrations. Cohesion and Innovation in Times of Economic Crisis*, Springer, 2018, p. 265. « Administrative cooperation among public authorities differs from the in-house providing since the latter realizes a demand aggregation and assumes the task to satisfy it through its own activities ». Voy. ainsi Claudio Franchini, « Les notions d'administration indirecte et de coadministration », in Jean-Bernard Auby (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 245-266 ; Gabriella M. Racca, « Joint procurement challenges in the future implementation of the new directives », in Roberto Caranta (dir.), François Lichère (dir.), et Steen Treumer (dir.), *Op. cit.*, pp. 225-255 ; Ivo Locatelli, « Do European Public Buyers Purchase Together? An assessment of Joint Cross-Border Procurement Contracts Published in TED in 2017 and Beyond », in *Ius Publicum Network Review*, no. 1, 2019. « Cooperative procurement can take several different forms, depending on the intensity of the collaboration between the buyers and the level of commitment ». Voy. ainsi Elmer Bakker, Helen Walker et Christine Harland, « Organizing for Collaborative Procurement: An Initial Conceptual Framework », in Thai V. Khi (dir.), Paul J. Salia (dir.) et Frederick A. Mwakibinga (dir.), *Advancing Public Procurement: Theories and Practice*, Highland Beach, U.S., PrAcademics Press, 2018, pp. 15-45, précisant que les diverses formes de coopération peuvent aller « from exchanging information and experiences, buying together through an electronic marketplace, using lead-buying arrangements, or through installing a separate buying organization ».

¹⁷⁵⁸ Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *How can voluntary cross-border collaboration in public procurement improve access to health technologies in Europe ?*, Policy Brief 21, Copenhagen, European Observatory on Health Systems and Policies, 2016, p. 11, se référant expressément à la coopération entre les pouvoirs adjudicateurs sous la forme ainsi d'« informed procurement ». Voy. également Ivo Locatelli, *Op. cit.*, no. 1, 2019.

conjointement une procédure de passation de marché, soit en agissant ensemble soit en confiant à l'un d'entre eux la gestion de la procédure au nom de l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs »¹⁷⁵⁹.

Comme la doctrine l'a remarqué, on pourrait considérer deux « potential areas of collaboration » (domaines potentiels de collaboration) d'une intensité croissante, notamment (i) la collection, l'élaboration et le partage des informations, et (ii) les activités concernant « more closely » (davantage) l'attribution des marchés¹⁷⁶⁰.

En suivant le modèle proposé par la directive 2014/24/UE, toutes ces formulations peuvent être regroupées sous la catégorie générale de « la passation conjointe de

¹⁷⁵⁹ Considérant 71 de la Directive UE 2014/24/UE. Voy. aussi Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, p. 11. Sur cette base, certains formulent une « four-level classification » pour décrire les diverses formes et intensités de coopération entre les pouvoirs adjudicateurs dans le secteur de la santé, à savoir : « informed procurement » qui se base sur un partage des informations pertinentes sur les fournisseurs et les prix ; « coordinated informed procurement » pour effectuer conjointement une étude du marché, partager les informations sur la performance des fournisseurs et surveiller les prix ; « group contracting » qui implique une négociation conjointe des prix et de sélection des fournisseurs ; « central contracting and purchasing » pour acheter conjointement à travers une centrale d'achat. Voy. aussi Justin B. Kaufman, « Cooperative Purchasing: A US Perspective », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 71 et s., distinguant trois formes de « cooperative purchasing », à savoir : « formal cooperatives, piggyback contracts, and third-party aggregators ». Voy. également Ivo Locatelli, *Op. cit.*, no. 1, 2019.

¹⁷⁶⁰ Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, p. 12. La différente intensité des formes de coopération représente « the notion that it may often make sense for countries to initially adopt less committed and risky arrangements and move to more intense types of collaboration down the line ». Voy. aussi Gabriella M. Racca et Roberto Cavallo Perin, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 103, 123, note en bas de page 123. « The cross-border cooperation might apply to different phases of procurement, from the definition of needs to contract execution and management, and therefore contribute to meeting the common public objectives defined in the cooperation agreements ». En outre, « it is also possible to opt for a joint cross-border 'Evaluation Team' with experts from the different countries involved in the evaluation of offers, who could make recommendations about contract award to competent officers, or committees. [...] A similar model of "joint evaluation team" has been implemented in the HAPPI project, which provided an example of a cross-border joint public procurement founded by the European Commission and a consortium of European partners consisting of procurement organizations (CPBs) in the health sector, by experts in the field of public procurement, by innovation agencies and academic institutions. HAPPI brings together partners from France (Réseau des Acheteurs Hospitaliers d'Ile-de-France, Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique (EHESP), BPIFRANCE), the United Kingdom (NHS Commercial Solutions, BITECIC Ltd), Germany (ICLEI – Local Governments for Sustainability), Italy (University of Turin and the Piedmont Region Client Company, SCR), Belgium (MercurHosp – mutualisation hospitalière), Luxembourg (Fédération des Hôpitaux Luxembourgeois (FHL), Austria (the Federal Procurement Agency (FPA) – Associate partner) and Spain (FIBICO – Associate partner) ». Voy. également Ivo Locatelli, *Op. cit.*, no. 1, 2019. Voy. aussi Elmer Bakker, Helen Walker et Christine Harland, « Organizing for Collaborative Procurement: An Initial Conceptual Framework », in Thai V. Khi (dir.), Paul J. Salia (dir.) et Frederick A. Mwakibinga (dir.), *Advancing Public Procurement: Theories and Practice*, Highland Beach, U.S., PrAcademics Press, 2018, pp. 15-45. « Collaborative procurement [...] is seen as horizontal cooperation between organizations, the bringing together (or pooling) of the purchasing functions of two or more organisations ». Voy. encore Audrey Maurel, « Smart city et commande publique : entre obligation et opportunité », in *Contrats et Marchés publics* no 6, juin 2020, p. 6. Selon l'auteur, les pouvoirs adjudicateurs de différents États pourraient, en fait, coopérer entre eux, par exemple en mieux définissant les besoins et les spécifications techniques, en échangeant les expériences et en menant « une action coordonnée [...] dans le cadre d'un groupement de commande ».

marchés »¹⁷⁶¹ (en anglais, *joint public procurement*¹⁷⁶² ou *cooperative purchasing*¹⁷⁶³ ou *pooled procurement*¹⁷⁶⁴ pour ne citer qu'eux¹⁷⁶⁵). Bien qu'une telle dénomination puisse prêter à confusion, elle est utilisée dans la présente thèse pour se référer – comme le fait le considérant no. 71 de la Directive 2014/24/UE – aux diverses formes de coopération, qu'elles soient peu intenses (dans le cas, par exemple, de la « préparation de spécifications techniques communes pour des travaux, fournitures ou services qui seront acquis par un certain nombre de pouvoirs adjudicateurs, chacun d'entre eux menant sa propre procédure de passation de marché »¹⁷⁶⁶) ou plus abouties (comme dans le « cas où les pouvoirs adjudicateurs concernés mènent conjointement une procédure de passation de marché »¹⁷⁶⁷).

En outre, il convient de souligner que la passation conjointe de marchés peut se décliner soit au niveau purement domestique, c'est-à-dire « inside a country » (à l'intérieur d'un pays)¹⁷⁶⁸, soit dans plusieurs États. C'est sur cette deuxième hypothèse qu'on va se pencher dans la suite en raison de son importance au sein des discours sur la dimension *glocale* du développement durable.

¹⁷⁶¹ Voy. considérant no. 71(2) de la directive 2014/24/UE. Voy. Commission européenne, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint crossborder procurement procedure by public buyers from different Member States*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017, p. 11. La passation conjointe de marchés « refers to a situation in which two or more contracting authorities conduct a procurement procedure together ». Voy. ainsi Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, p. 11. « Joint procurement can take various formats. The operational definition for joint procurement [...] encompasses different possible levels of collaboration ». Voy. aussi Ivo Locatelli, *Op. cit.*, no. 1, 2019.

¹⁷⁶² Tünde Tátrai, « Joint public procurement », in *ERA Forum*, vol. 16, no. 1, 2015, pp. 7-24 ; Albert Sanchez-Graells, « Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia? », in *Procurement Law Journal*, no. 1, 2016, pp. 11-37 ; Natasha Azzopardi-Muscat, Peter Schroder-Back, Helmut Brand, *Op. cit.*, vol. 12, no. 1, janvier 2017, pp. 43-60 ; Commission européenne, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint crossborder procurement procedure by public buyers from different Member States*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017 ; Ivo Locatelli, *Op. cit.*, no. 1, 2019.

¹⁷⁶³ Justin B. Kaufman, « Cooperative Purchasing: A US Perspective », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 65-91 ; Ivo Locatelli, « Process Innovation Under the New Public Procurement Directives », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 31-63.

¹⁷⁶⁴ Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, p. 11. « There is no single term to cover the act of several buyers collaborating and pooling resources to negotiate or to buy medical goods and supplies at more favourable conditions. In the EU setting, joint procurement is the most commonly used term. It is used in the EU Public Procurement Directives to denote the situation where several buyers come together, in a single process, to get better prices or access. At the international level, pooled procurement is also a commonly used term for the same concept » ; Maggie Huff-Rousselle, « The logical underpinnings and benefits of pooled pharmaceutical procurement: A pragmatic role for our public institutions ? », in *Social Science & Medicine*, vol. 75, no. 9, 2012, pp. 1572-1580.

¹⁷⁶⁵ « Other closely related terms are central procurement, group procurement and group purchasing ». Voy. Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, p. 11.

¹⁷⁶⁶ Voy. considérant no. 71(2) de la directive 2014/24/UE.

¹⁷⁶⁷ *Ibid.*

¹⁷⁶⁸ Dans ce cas, on « overcom[er] the traditional coincidence of the procuring entity that buys for itself ». Voy. entre autre Gabriella M. Racca et Christopher R. Yukins, « Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 12.

B : La passation conjointe de marchés publics à caractère transnational

La passation conjointe de marchés publics à caractère transnational se réalise lorsque des acheteurs publics de différents États sont impliqués. Dans ce cas, il y a une coopération public-public se caractérisant par un « cross-border element » (caractère transfrontalier/transnational)¹⁷⁶⁹ allant au-delà des frontières nationales¹⁷⁷⁰.

Par ailleurs, il convient de souligner que le caractère *transfrontalier* (« cross-border ») ne signifie pas qu'une telle coopération soit limitée aux seuls pouvoirs adjudicateurs « located in bordering areas » (situés dans des régions frontalières)¹⁷⁷¹. En fait, vis-à-vis des défis de plus en plus transnationaux, la passation conjointe des marchés publics liant des autorités contractantes de différents États est, elle-même, *transnationale* plutôt que simplement transfrontalière¹⁷⁷².

C'est à ce niveau que, au-delà d'une dimension *horizontale* liant les divers États, la passation conjointe de marchés transnationaux peut être comprise en vertu d'une structure *en réseau* capable d'unir les pouvoirs adjudicateurs de provenance et de taille différentes, tout en mettant en communication les échelles infra-, extra-, ultra, trans-, internationales¹⁷⁷³. Cette dimension en réseau semble bien s'aligner à la fois à la réalité

¹⁷⁶⁹ Albert Sanchez-Graells, « Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia? », in *Procurement Law Journal*, no. 1, 2016, p. 18. « [W]here there is no cross-border element on the public sector side [...], all relationships remain purely domestic ». Voy. aussi Tünde Tátrai, *Op. cit.*, no. 1, 2015, pp. 7-24 ; Commission européenne, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint crossborder procurement procedure by public buyers from different Member States*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017, p. 18 ; Gabriella M. Racca et Roberto Cavallo Perin, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 93 s. ; Ivo Locatelli, *Op. cit.*, no. 1, 2019. « A particular dimension of joint procurement is joint cross-border procurement, which implies contracting authorities or entities from different Member States 'buying' and awarding a contract together ».

¹⁷⁷⁰ Gabriella M. Racca et Roberto Cavallo Perin, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 108, 124. « Public-public cooperation allows contracting authorities to adhere to the framework agreements entered by central purchasing bodies with a Member State as an alternative to their own need-meeting process at national level. That approach foreshadows a 'tender of tenders' or second-tier award procedure. In principle, it allows contracting authorities to bypass dysfunctional procurement systems or severe corruption in their own country. Such a model of cross-border procurement promises a greater impact on the economic, social and territorial cohesion of the European Union ».

¹⁷⁷¹ Gabriella M. Racca et Christopher R. Yukins, « Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 9.

¹⁷⁷² La même Directive 2014/24/UE utilise le terme 'transnational'.

¹⁷⁷³ Si on prend en compte les diverses échelles spatiales, on devrait aussi, selon une partie de la doctrine, introduire « la notion de gouvernance [qui] accompagne de très près celle de développement durable ». Voy. Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuindeau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>, selon lesquels la gouvernance devrait se considérer comme « échelles multi milieux, notamment en termes de territoires, multisectorielles pour les politiques intéressées et multi acteurs pour les responsabilités mobilisées ». Voy. aussi Christina Brodhag, *Les enjeux de l'information en langue française sur le développement durable*, Université d'Été Francophone développement durable et systèmes d'information, Saint-Étienne, 5-9 juillet, 1999, disponible en ligne : <https://hal-emse.ccsd.cnrs.fr/emse-00728838>, mettant en exergue que la gouvernance devrait être considérée comme le « quatrième pilier du développement durable ».

juridique actuelle, faite d'interdépendances et de contradictions, et à la fois à la notion de développement durable selon sa dimension *glocale*.

En se basant donc sur les formes de passation conjointe de marchés publics qu'on vient d'évoquer *supra*¹⁷⁷⁴, on peut préciser que celle-ci se réalise au niveau transnational soit (i) en faisant recours à une centrale d'achat située dans un autre État¹⁷⁷⁵, soit (ii) en faisant recours à une entité conjointe¹⁷⁷⁶, ou encore (iii) à travers une action conjointe, concertée ou coordonnée menée par les pouvoirs adjudicateurs de différents États¹⁷⁷⁷ et allant de la collection, l'élaboration, le partage des informations aux activités concernant de plus près l'attribution des marchés¹⁷⁷⁸.

¹⁷⁷⁴ Voy. Lettre A du paragraphe présent.

¹⁷⁷⁵ Au niveau européen, voy. Article 39(3) de la Directive 2014/24/UE. « Les activités d'achat centralisées sont fournies par une centrale d'achat située dans un autre État membre conformément aux dispositions nationales de l'État membre dans lequel est située la centrale d'achat ».

¹⁷⁷⁶ Dans le droit de l'UE, il peut s'agir d'« un groupement européen de coopération territoriale en vertu du règlement (CE) no 1082/2006 du Parlement européen et du Conseil ou d'autres entités en vertu du droit de l'Union ». Voy. Article 39(5) de la Directive 2014/24/UE. Voy. aussi Commission européenne, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint crossborder procurement procedure by public buyers from different Member States*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017, p. 20. Voy. aussi Règlement (CE) No 1082/2006 du Parlement Européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT), 31 Juillet 2006. Au sein des « actions de coopération territoriale, [...] compte tenu, en particulier, de l'augmentation du nombre de frontières terrestres et maritimes de la Communauté à la suite de son élargissement », il est nécessaire de faciliter le renforcement de la coopération transfrontalière entre les autorités régionales et locales. « Pour surmonter les obstacles entravant la coopération territoriale, il est nécessaire d'instituer un instrument de coopération au niveau communautaire permettant d'établir, sur le territoire de la Communauté, des groupements coopératifs dotés de la personnalité juridique, dénommés «groupements européens de coopération territoriale» (GECT). Le recours à un GECT devrait être facultatif ». Sur ce point, voy. Gabriella M. Racca et Roberto Cavallo Perin, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 108, 113. « European Groupings of territorial cooperation under Regulation (EC) No 1082/2006 of the European Parliament and Council' [are mentioned] as joint entities which 'contracting authorities from different Member States' can establish to pursue cross-border procurement. [...] Although the EGTC has a limited role in the public procurement sector at present, such a model is regarded as having the potential to promote cooperation between traditional contracting authorities (State and local authorities), and also between bodies governed by public law (central purchasing bodies) ». Voy. aussi Roberto Cavallo Perin et Gabriella M. Racca, *Op. cit.*, 2018, pp. 265 s. « Administrative cooperation might become a strategic tool for the European integration and the effectiveness of citizens' rights. As such, it requires actions to support, coordinate, and supplement Member States' activities in order to develop integrated networks of national and European public administrations. An integrated system of mutual-benefit interactions among public administrations within the European framework might help to develop common experiences for the effective implementation of the EU provisions on public contracts and services. By overcoming National borders as well as legal and linguistic barriers, a similar model of cooperation could contribute to innovate the National organizational models pursuing the best -solutions through innovative economic operators and for the benefit of citizens ».

¹⁷⁷⁷ Dans le droit de l'UE, « [p]lusieurs pouvoirs adjudicateurs de différents États membres peuvent conjointement passer un marché public, conclure un accord-cadre ou mettre en place un système d'acquisition dynamique. Ils peuvent également, dans les limites fixées à l'article 33, paragraphe 2, deuxième alinéa, passer des marchés sur la base d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique ». Voy. Article 39(4) de la Directive 2014/24/UE.

¹⁷⁷⁸ Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, p. 12 ; Gabriella M. Racca et Roberto Cavallo Perin, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 103, 123, note en bas de page 123 ; Ivo Locatelli, *Op. cit.*, no. 1, 2019. Voy. ainsi Elmer Bakker, Helen Walker and Christine Harland, « Organizing for Collaborative Procurement: An Initial Conceptual Framework », in Thai V. Khi (dir.), Paul J. Salia (dir.) et Frederick A. Mwakibinga (dir.), *Advancing Public Procurement: Theories and Practice*, Highland Beach, U.S., PrAcademics Press, 2018, pp. 15-45.

Condition sine qua non, la passation conjointe des marchés publics transnationaux est possible seulement dans la mesure où les États et les pouvoirs adjudicateurs respectifs sont, d'un point de vue institutionnel, « friendly » et « not adversaries » (amis et non des adversaires)¹⁷⁷⁹.

Bien que la passation conjointe des marchés publics soit encore en quelque mesure « inhabituelle »¹⁷⁸⁰ voire sous-utilisée¹⁷⁸¹, il faut constater que dans les dernières années

¹⁷⁷⁹ On peut identifier comme « [f]irst Constraint: A Friendly Environment ». Voy. Gabriella M. Racca et Christopher R. Yukins, « Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 15. « The cross-border compromises inherent to joint procurement in turn present the first institutional constraint: only cooperative public bodies can embark on joint procurement together, which probably means that only friendly governments or other contracting entities, not adversaries, can engage in joint procurement ». Voy. aussi Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, pp. 5 s. « [I]t is clear that related initiatives would require strong political commitment and mutual trust between purchasing partners in order to succeed ».

¹⁷⁸⁰ Adrien Pech, « La passation de contrats de marchés publics comme réponse à la pandémie de COVID-19 », in *Bulletin DESAPS, La gestion de la crise du Covid 19 au niveau de l'UE. Analyses et commentaires*, Édition spéciale 1, Université Toulouse-Capitole, 2020, p. 27.

¹⁷⁸¹ Commission européenne, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint crossborder procurement procedure by public buyers from different Member States*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017, p. 16. En expliquant la méthodologie, on observe que « [s]ince only a few joint cross-border procurements have been completed until now, there is a rather small sample group to work with ». Voy. aussi Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, pp. 5 et s. « [D]eveloping sustainable cross-border collaboration in procurement seems to be challenging. Experiences in Europe are still limited and too recent to really allow clear lessons to be drawn about their effectiveness and impact ». Voy. encore Stephen Clear, Gary Clifford, Dermot Cahill, Barb Allen, « A New Methodology for Improving Penetration, Opportunity-Visibility and Decision-Making by SMEs in EU Public Procurement », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 15, no. 2, pp. 83-106. « Despite over 30 years of legal harmonisation, stubbornly low levels of cross-border public procurement continue to persist in the EU. In 2016 the European Commission sought new thinking to address this long-standing problem. Drawing on a number of cross-border studies undertaken by the authors, the reasons for low level cross-border procurement penetration are identified ». Voy. aussi Gabriella M. Racca et Christopher R. Yukins, « Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 23, qui soulignent « most of the EU joint cross-border procurements were developed as pilot projects funded by EU funds ». Voy. encore Ivo Locatelli, *Op. cit.*, no. 1, 2019. « In total, in 2017 34 CANs were published concerning joint cross-border procedures involving buyers in different Member States. Clearly, the total number of CANs concerning joint cross-border procedures recorded is insignificant compared with the total of CANs [contract award notices] published annually in TED (over 158,400 for all Directives). [...] In terms of the value of procurement, the estimated value of tenders published in TED in 2017 reached 437.3 billion euros for the Classical Directive, and 545.4 billion euros if all Directives are considered. In 2017 the total value of all contracts awarded through a joint cross-border procedure amounted to 230 million euros, a small fraction of the total ». En outre, « the total number of contracting authorities was extremely small relative to the total number of buyers operating in the EU, which is estimated at around 300,000. In total, in 2017, 65 different buyers used at least once a procedure involving one (or more) buyer from another Member State. In 2017 almost the same number of buyers were awarded one or more contracts under both the Classical Directive (32) and the Utilities Directive (29); some of them managed more than one procurement procedure, typically with the same buyers (some contracting entities were involved in up to four different procedures). However, some utilities also experienced joint cross-border procedures with different buyers' groups ». Il est aussi mis en exergue que « [t]ypically, the size of the buyers' group was small. Two thirds of the cases recorded involved only two contracting authorities or entities. [...] The largest buyers' group included 15 contracting entities, and this was an exception. [...] It often occurred that some members of the buyers' group were from the same Member State; i.e. the number of different nationalities was generally lower than the total number of members of the group of buyers ». Toutefois, l'auteur souligne que « [u]nfortunately, the information available in TED is rather basic and does not allow a deeper analysis of many aspects of the framework agreement or the legal relationship between the various parties involved i.e. the contracting authorities, suppliers, and CPBs as appropriate. Equally, CANs do not include information relating to international agreements or treaties between the Member States concerned providing for a special cross-border procurement regime or to the elements of joint procurement regulated through an agreement by the participating buyers ». Voy. aussi Natasha Azzopardi-Muscat, Peter Schroder-Back, Helmut Brand, *Op. cit.*, vol. 12, no. 1, janvier 2017, p. 54. « Procurement has not typically been viewed as a complex activity requiring networking ».

elle semble avoir suscité un intérêt croissant à plusieurs niveaux – à la fois à l'échelle nationale et à l'échelle internationale – et, de ce fait, elle a « gained significantly more attention » (attiré une attention sensiblement majeure)¹⁷⁸². En outre, il apparaît que, pour pouvoir y faire recours, il n'est pas nécessaire d'avoir forcément à passer des « huge contracts » (gros contrats)¹⁷⁸³, ce qui en élargit l'application éventuelle.

En vertu de ce qui précède, la passation conjointe de marchés transnationaux peut être vue comme une « opportunité »¹⁷⁸⁴ pour mettre « en commun l'expertise et les

¹⁷⁸² Commission européenne, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint crossborder procurement procedure by public buyers from different Member States*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017, p. 18. Pour ce qui concerne un récapitulatif des expériences européennes de la passation conjointe des marchés publics dans le secteur de « health technologies », voy. Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, pp. 15 et s. « The literature and experience show that cross-border collaborations develop gradually over time, where there is real political will for countries to work together to overcome common challenges. [...] While actual initiatives on cross-border collaboration in procurement in Europe are few, there is increasing interest in exploring the potential of this option and a growing body of legislative work that is intended to provide the basis for collaborative initiatives ». Ils mentionnent, entre autres, le projet connu sous l'acronyme « HAPPI », c'est-à-dire « European procurement platform: The Healthy Ageing Public Procurement of Innovations ». Ce projet « is a collaboration of 12 purchasing bodies and innovation experts from 8 Member States (France, UK, Germany, Italy, Belgium, Luxembourg, Austria and Spain), which is supported by the European Commission. The consortium's aim is to identify, assess and purchase innovative and sustainable health products, services and solutions, which will improve ageing well. So far, the partners have developed and purchased over 150 innovative medical solutions with the help of their procurement strategy. It comprises early market studies and communication of the tender to a multitude of companies including SMEs. The use of functional rather than technical specifications in the tender notices was crucial in this project ». Voy. HAPPI (2013–2015), *Welcome to HAPPI: Healthy Ageing – Public Procurement of Innovations*, disponible au site web :<http://www.happi-project.eu> ; Commission européenne, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint crossborder procurement procedure by public buyers from different Member States*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017, p. 20 s. Voy. encore Gabriella M. Racca et Roberto Cavallo Perin, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 115. « Occasional joint-cross border procurement funded by European projects may also establish an Association, operating under National law, open to forms of voluntary cooperation among contracting authorities from different Members States (e.g. central purchasing bodies). That is the case, for example, of the European Public Procurement Alliance (EHPPA). As a French law association, EHPPA is an alliance of non-profit Group Procurement Organizations which aims to pool expertise, leverage performance and provide its members with a strategic position in the European health procurement market. At present, the EHPPA activities are aimed at favouring the cooperation and exchange of information among members willing to improve their own procurement performance, and also at facilitating the use of innovative procurement in healthcare. Establishing a framework for joint procurement to be carried by the EHPPA's Members, taking advantage of the previous project 'HAPPI (Healthy Ageing – Public Procurement of Innovations)' is another praiseworthy objective ». Voy. aussi Janicke Wiggen, « Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law », in *Public Procurement Law Review*, no. 5, 2011, pp.157-172 ; Janicke Wiggen, « Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector », in *Public Procurement Law Review*, 2014, no. 3, pp. 83 s. ; Ivo Locatelli, *Op. cit.*, no. 1, 2019, soulignant que « the cross-border procedure proves an excellent tool for transnational projects/tasks in a multi-administration environment ». Voy. encore Elmer Bakker, Helen Walker and Christine Harland, « Organizing for Collaborative Procurement: An Initial Conceptual Framework », in Thai V. Khi (dir.), Paul J. Salia (dir.) et Frederick A. Mwakibinga (dir.), *Advancing Public Procurement: Theories and Practice*, Highland Beach, U.S., PrAcademics Press, 2018, pp. 15-45. « Forming collaborative procurement arrangements is suggested to be an increasing trend in purchasing and supply [...]. There is increasing international interest in collaborative procurement arrangements in the public sector in countries such as Canada, Finland, Germany, the Netherlands, the UK, and the U.S. ».

¹⁷⁸³ Gabriella M. Racca et Christopher R. Yukins, « Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 14 ; Ivo Locatelli, *Op. cit.*, no. 1, 2019, p. 46. « Collaboration in procuring across borders is not associated with gigantic projects or large framework contracts. On the contrary, it is also used for small and below-EU-thresholds procurement ».

¹⁷⁸⁴ Traduit de : Tünde Tátrai, *Op. cit.*, no. 1, 2015, pp. 7-24.

capacités » entre les États et les pouvoirs adjudicateurs et/ou centrales d'achats¹⁷⁸⁵, pour formuler une réponse coordonnée voire conjointe, et encore pour adopter une approche qui soit non seulement économiquement efficiente mais aussi « commune »¹⁷⁸⁶ par rapport à certains défis socio-environnementaux d'envergure globale et transversale, tout en jouant ainsi un « rôle important [...], en particulier en ce qui concerne des projets innovants »¹⁷⁸⁷.

Section 2 : La passation conjointe de marchés publics : des villes intelligentes à la survenue de la pandémie de Covid-19

La passation conjointe de marchés publics peut être analysée dans le cadre des objectifs socio-environnementaux, tels que ceux poursuivis au sein d'une ville qui devient *intelligente* (Paragraphe 1), ainsi que dans le cadre de situations extraordinaires de crises socio-environnementales, comme lors de la survenue de la pandémie de Covid-19 (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La passation conjointe des marchés publics dans l'exemple des villes intelligentes

Alors que dans certains contextes, comme celui des États-Unis, la passation conjointe de marché a pour finalité principale d'atteindre le meilleur résultat en termes économiques entre les États fédérés¹⁷⁸⁸, dans d'autres cadres – tel que l'UE – il semble y

¹⁷⁸⁵ Protection Civile et Operations d'Aide Humanitaire Européennes, *Mécanisme de protection civile de l'UE*, 4 mai 2020 (dernière mise à jour).

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

¹⁷⁸⁷ Considérant 71 de la Directive UE 2014/24/UE ; Gabriella M. Racca et Christopher R. Yukins, « Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 14, 23. « The combined purchasing power and the possible goals of industrial policy of Member States, focused on specific sectors or in a much limited scale among public central purchasing bodies or even municipalities or regions from the same or different Member States, can be advanced through joint procurement. [...] Unlike the U.S., the EU's approach in promoting joint and cross border procurement through central purchasing bodies is not only to ensure cost-savings but also to promote other goals such as encouraging cross-border participation of SMEs, counteracting cartels, assuring integrity and efficiency, furthering environmental and other social goals, and developing circular economy tools ». Pour ce qui concerne l'innovation dans les marchés publics, voy. aussi Pedro Cerqueira Gomes, *EU Public Procurement and Innovation. The Innovation Partnership Procedure and Harmonisation Challenges*, Edward Elgar, 2021.

¹⁷⁸⁸ Justin B. Kaufman, « Cooperative Purchasing: A US Perspective », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 67. « A strong justification for participation in cooperative purchasing lies in the notion that buying in large volumes (leveraged spend) leads to several benefits, to include, among others, lower per unit costs,

avoir une plus large palette d'objectifs atteignables, y compris sur le plan socio-environnemental¹⁷⁸⁹.

Si on adopte cette dernière conception, on peut arguer que la passation conjointe de marchés publics transnationaux (tels que ceux passés au sein de l'UE) peut s'avérer importante pour « leveraging social interests » (mobiliser les intérêts sociaux)¹⁷⁹⁰ tant sur le plan environnemental que social, tout en produisant un impact bien plus large que celui découlant d'une procédure simplement nationale.

Par exemple, à la lumière de la transformation des villes¹⁷⁹¹ selon le nouveau concept de « villes intelligentes »¹⁷⁹² – s'imposant de manière croissante « depuis quelques années »¹⁷⁹³ – et compte tenu de leur rôle crucial dans la société et l'environnement (A), on peut se demander si la passation conjointe de marchés publics transnationaux est en mesure de contribuer plus efficacement à l'atteinte des objectifs socio-environnementaux, tout en sachant cependant que les applications concrètes sont encore rares (B).

the ability to insist on better terms of service, and overall better value. In addition to price competition, there are other efficiencies to be gained through cooperative purchasing. Governmental entities are continually asked to do more with less, i.e., with budget reductions leading to an increased workload and declining resources ».

¹⁷⁸⁹ « Unlike the U.S., the EU's approach in promoting joint and cross border procurement through central purchasing bodies is not only to ensure cost-savings but also to promote other goals such as encouraging cross-border participation of SMEs, counteracting cartels, assuring integrity and efficiency, furthering environmental and other social goals, and developing circular economy tools ». Gabriella M. Racca et Christopher R. Yukins, « Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 23. Voy. Aussi Hilde Caroli Casavola, *Op. cit.*, no. 3/4, 2013, p. 13. « The first group of agreements often have environmental purpose and origin from extra-territorial or ultra-national phenomena (i.e. climate changes, floods, natural disasters). These circumstances make frontier communities interdependent, so that they have strong incentives to co- operate and set common rules ».

¹⁷⁹⁰ Justin B. Kaufman, « Cooperative Purchasing: A US Perspective », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 88.

¹⁷⁹¹ Voy. Union européenne, *Les villes de demain. Défis, visions et perspectives*, 2011, p. 2. Pour ce qui concerne le terme « ville », on peut remarquer qu'il y a une certaine difficulté à repérer de définitions harmonisées, même si les tentatives à cet égard ne manquent pas. La ville peut faire référence à « la ville *de jure*, c'est-à-dire la cité administrative, et la ville *de facto*, l'agglomération socio-économique plus large ». Comme certains le remarquent, « il est évident que la réalité de la ville *de facto* s'étend maintenant bien au-delà de la ville *de jure* et que c'est à ce niveau que la politique urbaine doit trouver sa perspective à long terme ». En outre, plusieurs différences existent dans « la façon dont les villes fonctionnent et sont gouvernées ».

¹⁷⁹² Audrey Maurel, « Smart city et commande publique : entre obligation et opportunité », in *Contrats et Marchés publics* no. 6, juin 2020, p. 6. « Si la coopération n'est pas toujours évidente pour des raisons politiques, la *smart city*, par son caractère transverse et le consensus qu'elle opère entre les différents acteurs, devrait remettre ce sujet à l'ordre du jour des collectivités avant le lancement même de toute procédure de publicité et de mise en concurrence ». Sur le lien entre l'innovation et les villes intelligentes, voy. l'ouvrage de Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019.

¹⁷⁹³ « Après les 'smartphones' (téléphones intelligents), à côté des 'smart grids' (réseaux intelligents), des 'smart buildings' (bâtiments intelligents), des 'smart meters' (compteurs intelligents), des 'smart parkings' (parkings intelligents)..., les 'smart Cities' (que l'on préférera appeler par la suite du texte les 'villes intelligentes'), pourraient s'imposer dans les modes de vie d'habitants de plus en plus nombreux, que ce soit en France ou dans le monde ». Voy. Emmanuel Eveno, *Les « villes intelligentes » : objets de convergence ou de controverse entre développement de la société de l'information et développement durable ?*, p. 1, disponible en ligne : <https://emmanueleveno.files.wordpress.com/2016/04/politiques-publiques-et-smart-cities.pdf>.

A : La définition des villes intelligentes entre le numérique et le durable

La notion de *villes intelligentes* renvoie aux expressions anglaises de « smart cities » ou « intelligent communities »¹⁷⁹⁴, ces deux dernières n'ayant pas la même signification. Si une partie de la doctrine considère que « the smart city is a daughter of the sustainable city » (la ville intelligente est la fille de la ville durable)¹⁷⁹⁵, il ne semble cependant pas y avoir « one and only way » (une seule et unique manière) pour définir ces concepts¹⁷⁹⁶. Malgré les difficultés de définition, on peut arguer que l'adjectif « smart » se réfère principalement à l'application de la technologie dans les villes afin de les faire fonctionner « better, faster and cheaper » (d'une façon meilleure, plus vite et moins chère)¹⁷⁹⁷, alors que l'adjectif « intelligent » part de ce postulat pour aller plus loin. Dans ce dernier cas, outre l'application de la technologie, on met l'accent aussi sur l'implication des différentes parties prenantes de la conception à l'utilisation¹⁷⁹⁸, tout en tenant compte ainsi de la variété des multiples enjeux socio-environnementaux.

Les *villes intelligentes* ont donc un caractère transversal, car elles « sont à la fois des lieux d'émergence et de résolution des problèmes », tels que « le chômage, la ségrégation et la pauvreté »¹⁷⁹⁹, mais elles sont également « un creuset de la science et de la technologie, de la culture et de l'innovation, de la créativité individuelle et collective, ainsi qu'un atout essentiel pour réduire l'impact du changement climatique »¹⁸⁰⁰. Les

¹⁷⁹⁴ https://www.intelligentcommunity.org/what_is_an_intelligent_community.

¹⁷⁹⁵ Jean-Bernard Auby, « Public Contracts and Smart Cities », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 191. Pour ce qui concerne l'expression « smart cities », « it seems possible to assert that it is the product of a triple set of transformations in the practical functioning of cities: a transformation of infrastructures, the growing importance of digitalization and data, and changes in governance ». En particulier, « in a sense, the smart city is the sustainable one, with the addition of the 'fuel' brought by digital technologies ».

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 191.

¹⁷⁹⁷ https://www.intelligentcommunity.org/what_is_an_intelligent_community.

¹⁷⁹⁸ « It means engaging local universities and technical schools, entrepreneurs and established businesses as partners in planning and carrying out this innovation project ». Sur ce point, voy. https://www.intelligentcommunity.org/what_is_an_intelligent_community.

¹⁷⁹⁹ Union européenne, *Les villes de demain. Défis, visions et perspectives*, 2011, p. III, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/studies/pdf/citiesoftomorrow/citiesoftomorrow_final_fr.pdf.

¹⁸⁰⁰ Union européenne, *Les villes de demain. Défis, visions et perspectives*, 2011, p. III, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/studies/pdf/citiesoftomorrow/citiesoftomorrow_final_fr.pdf ; EcoCités, *EcoCités et villes de demain*, 2017, disponible en ligne : http://www.ecocites.logement.gouv.fr/IMG/pdf/dp_ecocite-et-ville-de-demain_avril_2017-2.pdf. Selon les données des scientifiques, deux phénomènes principaux affectent les zones urbaines, à savoir : la croissance de la population qui y vit et la pollution qui y est liée. En particulier, on estime que, « en l'espace d'un siècle, entre 1950 et 2050, la population urbaine mondiale sera passée de 1,5 milliard de personnes à près de 10 milliards ». En même temps, il a été estimé que « [l]es espaces urbains participent à hauteur de 70 % à la production des émissions de gaz à effet de serre », compte tenu qu'ils « rassemblent plus de 2/3 de la mobilité automobile et au moins 80 % des habitations et des bâtiments tertiaires - les trois grands facteurs d'émissions de CO2 et de dégradation de la qualité de l'air ». Voy. aussi Vivapolis - Le réseau des acteurs publics et privés de la ville durable, *Solutions innovantes pour la ville durable. Services urbains*

viles intelligentes se retrouvent donc au centre des dynamiques entre le local et le global, en participant à la réalisation des objectifs de développement durable dans une perspective *glocale*. En fait, les villes intelligentes semblent pouvoir jouer « un rôle essentiel en tant que moteurs de l'économie, lieux de connectivité, de créativité et d'innovation, et centres de services pour leurs quartiers périphériques », tout en ayant ainsi – « [e]n raison de leur densité », un « énorme potentiel d'économie d'énergie, leur permettant de stimuler le développement d'une économie neutre en carbone »¹⁸⁰¹.

En vertu de cela, on peut considérer que l'ajout de l'adjectif « intelligent » au concept de « ville » permet de comprendre l'expression de *ville intelligente* comme se situant entre les notions de « villes numériques » et de « villes durables »¹⁸⁰². Si ces dernières s'appuient sur le concept de développement durable incluant aussi les notions d'« écocités »¹⁸⁰³ et de « villes solidaires »¹⁸⁰⁴, les villes numériques englobent ces dernières tout en représentant ainsi « les traduction locales » du « référentiel [...] de la société de l'information »¹⁸⁰⁵. Les villes intelligentes se basent donc sur « deux notions-clefs » : (i) le développement durable d'un côté et (ii) la société de l'information de l'autre¹⁸⁰⁶. En ce sens, les villes intelligentes constituent « le prolongement des 'villes numériques' », tout en ayant « quasi systématiquement comme enjeu fondamental de répondre aux injonctions d'un développement durable »¹⁸⁰⁷.

intégrés, 2019, disponible en ligne : https://www.cohesion-territoires.gouv.fr/sites/default/files/2019-07/services_urbains_integres_fr.pdf. Voy. aussi <https://www.un.org/development/desa/fr/news/population/2018-world-urbanization-prospects.html> ; voy. aussi les données de la Banque Mondiale, disponible en ligne : <https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/sp.urb.totl.in.zs?end=2017&start=1960&view=chart>.

¹⁸⁰¹ Union européenne, *Les villes de demain. Défis, visions et perspectives*, 2011, p. VI, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/studies/pdf/citiesoftomorrow/citiesoftomorrow_final_fr.pdf ; Emmanuel Eveno, *Op. cit.*, p. 1. Des différences peuvent être remarquées entre les pays développés et les pays « des Suds » : si, dans les premiers, il s'agit souvent de procéder à des modèles « de réorganisation des structures, des équipements et des modes d'intervention afin d'optimiser leur fonctionnement » en introduisant « de nombreuses innovations dans les services urbains et le gouvernement des villes », en revanche, dans les pays des Suds, il « s'agit [...] moins d'optimisation que de création ».

¹⁸⁰² Emmanuel Eveno, *Op. cit.*, p. 1.

¹⁸⁰³ <http://www.ecocites.logement.gouv.fr/>.

¹⁸⁰⁴ Union européenne, *Les villes de demain. Défis, visions et perspectives*, 2011, p. VI, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/studies/pdf/citiesoftomorrow/citiesoftomorrow_final_fr.pdf.

¹⁸⁰⁵ Emmanuel Eveno, *Op. cit.*, p. 1.

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 12.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 12. On pourrait « considérer que les 'villes intelligentes', en puisant dans ces deux grands registres d'argumentation que sont le développement de la société de l'information d'un côté, le développement durable de l'autre, pourraient en constituer une forme d'incarnation synthétique ». Dans ce cadre, plusieurs labels ont été développés dans les dernières années. En France par exemple, le Label Villes Internet a été utilisé à partir de 2000 (<http://www.villes-internet.net/site/participez-au-label/>) ainsi que le label ÉcoQuartier (<http://www.ecoquartiers.logement.gouv.fr/le-label/>). Ce dernier a été adopté en ligne avec loi de programmation du 3 août 2009 relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (Loi française n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020949548&date=vig>)). En Europe, on a introduit aussi l'idée d'un « modèle européen de la ville [...] de demain », qui « regroupe des aspects essentiels de la

B : La passation conjointe de marchés dans le cadre des villes intelligentes : une opportunité pour la plupart encore sous-utilisée

L'exemple de la passation conjointe de marchés publics dans le cadre des villes intelligentes est d'un intérêt particulier dans le cadre de cette thèse pour, au moins, deux raisons.

En premier lieu, la ville a un indéniable ancrage territorial – comme remarqué dans l'exemple de l'approche HIMO¹⁸⁰⁸ – mais, en même temps, elle se retrouve au milieu d'interdépendances spatiales et d'enjeux extraterritoriaux importants, ces derniers incluant – comme on vient de le préciser – la technologie et les aspects socio-environnementaux d'envergure transnationale. Par exemple, on peut observer que « [l]e combat contre » les enjeux globaux, comme le changement climatique, « se mène aussi à l'échelle locale »¹⁸⁰⁹, où les villes peuvent jouer, sans doute, un rôle crucial¹⁸¹⁰ surtout si elles sont en coopération étroite entre elles. De son côté, la technologie semble réduire voire même supprimer les distances, au moins dans le secteur des communications.

En deuxième lieu, l'exemple des villes intelligentes permet d'illustrer une situation ordinaire dans laquelle la passation conjointe des marchés publics représente une « opportunité »¹⁸¹¹ pour obtenir des résultats meilleurs en termes d'achat durable en vertu d'une approche de coopération étroite face à des « 'globalizing' needs » (besoins mondialisés) se déployant sur le long terme¹⁸¹².

Dans ces cas, outre le partage et l'échange d'informations, une action coordonnée entre les différents pouvoirs adjudicateurs au niveau transnational – ou, au moins, macro-régional – peut s'avérer particulièrement importante. La coopération peut, par exemple, permettre d'acheter des produits écologiques et socialement responsables « from a more diverse vendor base » (à partir d'une base de fournisseurs élargie et diversifiée)¹⁸¹³. Mais

vision politique de l'Union européenne » s'appuyant sur les volets de l'information, de l'innovation, de la protection sociale et environnementale. Sur ce dernier point, voy. Union européenne, *Les villes de demain. Défis, visions et perspectives*, 2011, p. 1.

¹⁸⁰⁸ Voy. chapitre 2, titre 1, partie deuxième.

¹⁸⁰⁹ <https://www.oneplanetsummit.fr/les-engagements-15/marches-publics-et-acces-des-collectivites-aux-financements-climat-29>.

¹⁸¹⁰ Audrey Maurel, « Smart city et commande publique : entre obligation et opportunité », in *Contrats et Marchés publics* no. 6, juin 2020, p. 6.

¹⁸¹¹ Traduit de : Tünde Tátrai, *Op. cit.*, no. 1, 2015, pp. 7-24.

¹⁸¹² Jean-Bernard Auby, « Public Contracts and Smart Cities », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 194 ; Hilde Caroli Casavola, « Public Procurement and Globalization », in *Ius Publicum Network Review*, no. 3/4, 2013.

¹⁸¹³ Justin B. Kaufman, « Cooperative Purchasing: A US Perspective », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 88.

ce n'est pas tout. Les entités contractantes agissant conjointement semblent avoir ainsi un pouvoir considérablement renforcé, un « bargaining power » (pouvoir de négociation) majeur¹⁸¹⁴ vis-à-vis des opérateurs économiques, tout en pouvant influencer et orienter le marché économique vers des choix plus responsables d'un point de vue social et environnemental¹⁸¹⁵.

Revenant à la transformation des villes en *intelligentes*, on assiste donc à une attention croissante de la part des échelons locaux pour des enjeux qui sont globaux comme le changement climatique. En ce sens, les « actions menées par les régions, les villes et les plus petits territoires ont un impact majeur pour atteindre les objectifs communs fixés [entre autres] par l'Accord de Paris sur le climat »¹⁸¹⁶. Les villes intelligentes se situent donc au cœur de la dimension *glocale* du développement durable selon laquelle la réalisation des enjeux socio-environnementaux ne suit pas des logiques locales ou globales mais les deux de manière plutôt complémentaire.

Entendue non seulement comme procédure d'appel d'offres conjointe mais aussi comme incluant des formes collaboratives moins intenses, la coopération entre les pouvoirs adjudicateurs dans le cadre des villes intelligentes peut avoir une envergure nationale ainsi que transnationale. Un exemple de cette dernière est la passation conjointe de marchés liant les villes de Copenhague et Oslo avec le soutien de la ville de Stockholm pour la réduction des émissions « from Non-Road Mobile Machinery ('NRMM') » (des

¹⁸¹⁴ Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, pp. 5-20. « There is a sound rationale for increased voluntary collaboration between countries in the procurement of health technologies: to enhance transparency through better information sharing, to enable cross-country learning by sharing experience, to strengthen bargaining power and mitigate overly high transaction costs by pooling skills, capacities and through joint negotiations, to ensure sustainable access to health technologies by sharing resources through cross-border exchange of products in short supply. [...] Furthermore, public purchasers often have relatively low bargaining power when confronted with the introduction of new, patent-protected health technologies ». « Through collaboration in the procurement process purchasers can achieve a larger size. This increases their market power and they reach either a critical mass or economies of scale in performing their procurement activities that potentially achieve lower acquisition prices, lower operating costs, but also improved quality of purchased goods and better purchasing conditions ». Voy. ainsi Justin B. Kaufman, « Cooperative Purchasing: A US Perspective », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 88, soulignant que « where the governmental entity leading the procurement alone has insufficient power to move the market to meet its goals, its leadership in a cooperative's solicitation permits that entity to speak for the buying power of the cooperative as a whole. This is likely to continue, as we see an increasing trend in sustainability in State contracts, green purchasing policies, and executive orders mandating sustainability initiatives ».

¹⁸¹⁵ La coopération entre les pouvoirs adjudicateurs peut permettre de « move the marketplace toward developing and manufacturing more accessible » produits pour « the advancement of social interests ». « [T]he increased purchasing power provides an ability or potential to steer the market to meet the governments' needs ». « For example, imagine the impact of a large number of U.S. States requiring all photocopiers to meet federal accessibility requirements in order to be eligible for a contract under a cooperative purchasing effort ». Sur ce point, voy. Justin B. Kaufman, « Cooperative Purchasing: A US Perspective », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 67.

¹⁸¹⁶ <https://www.oneplanetsummit.fr/les-engagements-15/marches-publics-et-acces-des-collectivites-aux-financements-climat-29>.

engins mobiles non routiers)¹⁸¹⁷, qui a donné lieu à la formalisation d'une stratégie spécifique précisant, entre autres, les procédures compétitives et les aspects contractuels à intégrer¹⁸¹⁸.

Toutefois, la passation conjointe de marchés transnationaux reste une opportunité qui est, pour la plupart, encore sous-utilisée, bien que plusieurs projets aient été mis en œuvre à cet égard¹⁸¹⁹ attirant l'attention aussi de sujets internationaux. Sur cette base et en s'appuyant sur les réseaux déjà existants qui lient les différentes villes, il serait peut-être possible de parvenir à une coopération transnationale plus étendue. Pensons, par exemple, aux cas (i) des « programmes 'Villes durables' et 'Efficacité énergétique' » lancés par l'Union européenne¹⁸²⁰ ; (ii) le « Global Climate City Challenge » initié par la Banque européenne d'investissement (BEI) et la convention des maires pour le climat et l'énergie (GCoM), ayant pour objectif de soutenir des projets urbains d'adaptation au changement climatique en Afrique, en Asie centrale, en Amérique latine et dans les pays candidats à l'adhésion à l'Union européenne ; (iii) le programme « Felicity » (Financement d'investissements dans des sources d'énergie à faible intensité de carbone - Mécanisme de conseil pour les villes) mis en œuvre par le ministère allemand de l'environnement avec la BEI et d'autres partenaires allemands, visant à soutenir des projets d'infrastructure en milieu urbain qui engendrent une réduction des gaz à effet de serre, au Brésil, en Chine et au Mexique ; (iv) le programme « City Resilience Program » de la Banque mondiale visant à augmenter la capacité des villes à faire face aux risques climatiques¹⁸²¹ ; (v) le projet GRASP « Green procurement and smart city support in the energy sector » financé par le Fonds européen de développement régional et se focalisant sur la zone méditerranée (MED), visant à trouver des solutions innovantes pour la réalisation d'« energy savings/efficient refurbishment of public buildings » (économies d'énergie/rénovation énergétique des bâtiments publics) par le biais de marchés publics

¹⁸¹⁷ Voy. « Joint procurement strategy - Scandinavian green public procurement cities » (draft), 2019, disponible en ligne : <http://carbonneutralcities.org/wp-content/uploads/2019/06/4.SGPPA-Procurement-Strategy-Example.pdf>.

¹⁸¹⁸ Il s'agit de la « Joint procurement strategy - Scandinavian green public procurement cities », (draft), 2019 disponible en ligne : <http://carbonneutralcities.org/wp-content/uploads/2019/06/4.SGPPA-Procurement-Strategy-Example.pdf>.

¹⁸¹⁹ Laurence Folliot-Lalliot and Peter T. McKeen, « Procurement and Smart Cities: exploring examples on both sides of the Atlantic », Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, pp. 196 et s., soulignant que « current smart cities initiatives around the world remain heterogenous, scattered, and still in their infancy, exploring several business models. Smart cities projects are developed at different speeds, based on different legal arrangements, and contractual options ».

¹⁸²⁰ <https://www.oneplanetsummit.fr/les-engagements-15/marches-publics-et-acces-des-collectivites-aux-financements-climat-29>.

¹⁸²¹ *Ibid.*

écologiques, « moving towards nearly zero energy building » (vers un bâtiment à énergie quasi nulle)¹⁸²².

Mais ce n'est pas tout. Au cœur de la récente initiative « Big Buyers » (Gros Acheteurs)¹⁸²³ de l'UE, les villes de différents États se sont vu reconnaître un potentiel¹⁸²⁴ significatif par rapport à la réalisation, par le biais des achats publics, des objectifs de développement durable allant de la réduction des émissions de CO2 dans les sites de construction¹⁸²⁵ à l'utilisation de matériaux de construction issus de l'économie circulaire¹⁸²⁶ et le recours aux véhicules électriques lourds¹⁸²⁷.

Toutefois, dans certains systèmes juridiques, comme aux États-Unis, la finalité de ce type de collaboration – qui reste interétatique plutôt que transnationale – se réduit à l'obtention du meilleur résultat en termes économiques¹⁸²⁸. Mais, comme constaté par l'OCDE, « when there is a collaborative dialogue between bodies with different perspectives » (quand il y a un dialogue collaboratif entre des sujets ayant des perspectives différentes)¹⁸²⁹, il est possible non seulement d'atteindre une meilleure

¹⁸²² <http://www.grasp-tmn.eu/>.

¹⁸²³ Voy. The Big Buyers Initiative, <https://sustainable-procurement.org/big-buyers-initiative>.

¹⁸²⁴ « Internal capacity building and collaboration across city departments is needed to integrate a circular way of working into the construction project value chain. Local governments can - and should - lead by example ». Voy. The Big Buyers Initiative, <https://sustainable-procurement.org/big-buyers-initiative>.

¹⁸²⁵ « The Big Buyers Initiative working group on Zero-Emission Construction Sites brings together the cities of Amsterdam, Brussels, Budapest, Copenhagen, Helsinki, Lisbon, Oslo, Trondheim and Vienna to promote zero-emission construction sites, focussing on alternatives to traditionally diesel-driven non-road mobile machinery (NRMM). These cities work together as big public buyers to develop and pilot innovative sustainable procurement approaches in order to reduce the environmental impact of construction activities and encourage market innovation ». Voy. <https://sustainable-procurement.org/big-buyers-initiative>.

¹⁸²⁶ « The public buyers within the BBI working group share a common ambition in applying circular economy principles to public construction projects and supporting the growth of a local circular economy sector. The aim of these activities is : to keep existing materials in use and retain their value, thus avoiding waste ; to stimulate market innovation for less resource-intensive materials (e.g. bio-based building blocks or low carbon concrete), and ultimately ; to reduce the embedded carbon of construction materials and lessen the environmental impact of raw material demand ». Voy. <https://sustainable-procurement.org/big-buyers-initiative/circular-construction-materials/>.

¹⁸²⁷ « Local governments represent a major market for specialist heavy-duty vehicles, such as waste trucks, street-sweepers and snow-ploughs, as well as for more standard light and heavy duty delivery vehicles – both as direct procurers, but also through the services they procure ». Voy. <https://sustainable-procurement.org/big-buyers-initiative/heavy-duty-electric-vehicles/>. »The activities of the BBI working group on heavy-duty electric vehicles have focused on: Creating a platform for collaboration and sharing of technical specifications for currently available and future vehicles ; Carrying out Joint market dialogue and engagement with vehicle manufacturers about their products and future technology plans ; Preparing a Joint statement of demand and lessons learned on procuring heavy duty vehicles ».

¹⁸²⁸ « Unlike the U.S., the EU's approach in promoting joint and cross border procurement through central purchasing bodies is not only to ensure cost-savings but also to promote other goals such as encouraging cross-border participation of SMEs, counteracting cartels, assuring integrity and efficiency, furthering environmental and other social goals, and developing circular economy tools ». Gabriella M. Racca et Christopher R. Yukins, « Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 23. Voy. ainsi Laurence Folliot-Lalliot and Peter T. McKeen, « Procurement and Smart Cities: exploring examples on both sides of the Atlantic », Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019.

¹⁸²⁹ Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Public Procurement for Innovation. Good Practices and Strategies*, OECD Publishing, 2017, pp. 42-43.

efficacité économique de l'achat mais aussi de mieux promouvoir les objectifs socio-environnementaux tout comme l'innovation¹⁸³⁰.

Conformément à cette conception, le cadre juridique européen conçoit la passation conjointe de marchés publics non seulement dans l'objectif primaire d'« overcome market fragmentation » (dépasser la fragmentation du marché)¹⁸³¹ mais aussi dans une sorte d'esprit de solidarité « to think 'Europe' rather than local » (pour penser « Europe » plutôt que local)¹⁸³² – comme cela semble être, partiellement, le cas du *Joint Procurement Agreement* en matière de vaccins pandémiques et d'autres contre-mesures médicales –, ainsi que pour faire face aux défis socio-environnementaux globaux. En ce dernier sens, il convient de rappeler que le premier recours au niveau européen à la passation conjointe des marchés publics portait sur des plateformes d'enchères pour les quotas de gaz à effet de serre¹⁸³³.

¹⁸³⁰ Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, p. 5. « There is a growing interest in further developing crossborder collaboration in the field of health, both at a bilateral and a multilateral level. This is supported by European Union (EU) legislation and policies, and extends to improving access to health technologies ».

¹⁸³¹ Gabriella M. Racca et Christopher R. Yukins, « Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 9.

¹⁸³² Albert Sanchez-Graells, « Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia? », in *Procurement Law Journal*, no. 1, 2016, p. 36.

¹⁸³³ La procédure de passation conjointe des marchés publics concernant des plateformes d'enchères pour les quotas de gaz à effet de serre, au sein de l'UE, se fondait sur deux accords, notamment (i) un accord de passation conjointe de marché en vue de la désignation par adjudication de plates-formes d'enchères communes conclu le 7 novembre 2011, et (ii) un accord de passation conjointe de marché en vue de la désignation par adjudication d'une instance de surveillance des enchères, conclu le 2 novembre 2011. Pour ce qui concerne plus particulièrement le premier accord, celui-ci avait « pour objectif de fixer les modalités pratiques de coopération entre les États membres participants et la Commission européenne pour la conduite de la procédure de passation commune de marché ». De ce fait, il permettait, « une fois entré en vigueur, [...] de procéder à la passation du marché pour les plates-formes communes d'enchères (choix du type de procédure, du type de contrat, définition du cahier des charges, critères de sélection et d'attribution, etc.) ». Voy. sur cela Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, *Projet de loi autorisant la ratification de l'accord de passation conjointe de marché en vue de la désignation par adjudication de plates-formes d'enchères communes NOR : MAEX1130757L/Bleue-1. Étude d'impact*, 30 novembre 2011, qui souligne qu'« au niveau international, les obligations [...] en matière de changement climatique découlent de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC) du 9 mai 1992 et du Protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 auxquels elle est Partie. Au niveau européen, le cadre juridique en matière de marché du carbone a été fixé par la directive 2003/87/CE (dite 'directive ETS') du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté modifiée par la directive no. 2009/29/CE. [...] Depuis le 1er janvier 2005 (date d'entrée en vigueur de la directive ETS, deux phases se sont succédé : une phase expérimentale (2005-2007) et une deuxième phase (2008-2012). La révision de la directive no. 2009/29/CE fixe les règles d'organisation pour la troisième phase (2013-2020). L'entrée dans la troisième phase du système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre à partir de 2013 se traduira notamment par une modification importante des modalités d'allocation des quotas aux installations assujetties : alors que l'allocation gratuite de quotas représentait environ 96 % des attributions de quotas pour la deuxième phase du système d'échange, la règle d'attribution par défaut dans le cadre de la phase trois sera la vente aux enchères (article 10 de la 'directive ETS'). En vertu de l'article 10, paragraphe 4 de la directive précitée, la Commission européenne a adopté le règlement n° 1031/2010 du 12 novembre 2010 sur l'organisation des enchères de phase III (règlement 'enchères'). En application de l'article 24(2) de ce même règlement, la Commission européenne et les États membres doivent sélectionner conjointement des plates-formes communes d'enchères ». La ratification de l'accord permet à chaque État « de confirmer son engagement en faveur d'un bon fonctionnement du marché carbone européen, principal outil de politique publique de lutte contre le changement climatique mis en place au niveau européen, ainsi que de participer à la mise aux enchères des quotas de CO₂, qui représentent une nouvelle recette pour l'État ». En outre, cela permet « de réduire les coûts de gestion du processus de mise aux enchères des quotas au niveau

Toutefois, force est de constater que la passation conjointe des marchés transnationaux peut ne pas constituer « une solution automatique » toujours adéquate ou efficiente dans une situation quelconque¹⁸³⁴ : pour certains auteurs, elle serait susceptible par exemple de contredire l'approche de promotion du « local and small business » (des petites entreprises locales)¹⁸³⁵.

Cela n'empêche pas de considérer la passation conjointe de marchés transnationaux comme une opportunité qui pourrait être utilisée plus largement pour la réalisation des objectifs de développement durable – à partir des niveaux locaux aux niveaux régionaux et internationaux. C'est à ce niveau que, au-delà d'une dimension « horizontale » liant les divers États, la coopération public-public peut être comprise en tant que structure *en réseau* capable potentiellement d'unir les pouvoirs adjudicateurs de provenance et de taille différentes, tout en mettant en communication les échelles infra-, extra-, ultra-, trans-, inter- nationales¹⁸³⁶ tant dans des situations ordinaires (la poursuite du développement durable) que dans l'extraordinaire (les crises socio-environnementales) sur lequel on va revenir dans le paragraphe qui suit.

européen. Il est à noter que les coûts de fonctionnement de la plateforme d'enchère seront supportés par les soumissionnaires à l'exception de coûts éventuels découlant de choix d'un État membre qu'il devra prendre à sa charge en déduction de ses recettes d'enchères (par exemple le coût éventuel d'une contrepartie centrale qui accepte une garantie publique en lieu et place d'une garantie autre qu'en espèces lorsqu'elle met des quotas aux enchères sous forme de forwards) ».

¹⁸³⁴ Traduit de : Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, p. 20, soulignant que « cross-border collaboration for procurement is certainly not an automatic solution for all the problems of availability and affordability of technologies with small target populations ». En fait, « [t]he trade-offs between the potential benefits and costs of cross-border collaboration undoubtedly depend on the characteristics of the activities, technologies and countries involved. Larger, higher-income countries are likely to get less benefit from pooled procurement if they are already able to reap most of the potential benefits from economies of scale. [...] Therefore, alternative solutions should also continue to be explored. Nevertheless, collaboration in public procurement, tailored to meet the specific needs of the countries involved, presents one solution that can help offset imbalances in medical technologies markets and better serve the goals of public health. Through collaboration in the procurement process purchasers can achieve a larger size. This increases their market power and they reach either a critical mass or economies of scale in performing their procurement activities that potentially achieve lower acquisition prices, lower operating costs, but also improved quality of purchased goods and better purchasing conditions ».

¹⁸³⁵ Justin B. Kaufman, « Cooperative Purchasing: A US Perspective », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 88.

¹⁸³⁶ Si on prend en compte les diverses échelles spatiales, on devrait aussi, selon une partie de la doctrine, introduire « la notion de gouvernance [qui] accompagne de très près celle de développement durable ». Voy. Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuindeau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>, selon lesquels la gouvernance devrait se considérer comme « échelles multi milieux, notamment en termes de territoires, multisectorielles pour les politiques intéressées et multi acteurs pour les responsabilités mobilisées ». Voy. aussi Christina Brodhag, *Op. cit.*, 1999, mettant en exergue que la gouvernance devrait être considérée comme le « quatrième pilier du développement durable ».

Paragraphe 2 : La passation conjointe de marchés publics dans l'exemple de la pandémie de Covid-19 en Europe

Tout comme la dimension *glocale* du développement durable permet de prendre en compte les interdépendances allant du niveau local au niveau global et vice-versa, les crises socio-environnementales démontrent également l'existence d'interdépendances spatiales. Eu égard à ces interconnexions et flux réciproques, des approches synergiques ou collaboratives sont souhaitées tant dans le cas de la poursuite du développement durable que vis-à-vis des crises socio-environnementales. Ces dernières doivent retenir l'attention dans la mesure où elles constituent des événements capables de remettre en question les équilibres socio-environnementaux avec des conséquences sur la réalisation même des objectifs du développement durable.

Dans ce cadre, il faut relever que la pandémie de Covid-19 a eu un impact significatif dans les marchés publics : d'une part, on a assisté à un nombre élevé de mesures prises unilatéralement par les États européens en urgence et en extrême urgence (A) ; d'autre part, afin de limiter les dérives découlant de ces initiatives individuelles et désordonnées, l'intérêt d'une approche concertée entre les États s'est renforcé (B).

A : L'importance d'une approche commune sous l'impulsion des pandémies : de la Décision no. 1082/2013/UE au Joint Procurement Agreement de 2014

Au-delà des situations ordinaires, la passation conjointe des marchés transnationaux peut jouer un rôle important aussi dans des situations extraordinaires comme celles provoquées par des « menaces transfrontalières graves sur la santé »¹⁸³⁷, conformément au libellé de la Décision no. 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013¹⁸³⁸.

¹⁸³⁷ Une « menace transfrontière grave sur la santé » se définit comme « un danger mortel ou tout autre danger grave pour la santé, d'origine biologique, chimique, environnementale ou inconnue, qui se propage ou présente un risque important de propagation par-delà les frontières nationales des États membres, et qui peut nécessiter une coordination au niveau de l'Union afin d'assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine ». Voy. l'article 3, lettre (g) de la Décision no. 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013.

¹⁸³⁸ La décision no. 1082/2013/UE représente « [t]he most concrete example of European Commission action on cooperation in the field of procurement of health technologies ». Sur ce point voy. Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, p. 16.

« [D]ans la gestion d'une crise sanitaire », le droit des marchés publics est en fait « essentiel »¹⁸³⁹ d'autant plus qu'il semble y avoir un nombre croissant de risques environnementaux et sociaux liés entre eux. À titre illustratif, on peut mentionner, l'« avènement du SRAS [qui] a permis de se rendre compte que de nouveaux agents, jusque-là inconnus, étaient susceptibles de faire leur apparition, engendrant un grand nombre de victimes et provoquant d'énormes pertes économiques »¹⁸⁴⁰. Et encore, « [l]es inondations massives et les vagues de chaleur ont démontré l'impact du changement climatique sur la santé », tout comme les pandémies restent « une cause permanente de préoccupation pour les autorités sanitaires du monde »¹⁸⁴¹. La même Décision no. 1082/2013/UE atteste qu'il y a, « [o]utre les maladies transmissibles, plusieurs sources de danger pour la santé, notamment liées à d'autres agents biologiques ou chimiques, ou événements environnementaux, qui englobent les risques liés au changement climatique »¹⁸⁴². De fait, il existe des « overlaps » (recouvrements) et des interconnexions réciproques entre les différents enjeux, allant de la santé à la protection socio-environnementale¹⁸⁴³.

Sur une telle base, on observe que les divers risques socio-environnementaux « pourraient, par leur ampleur ou leur gravité, mettre en péril la santé des citoyens [...], entraîner un dysfonctionnement de secteurs clés de la société et de l'économie et compromettre la capacité de réaction individuelle des États »¹⁸⁴⁴.

¹⁸³⁹ Adrien Pech, *Op. cit.*, 2020, p. 27 ; Rozen Noguellou, *Op. cit.*, no. 6, juin 2014, alerte 48.

¹⁸⁴⁰ Commission européenne, *Stratégie de planification générale de la préparation. Guide technique de la planification générale de la préparation aux urgences sanitaires*, 2009.

¹⁸⁴¹ *Ibid.* Voy. aussi Banque Mondiale, *Procurement of Health Sector Goods: Pharmaceuticals, Vaccines, and Condoms*, Washington DC, 2003.

¹⁸⁴² Décision n. 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013. Au niveau international, voy. le règlement sanitaire international (RSI), adopté le 23 mai 2005 par la cinquante-huitième Assemblée mondiale de la santé au sein de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) ; Giulia Perrone, « Il regolamento sanitario internazionale dell'oms alla prova dell'emergenza Covid-19 », in *BioLaw Journal*, 2020 ; Alina Miron, « La mise en œuvre des normes sanitaires internationales dans les ordres juridiques internes » in S.F.D.I. *Santé et droit international. Colloque de Rennes*, 2019, Paris, Éditions A. Pedone, pp. 125-142 ; Robyn Martin et Alexandra Conseil, « Public health policy and law for pandemic influenza: a case for European harmonization? », in *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 37, no. 6, 2012, pp. 1091-1110. « [L]aws are by their very nature jurisdictional, and rarely are laws framed beyond the level of national sovereignty. An exception in this context is the IHR 2005, a legally binding agreement by WHO member states to act in accordance with an international legal framework in managing serious public health risks and emergencies and, at the supranational level, the potential for European directives and regulations to bind EU member state activities ».

¹⁸⁴³ Robyn Martin et Alexandra Conseil, « Public health policy and law for pandemic influenza: a case for European harmonization? », in *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 37, no. 6, 2012, pp. 1091-1110. « Health overlaps with other issues, such as labor health and safety, environmental protection, social and consumer protection, and trade, all of which are covered by EU regulation, and it is not always easy to approach health as a discrete entity ». Voy. ainsi Hélène de Pooter, *Le droit international face aux pandémies : vers un système de sécurité sanitaire collective ?*, A. Pedone, Paris, 2015.

¹⁸⁴⁴ Décision n. 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013. Au niveau international, voy. le règlement sanitaire international (RSI), adopté le 23 mai 2005 par la cinquante-huitième Assemblée mondiale de la

Si certaines de ces difficultés ont émergé clairement lors de l'actuelle pandémie de Covid-19 – avec, par exemple, des restrictions importantes au commerce concernant les produits dits essentiels comme les équipements médicaux¹⁸⁴⁵ –, il convient de souligner

santé au sein de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) ; Giulia Perrone, *Op. cit.*, 2020 ; Alina Miron, « La mise en œuvre des normes sanitaires internationales dans les ordres juridiques internes » in SFDI. Colloque de Rennes, *Santé et droit international*, 2019, Paris, pp.125-142 ; Organisation Mondiale de la santé (OMS) - Office régional pour l'Europe, *Challenges and opportunities in improving access to medicines through efficient public procurement in the WHO European Region*, Copenhagen, WHO Regional Office for Europe Publications, 2016.

¹⁸⁴⁵ « Dans sa communication du 13 mars 2020 'Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19' et dans l'annexe 2 de celle-ci, la Commission européenne tente, pour sa part, de promouvoir une approche commune et insiste sur la nécessité de 'fournir une réponse au niveau européen' ». Voy. Lucas Sutto, « La libre circulation des marchandises aux temps du COVID-19 : La solidarité européenne en question face aux restrictions à la libre circulation des marchandises », in *Bulletin DESAPS, La gestion de la crise du Covid 19 au niveau de l'UE. Analyses et commentaires*, Édition spéciale 1, Université Toulouse-Capitole, 2020, pp. 35-37. « L'article 36 TFUE admet l'existence d'interdictions ou de restrictions à l'importation, à l'exportation ou au transit, dès lors que celles-ci sont justifiées par certaines raisons déterminées parmi lesquelles figure la protection de la santé et de la vie des personnes. Or, il est bien évident qu'au cœur de l'épidémie de COVID-19, la protection de la santé publique va devenir le fondement et le principe directeur de toute action étatique. Les États vont ainsi intervenir pour restreindre les échanges de marchandises en invoquant la nécessité de protéger la santé [...]. Les restrictions ainsi mises en place par les États vont cependant grandement affecter l'intégrité du marché intérieur et même affaiblir leur capacité à gérer la crise. En outre, il semble que la Commission refuse de voir dans le motif de santé publique un blanc-seing laissé aux États, mais que celui-ci doit au contraire s'appliquer, pour reprendre les termes qu'elle a employés dans sa communication du 13 mars précitée, dans 'un esprit de solidarité et de coopérations européennes' ». En outre, l'annexe 2 de sa communication 'Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19', la Commission constate que les États membres ont adopté des mesures visant à interdire ou à restreindre considérablement les exportations de certains biens essentiels. Ont d'abord été concernés les équipements médicaux et de protection individuelle, à savoir les lunettes de sécurité, les masques de protection, les gants, les combinaisons chirurgicales et les blouses. Les restrictions et interdictions ont ensuite été élargies aux médicaments et à d'autres dispositifs médicaux. La Commission précise que, dans le cas d'un État membre, les mesures d'interdiction et de restriction sont relatives à 1324 produits (dont des médicaments à base de paracétamol et des dispositifs médicaux). Si la Commission reconnaît que c'est en premier lieu aux États membres qu'il appartient de prendre 'les mesures sanitaires appropriées' poursuivant 'l'objectif premier de la protection de la santé et de la vie humaine', elle n'hésite pas à pointer du doigt les conséquences négatives à attendre de politiques décidées unilatéralement, au niveau national, et destinées à freiner l'exportation des biens essentiels et des produits de santé ». Voy. Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, à la Banque européenne d'investissement et à l'Eurogroupe, *Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19*, Bruxelles, 13 mars 2020, COM (2020) 112 final (Annexe 2 – Mesures nationales relatives aux médicaments, aux dispositifs médicaux et aux équipements de protection personnelle), soulignant la nécessité que les mesures de restriction au commerce soient proportionnées aux réelles exigences. Toutefois, il est à noter que, comme souligné par la Cour de justice européenne, « il appartient aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint » et qu'« il convient de [leur] reconnaître [...] une marge d'appréciation ». Sur cela voy. Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), arrêt du 2 décembre 2010, *Ker-Optika*, aff. C-108/09, point 58. Voy. aussi Anniek de Ruijter, Roel Beetsma, Brian Burgoon, Francesco Nicoli, Frank Vandenbroucke, *Op. cit.*, pp. 2 et s., disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=3578256>. « Article 35 TFEU [...] addresses national restrictions on exports. Legally, all the public health exceptions in the case law and in Article 36 TFEU simply apply. This means that if Member States for a solid public health reason want to restrict export, they have the authority to do so as long as it is done in a proportionate and non-discriminatory fashion ». Il convient encore de mettre en exergue que, en considération des mesures de restriction au commerce concernant les équipements médicaux de protection, la Commission européenne a adopté le règlement d'exécution 2020/402 prévoyant que « [u]ne autorisation d'exportation établie conformément au formulaire figurant à l'annexe II est requise pour exporter en dehors de l'Union les équipements de protection individuelle énumérés à l'annexe I, qu'ils soient ou non originaires de l'Union. Cette autorisation est délivrée par les autorités compétentes de l'État membre dans lequel l'exportateur est établi, par écrit ou par voie électronique. Sans la présentation d'une telle autorisation d'exportation, l'exportation est interdite » (article 1). Voy. Commission européenne, Règlement d'exécution (UE) 2020/402 du 14 mars 2020 soumettant l'exportation de certains produits à la présentation d'une autorisation d'exportation. L'annexe I énonce spécifiquement les équipements de protection couverts par le règlement même, tels que lunettes et visières de protection, les écrans faciaux, les équipements de protection bucco-nasale, les vêtements de protection, et les gants. Mais cette liste peut être réexaminée et élargie le cas échéant, comme établi par le considérant no. 10. Voy. encore Commission européenne, *Note d'orientation de la Commission aux États membres relative au règlement d'exécution (UE) 2020/402 de la Commission soumettant l'exportation de certains produits à la présentation d'une autorisation d'exportation, tel que modifié par le règlement d'exécution (UE) 2020/426 de la Commission*, 20 mars 2020, 2020/C 91 I/02. Voy. ainsi Aurélie Mahalatchimy (document de travail), *Développement et accès aux produits de santé destinés à lutter contre la*

qu'un certain dysfonctionnement avait déjà eu lieu à l'occasion de la pandémie du virus H1N1 survenue en 2009. Cette dernière avait « mis en lumière les faiblesses concernant l'accès et le pouvoir d'achat des pays de l'UE pour obtenir des vaccins et des médicaments contre les pandémies »¹⁸⁴⁶. D'un point de vue des marchés publics, les épidémies¹⁸⁴⁷ et les pandémies¹⁸⁴⁸ ont fait ressortir une situation – généralement

Covid-19 : État des lieux des actions de l'Union européenne, avril 2020, disponible en ligne : https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/ue_produits_de_sante_covid19-document_de_travail-am.pdf. « [D]es mesures restrictives peuvent être prises au niveau national pour des raisons de protection de la santé et de la vie des personnes, celles-ci doivent non seulement lui [à la Commission européenne] être communiquées pour qu'elle en informe les autres États membres, mais surtout elles doivent être appropriées, nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi. A ce titre, elle [la Commission européenne] précise que ces mesures doivent garantir une fourniture adéquate aux personnes qui en ont le plus besoin tout en empêchant les pénuries, ou leurs aggravations, de marchandises essentielles au sein de l'Union, tels les équipements de protection individuelle, les dispositifs médicaux ou les médicaments. Il en résulte qu'une simple interdiction d'exportation n'est pas conforme au principe de proportionnalité de la mesure à l'objectif poursuivi, tout comme celles sans objet clairement défini et limité aux besoins existants ». Sur le principe de proportionnalité dans le droit de l'Union européen en général, voy. Diana-Urania Galetta, « Le principe de proportionnalité », in Jean-Bernard Auby (dir.) et Jacqueline Dutheil De La Rochere (dir.), *Op. cit.*, pp. 357-376.

¹⁸⁴⁶ https://ec.europa.eu/health/preparedness_response/joint_procurement_fr. Voy. également Commission européenne, *Stratégie de planification générale de la préparation. Guide technique de la planification générale de la préparation aux urgences sanitaires*, 200 ; Rozen Noguellou, *Op. cit.*, no. 6, juin 2014, alerte 48 ; Mark Eccleston-Turner, « Vaccine procurement during an influenza pandemic and the role of Advance Purchase Agreements: Lessons from 2009-H1N1 », in *Global Public Health*, vol. 11, no. 3, 2015. « Vaccines are obtained by states for their public health vaccination programmes using four principle procurement methods, which are outlined below », c'est-à-dire (i) « [s]elf-procurement directly by state » ; (ii) « Donations via international organisations » ; (iii) « Procured and administered by international organisations », (iv) « Procured via other sources ».

¹⁸⁴⁷ Voy. entre autres Conseil de l'UE, *Conclusions du Conseil. Enseignements tirés de l'épidémie d'Ebola en Afrique de l'Ouest en ce qui concerne la santé publique — Sécurité sanitaire dans l'Union européenne*, (2015/C 421/04), 17 décembre 2015, qui « constate avec inquiétude que l'épidémie de la maladie à virus Ebola en Afrique de l'Ouest s'est avérée être la plus importante épidémie de la maladie jamais enregistrée, avec plus de 28 000 cas notifiés confirmés, probables et suspects et plus de 11 000 décès notifiés, notamment ceux d'environ 500 professionnels de la santé, depuis mars 2014, et que, depuis son déclenchement en décembre 2013, l'épidémie s'est transformée en une crise de santé publique, humanitaire et socio-économique ayant une incidence sans précédent sur les familles et les communautés dans les pays touchés ». Le Conseil de l'UE « insiste [aussi] sur l'importance de la coordination des activités de préparation dans le secteur de la recherche au niveau européen et mondial et des efforts déployés par les réseaux concernés ». Voy. entre autres Hélène De Pooter, « La passation conjointe de marchés de contre-mesures médicales dans le contexte de la pandémie de Covid-19 », in *Europe*, no. 5, mai 2020, étude 4, p. 5, qui précise que « [e]n décembre 2015, alors que l'épidémie de maladie à virus Ebola sévissait gravement en Afrique de l'Ouest, la Commission a annoncé qu'une première procédure de passation conjointe de marché avait été lancée pour la fourniture, l'entreposage et l'expédition d'équipements de protection individuelle pour le personnel de santé susceptible de devoir traiter des maladies infectieuses à haut risque dans les établissements de soins de santé européens. Un avis de marché a été publié au JOUE le 18 mars 2016 afin d'acquiescer des lunettes de protection, des masques, des gants, des combinaisons, des blouses et des bottes pour un montant total de 12 200 000 euros. La Commission européenne expliquait que '[c]'est le type d'équipement nécessaire pour traiter un patient atteint du virus Ebola ou d'une autre maladie hautement infectieuse'. Les États participants étaient la Belgique, la Croatie, Chypre, l'Italie et Malte. La procédure relevait du champ d'application de la directive 2014/24/UE sur les marchés publics et le projet de contrat précisait qu'il serait signé pour une période de trois ans, avec la possibilité de le renouveler pour une année supplémentaire. Cependant, la procédure a finalement été annulée 'pour des raisons administratives et des questions de budget'. Il semblerait que, contrairement à ce qu'avait annoncé la Commission, la procédure n'ait pas été relancée. Si cela était confirmé, ce serait d'autant plus regrettable que, précisément, certaines des fournitures en question auraient été adaptées à la riposte à la pandémie de COVID-19 ». Après une deuxième procédure de passation conjointe de marchés qui n'a pas abouti, une troisième a été lancée en 2018. « En vertu d'un accord-cadre conclu le 28 mars 2019, les États paieront au fournisseur une redevance annuelle de préparation, en échange de laquelle le cocontractant réservera un pourcentage de sa capacité de production hebdomadaire qu'il affectera à l'exécution des commandes passées par les États, et restera prêt à livrer le nombre réservé de doses de vaccins conformément au plan de livraison convenu ».

¹⁸⁴⁸ Voy. entre autres Commission européenne, *Stratégie de planification générale de la préparation. Guide technique de la planification générale de la préparation aux urgences sanitaires*, 2009. « Une pandémie de grippe reste, par ailleurs, une cause permanente de préoccupation pour les autorités sanitaires du monde et la dernière en date (H1N1) a souligné l'importance d'avoir une approche coordonnée et de disposer de structures bien définies et d'importantes réflexions pour la réussite de toutes les mesures de contrôle prises ». Voy. Conseil de l'UE, *Conclusions du Conseil. Lessons*

inhabituelle¹⁸⁴⁹ – de concurrence entre les États et les respectifs pouvoirs adjudicateurs selon des « logiques de l’achat public qui s’inversent : les vendeurs se retrouvent en position dominante pour fixer les prix et les acheteurs sont en concurrence entre eux »¹⁸⁵⁰. L’approche de libéralisme est confrontée à des égoïsmes nationaux, « [I]es frontières se ferment, les échanges se tarissent, les suspicions s’installent, les contrôles se multiplient »¹⁸⁵¹. Dans ce contexte, « la guerre contre » les pandémies – comme le H1N1 ou le Covid-19 – se transforme en « une guerre commerciale »¹⁸⁵² avec une « véritable course aux lots de matériels hospitaliers et sanitaires »¹⁸⁵³, produisant une situation « inédite »¹⁸⁵⁴ de potentielle « dérive nationaliste »¹⁸⁵⁵ et de « compétition entre certains gouvernements pour récupérer des masques et autres produits »¹⁸⁵⁶ allant jusqu’aux blocages temporaires des exportations du matériel médical de protection, comme des masques, des gants, *etc.*¹⁸⁵⁷. De telles interdictions ou restrictions à l’exportation peuvent « affecter la disponibilité de ces biens essentiels et créer de véritables pénuries en

learned from the A/H1N1 pandemic – Health security in the European Union, 3032e Réunion du Conseil Affaires générales, Bruxelles, 13 septembre 2010. Pour ce qui concerne la distinction entre les épidémies et les pandémies, voy. entre autres Hélène de Pooter, *Op. cit.*, 2015 (introduction).

¹⁸⁴⁹ Cette situation est inhabituelle dans les marchés publics, mais en général il convient de mettre en exergue que les pandémies confrontent constamment la « liberté des échanges » et la « sécurité des Etats ». Voy. Hélène de Pooter, *Op. cit.*, 2015, pp. 19-20.

¹⁸⁵⁰ Laurence Folliot-Lalliot, « La concurrence entre Etats sur l’achat de matériel médical et sanitaire aggrave le problème », in *Tribune du Monde*, 30 mars 2020 ; Gloria Sdanganelli, « Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica », in *DPCE Online*, vol. 43, no. 2, 2020, p. 2328, précisant que « l’insorgere dell’evento critico registrato nel 2009 ha generato discutibili meccanismi di competizione tra gli Stati membri per l’acquisto dei vaccini, limitando il loro potere negoziale ed esponendoli a inique variazioni delle clausole contrattuali, in particolare in ordine al trasferimento delle responsabilità per gli effetti indesiderati dai produttori agli Stati ».

¹⁸⁵¹ Lucas Sutto, *Op. cit.*, 2020, p. 35. « [L]es États membres n’ont pas tardé à faire ‘réapparaître’ leurs frontières et à instaurer des restrictions au commerce et au transport des marchandises. Sont particulièrement visés les produits dits ‘essentiels’, tels que les équipements médicaux et de protection, dont l’exportation vers les autres États membres est bien souvent empêchée, la peur de la pénurie se manifestant intensément dans un contexte de crise sanitaire. Quant à l’importation, c’est la méfiance qui est susceptible de s’établir et de conduire à limiter l’entrée sur le territoire des marchandises originaires d’autres États membres. [...] Dans sa communication du 13 mars 2020 « Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19 » et dans l’annexe 2 de celle-ci, la Commission européenne tente, pour sa part, de promouvoir une approche commune et insiste sur la nécessité de « fournir une réponse au niveau européen. [...] Les articles 34 et 35 TFUE interdisent les restrictions quantitatives et les mesures d’effet équivalent, respectivement à l’importation et à l’exportation, entre les États membres ». Au sein de l’Union européenne, le marché intérieur suppose en fait « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée », conformément à l’article 26(2) TFUE.

¹⁸⁵² <https://www.franceculture.fr/politique/dominique-moisi-laurence-folliot-lalliot-bruno-latour-concurrence-ou-cooperation>. Dans plus de 54 Etats, on a interdit « les exportations de produits considérés comme essentiels », tels que les masques et autres produits sanitaires nécessaire pour la lutte au Covid-19. Sur cela, voy. Laurence Folliot-Lalliot, « La concurrence entre États sur l’achat de matériel médical et sanitaire aggrave le problème », in *Tribune au Monde*, 30 mars 2020.

¹⁸⁵³ Laurence Folliot-Lalliot, *Op. cit.*, 30 mars 2020.

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵⁵ Thierry Chopin, « Face au coronavirus, c’est l’identité européenne qui est en jeu », in *La Croix*, mars 2020.

¹⁸⁵⁶ « La pénurie de respirateurs, masques et autres tests a créé une situation inédite de concurrence entre les pays, et même au sein des Etats entre les acheteurs publics, tels que les municipalités ou les structures hospitalières. [...] ». Laurence Folliot-Lalliot, *Op. cit.*, 30 mars 2020.

¹⁸⁵⁷ Patrick Martin-Genier, « Après les excuses de la présidente de la Commission européenne aux Italiens, l’Europe tente de rebondir », in *Revue politique et parlementaire*, À la Une, International, 3 avril 2020, disponible en ligne: revuepolitique.fr.

empêchant les personnes – personnels de santé, patients – qui ont le plus besoin d'équipements médicaux et de protection de bénéficier de ceux-ci »¹⁸⁵⁸. En outre, lesdites interdictions ou restrictions peuvent gêner « considérablement tant les chaînes de production (en bloquant les intrants dans certains États) que les chaînes de distribution (lesquelles reposent sur des entrepôts centraux) »¹⁸⁵⁹.

C'est dans ce cadre que « l'importance d'avoir une approche coordonnée »¹⁸⁶⁰ avait déjà été mise en exergue en 2010, après la survenance de la pandémie de H1N1¹⁸⁶¹, lorsque le Conseil européen avait demandé à la Commission « d'entamer la préparation d'un mécanisme de passation conjointe de marché en matière de vaccins pour faire face à une future pandémie »¹⁸⁶².

Formulé sur cette base, l'article 5 de la Décision n. 1082/2013/UE établit que, en vue de l'achat *anticipé* de contre-mesures médicales relatives à des menaces transfrontières graves sur la santé, les institutions de l'Union et les États membres qui le *souhaitent* peuvent engager une procédure conjointe de passation de marché, menée conformément à l'article 104, paragraphe 1, du règlement no. 966/2012 du Parlement

¹⁸⁵⁸ Lucas Sutto, *Op. cit.*, 2020, p. 37 ; Commission européenne, *Note d'orientation de la Commission aux États membres relative au règlement d'exécution (UE) 2020/402 de la Commission soumettant l'exportation de certains produits à la présentation d'une autorisation d'exportation, tel que modifié par le règlement d'exécution (UE) 2020/426 de la Commission*, 20 mars 2020, 2020/C 91 I/02. Il convient aussi de noter que l'UE a prévu un système d'autorisations pour les exportations d'équipement médicaux octroyées dans la mesure où le transfert de ceux-ci « ne constitue pas une menace pour [s]a disponibilité sur le marché de l'État membre concerné ou ailleurs dans l'Union ». L'« Union n'a pas l'intention de restreindre les exportations dans des proportions qui dépasseraient ce qui est strictement nécessaire, et l'Union souhaite également défendre le principe de la solidarité internationale dans cette situation de pandémie mondiale ».

¹⁸⁵⁹ Lucas Sutto, *Op. cit.*, 2020, p. 37. « La situation pourrait même s'aggraver dès lors que l'État membre imposant une telle politique occuperait une position dominante ou centrale sur le marché de production, de distribution ou d'importation des biens jugés essentiels en période de crise sanitaire. D'autre part, il est à craindre un effet « domino » : les États membres peuvent être amenés à adopter des mesures afin d'atténuer les effets négatifs découlant des premières mesures restrictives prises par les autres États membres, cette situation étant propre à occasionner à terme une sorte de 'cercle vicieux'. [...] L'établissement par les États membres de mesures restrictives à l'exportation des équipements médicaux et de protection et des médicaments se retournerait finalement contre eux, la limitation de leurs interactions commerciales réduisant leurs ressources ».

¹⁸⁶⁰ Commission européenne, *Stratégie de planification générale de la préparation. Guide technique de la planification générale de la préparation aux urgences sanitaires*, 2009 ; Lucas Sutto, *Op. cit.*, 2020, p. 36, précisant que « [c]'est au travers du bon fonctionnement du marché intérieur, de la circulation des biens essentiels et d'une stratégie coordonnée que les États membres pourront gérer l'épidémie de COVID-19 ». Voy. Hélène De Pooter, *Op. cit.*, no. 5, mai 2020, étude 4.

¹⁸⁶¹ Commission européenne, *Stratégie de planification générale de la préparation. Guide technique de la planification générale de la préparation aux urgences sanitaires*, 2009. Voy. aussi Commission européenne, *Proposition de Décision du Parlement européen et du Conseil relative aux menaces transfrontières graves pour la santé*, COM(2011) 866 final, article 3 (g). La « menace transfrontière grave pour la santé » est un danger d'origine biologique, chimique, environnementale ou inconnue qui est susceptible de traverser les frontières nationales des États membres et qui peut présenter un risque potentiel grave pour la santé publique nécessitant une action coordonnée au niveau de l'Union ». Voy. aussi Nathalie De Grove-Valdeyron, « La pénurie en équipements médicaux de première nécessité et en médicaments : que fait l'Union européenne ? », in *Bulletin DESAPS, La gestion de la crise du Covid 19 au niveau de l'UE. Analyses et commentaires*, Édition spéciale 2, Université Toulouse-Capitole, 2020, p. 3 ; Hélène De Pooter, *Op. cit.*, no. 5, mai 2020, étude 4.

¹⁸⁶² https://ec.europa.eu/health/preparedness_response/joint_procurement_fr. Voy. également Rozen Noguellou, *Op. cit.*, no. 6, juin 2014, alerte 48.

européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union¹⁸⁶³, et en vertu de l'article 133 du règlement délégué no. 1268/2012 de la Commission du 29 octobre 2012 relatif aux règles d'application du règlement no. 966/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union¹⁸⁶⁴.

Une telle procédure conjointe de passation de marché est donc menée sur une base volontaire¹⁸⁶⁵ et de manière anticipée par rapport à la survenance du problème, en étant accessible à tous les États membres jusqu'à l'ouverture de la procédure¹⁸⁶⁶. La passation conjointe de marché est soumise à deux conditions principales : en premier lieu, elle ne doit pas avoir d'incidence sur le marché intérieur, ni constituer une discrimination ou une restriction des échanges commerciaux, ni entraîner de distorsions de la concurrence¹⁸⁶⁷ ; en deuxième lieu, elle ne doit pas avoir d'incidence directe sur le budget des États membres qui ne participent pas à ladite passation de marché¹⁸⁶⁸.

Conformément à l'article 5, paragraphe 3 de ladite Décision, les parties sont appelés, « [a]vant d'entamer la procédure conjointe de passation de marché », à conclure « un accord [...] déterminant les modalités pratiques régissant cette procédure et le

¹⁸⁶³ Règlement no. 966/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, JO L 298 du 26.10.2012, p. 1.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*

¹⁸⁶⁵ Article 5, paragraphe 2, de la Décision n. 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 ; Natasha Azzopardi-Muscat, Peter Schroder-Back, Helmut Brand, *Op. cit.*, vol. 12, no. 1, janvier 2017, p. 44, se focalisant sur « health system cooperation on a voluntary basis to ensure better public health protection at European level » qui constitue un « mechanism, in which MS could opt to participate on a voluntary basis ». Voy. aussi Gloria Sdanganelli, *Op. cit.*, 2020 ; Nathalie De Grove-Valdeyron, *Op. cit.*, p. 3 ; Hélène De Pooter, « La passation conjointe de marchés de contre-mesures médicales dans le contexte de la pandémie de Covid-19 », in *Europe*, no. 5, mai 2020, étude 4.

¹⁸⁶⁶ Article 5, paragraphe 2, de la Décision n. 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 ; Natasha Azzopardi-Muscat, Peter Schroder-Back, Helmut Brand, *Op. cit.*, vol. 12, no. 1, janvier 2017, p. 51. « The decision to participate in a particular joint procurement procedure does not prevent a MS from carrying out simultaneous independent procurement procedures at national level, even when they involve the same medical countermeasures or the same operators ».

¹⁸⁶⁷ Article 5, paragraphe 2, lettre (c) de la Décision n. 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013. Voy. également Commission européenne, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint crossborder procurement procedure by public buyers from different Member States*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017, p. 11. « Centralised – and therefore 'joint' – purchasing techniques are successfully used in most Member States and the idea of exploring a cross-border dimension is generating more and more interest as it facilitates cooperation between contracting authorities across Europe and at the same time enhances the benefits of the Internal Market by creating better business opportunities for economic operators ». Voy. encore Gabriella M. Racca et Roberto Cavallo Perin, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 107, selon lesquels « joint cross-border public procurement is the key to strengthening the single market ». Voy. encore Roberto Cavallo Perin et Gabriella M. Racca, *Op. cit.*, 2018, p. 265-296 ; Albert Sanchez- Graells, « Is Joint Cross-Border Public Procurement Legally Feasible or Simply Commercially Tolerated? – A Critical Assessment of the BBG-SKI JCBPP Feasibility Study », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, 2017, p. 97.

¹⁸⁶⁸ Article 5, paragraphe 2, lettre (d) de la Décision n. 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013.

processus décisionnel en ce qui concerne le choix de la procédure, l'évaluation des offres et l'attribution du marché ».

En application de cet article, la Commission européenne a adopté le *Joint Procurement Agreement* (JPA) le 10 avril 2014, qui a été signé – depuis avril 2020 – par 36 pays, dont l'ensemble des pays de l'UE et de l'EEE, le Royaume-Uni, l'Albanie, le Monténégro, la Macédoine du Nord, la Serbie, la Bosnie-et-Herzégovine et le Kosovo¹⁸⁶⁹.

Le *Joint Procurement Agreement* (JPA) est un accord¹⁸⁷⁰ de passation conjointe de marchés transnational qui permet à tous les États adhérents « d'acquérir conjointement et non plus individuellement des vaccins pandémiques et d'autres contre-mesures médicales »¹⁸⁷¹. Grâce à cet accord de passation conjointe de marchés, les États membres devraient être « assurés, en cas de menace sanitaire transfrontalière, de disposer de vaccins et de médicaments en quantités suffisantes et à un prix correct »¹⁸⁷². L'objectif de cet instrument juridique n'est pas seulement d'assurer une égalité d'accès audits vaccins et contre-mesures médicales et d'en garantir des prix plus équilibrés, mais aussi d'encourager un niveau élevé de solidarité entre les États membres, étant ces derniers appelés à convenir de partager une disponibilité limitée des vaccins dans le cas de survenue d'une pandémie.

La signature dudit accord n'implique cependant « aucun engagement financier immédiat pour les États membres », ceci n'étant « nécessaire que s'ils signent des contrats au titre de procédures de passation de marchés lancées sur la base de l'accord »¹⁸⁷³. Lesdites procédures sont dirigées par deux types de comité directeur : « le comité directeur de l'accord de passation conjointe de marchés, chargé de toutes les questions en rapport direct avec l'objet même de l'accord, et le comité directeur pour les procédures de passation de marchés spécifiques, pour tout ce qui concerne les problèmes liés auxdites procédures »¹⁸⁷⁴.

¹⁸⁶⁹ https://ec.europa.eu/health/preparedness_response/joint_procurement_fr.

¹⁸⁷⁰ Commission européenne, *Considerations on the legal basis and the legal nature of the Joint Procurement Agreement*, 10 avril 2014. « The Joint Procurement Agreement is concluded pursuant to the Financial Regulation and Decision 1082/2013/EU, and falls entirely within the subject matter of the Treaties. These acts provide explicitly that they are governed by Union law (including principles common to the Member States), and any disputes are subject to exclusive jurisdiction of the Court of Justice. [...] It is not an international treaty, in the meaning of the Vienna Convention on the Law of Treaties ».

¹⁸⁷¹ Le mécanisme de l'accord de passation conjointe de marchés « permet à n'importe quel État membre de proposer à d'autres États membres d'acheter ensemble des contre-mesures médicales ». Voy. Rozen Noguellou, *Op. cit.*, no. 6, juin 2014, alerte 48.

¹⁸⁷² *Ibid.*

¹⁸⁷³ *Ibid.*

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*

Pour la doctrine, la « portée de l'accord de passation conjointe de marchés va bien au-delà de l'achat de vaccins pandémiques », en raison de l'« intérêt » que certainement les États membres auraient « à étendre l'accord à l'achat de contre-mesures médicales pour lutter contre d'autres maladies infectieuses, telles que le botulisme, l'anthrax, l'hépatite B ou la poliomyélite »¹⁸⁷⁵. Mais pour ce faire, la « majorité des pays souhaiteraient que les contrats d'approvisionnement futurs contiennent des conditions plus flexibles dans le cadre desquelles le volume spécifié pourrait être réduit/modifié (par ex., en raison de nouvelles informations scientifiques, de problèmes ayant trait à la qualité ou à la sécurité, ou d'une demande réduite/plus forte) »¹⁸⁷⁶.

B : La crise sanitaire provoquée par le Covid-19 et la nécessité de s'approvisionner dans l'immédiat : quelle compatibilité avec la passation conjointe de marchés transnationaux ?

À la lumière de tout cela, la crise sanitaire provoquée par le Covid-19 a été perçue, par certains, comme un « moment de vérité » voire « un test pour l'Union européenne »¹⁸⁷⁷ non seulement quant à « sa capacité à préserver sa cohésion » et la solidarité à son intérieur¹⁸⁷⁸, mais aussi quant à l'étanchéité des systèmes nationaux des marchés publics. Ces derniers ont été coincés entre l'urgence d'adopter des mesures pour faire face aux besoins pressants en termes d'approvisionnement rapide de fournitures sanitaires (a) et la tentative de juguler les contradictions et les dérives découlant de l'adoption désordonnée et unilatérale de toutes ces initiatives. Cela induit une réflexion sur les bénéfices potentiels qu'offriraient des formes de coopération entre les différents acheteurs publics lors de la survenue de crises socio-environnementales y compris sanitaires (b).

¹⁸⁷⁵ *Ibid.* Voy. Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, p. 1, qui, en revanche, considèrent que « [i]t is thus not intended to cover any health technologies beyond this scope, for example, for treating chronic conditions ».

¹⁸⁷⁶ Commission européenne - Health Protection Agency, *Assessment Report on EU-wide Pandemic Vaccine Strategies*, 2010, p. 14 ; Conseil de l'UE, *Council conclusions on Lessons learned from the A/H1N1 pandemic – Health security in the European Union*, 3032e Réunion du Conseil Affaires générales, Bruxelles, 13 septembre 2010. « It is necessary to review purchasing procedures to include in them elements such as the flexibility necessary to adjust the quantities ordered to actual needs, to review the terms on the liability aspects, etc ».

¹⁸⁷⁷ Adrien Pech, *Op. cit.*, 2020, p. 25 ; Frédéric Mauro, « Coronavirus : l'absence de solidarité peut tuer le projet européen », in *Programme Europe, Stratégie, Sécurité*, analyse 8, avril 2020.

¹⁸⁷⁸ Adrien Pech, *Op. cit.*, 2020, p. 25.

a : L'adoption de mesures unilatérales en urgence et en extrême urgence

Les systèmes nationaux des marchés publics ont dû faire face à, « [d]'une part, la nécessité de répondre de façon quasi-immédiate à des besoins résultant de la crise sanitaire, comme l'achat de masques ou de respirateurs », alors que « [d]'autre part, la crise sanitaire a un impact sur les procédures de passation en cours »¹⁸⁷⁹. Si dans ce deuxième cas, les difficultés d'exécution¹⁸⁸⁰ – qui se sont manifestées un peu partout – ont justifiées certains ajustements/modifications des marchés publics en cours¹⁸⁸¹ ; en revanche, dans le premier cas, la nécessité de s'approvisionner dans l'immédiat a conduit non seulement à une multitude d'initiatives individuelles menées par chaque État en solo, mais a démontré aussi l'incompatibilité de l'urgence ou de l'extrême urgence « avec la durée des procédures classiques »¹⁸⁸².

Les acheteurs publics ont, en fait, eu besoin « d'acheter [souvent] en quelques jours, voire en quelques heures, si nécessaire »¹⁸⁸³. Résultat : délais raccourcis en cas

¹⁸⁷⁹ Vincent Brenot et Benoît Feroldi, *Op. cit.*, mai 2020, prat. 1.

¹⁸⁸⁰ *Ibid.* Pour ce qui concerne le cadre juridique français, le législateur a adopté par exemple une ordonnance pour mettre en place « les mesures nécessaires à l'assouplissement des règles applicables à l'exécution des contrats publics qui serait compromise du fait de l'épidémie de covid-19, afin de ne pas pénaliser les opérateurs économiques et de permettre la continuité de ces contrats ». Voy. Le Président de la République Française, Ordonnance no. 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19, JORF no. 0074 du 26 mars 2020, texte no. 43 ; Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no. 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19, JORF du 26 mars 2020, texte no. 42.

¹⁸⁸¹ Il est à noter que « [l]es contrats et accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies : i) la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir ; ii) la modification ne change pas la nature globale du marché ; iii) toute augmentation de prix n'est pas supérieure à 50% de la valeur du marché ou de l'accord-cadre initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification. Ces modifications consécutives ne visent pas à contourner les dispositions de la présente directive » (article 72 (1) (c) de la Directive sur les marchés publics) ». Voy. Organisation de coopération et développement économiques (OCDE)-SIGMA, *Application des règles relatives aux marchés publics durant la crise du COVID-19 dans le cadre des directives européennes et de l'accord sur les marchés publics*, 8 avril 2020, pp. 4-5. Voy. ainsi Hélène Hoepffner, « Commande publique – Du confinement au déconfinement : l'urgence sanitaire jusqu'à quand ? », in *Contrats et Marchés publics* no. 7, juillet 2020, repère 7, qui précise que « [à] court terme, le droit dérogatoire a ajouté des facilités. Il a permis de compenser, suspendre, exonérer ». Voy. encore Gabriel Eckert, « Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19 », in *Contrats et Marchés publics* no. 6, juin 2020, étude 4. « Le droit spécial met l'accent sur l'exécution des contrats dans le but de soutenir les opérateurs économiques co-contractants. Pour ce faire, il facilite la suspension de l'exécution des contrats, protège les entreprises face au risque de pénalités ou d'engagement de leur responsabilité et tend à préserver leur trésorerie, en allant, sur ce dernier point, jusqu'à porter atteinte à la règle du paiement après service fait en cas de suspension des marchés à prix forfaitaire ».

¹⁸⁸² Vincent Brenot et Benoît Feroldi, *Op. cit.*, mai 2020, prat. 1 ; Florian Linditch, *Op. cit.*, no. 5, mai 2020, alerte 18, précisant que « les procédures dérogatoires sans mise en concurrence obéissent à des conditions d'interprétation stricte, et ne peuvent être que temporaires ».

¹⁸⁸³ De ce fait, « [p]our accélérer la passation de ces marchés, les acheteurs publics peuvent également envisager : de prendre contact avec des contractants éventuels dans l'Union ou en dehors de celle-ci par téléphone, par courrier électronique ou en personne, de recruter des agents disposant de meilleurs contacts sur les marchés, d'envoyer des représentants directement dans les pays qui disposent des stocks nécessaires et qui peuvent assurer une livraison immédiate, de prendre contact avec des fournisseurs éventuels pour convenir d'une mise en production, d'un

d'urgence¹⁸⁸⁴, procédures négociées sans publication en cas d'urgence extrême/impérieuse¹⁸⁸⁵. Ces dernières procédures de négociation sans publicité sont bien évidemment en mesure « de répondre aux besoins immédiats »¹⁸⁸⁶, mais leur utilisation

accroissement de leur production ou du renouvellement d'une production. [...] Dans un premier temps, pour trouver la réponse à leurs besoins immédiats ou prévus à court terme, les acheteurs devraient exploiter pleinement la souplesse offerte par ce cadre. Dans un second temps, ils sont incités à tirer parti des outils complémentaires que sont la passation conjointe de marchés ou la participation à des initiatives de passation conjointe de marchés lancées par la Commission. Les procédures à délais réduits les aident à trouver une réponse à leurs besoins à moyen terme, car elles sont en principe plus fiables pour obtenir un meilleur rapport qualité-prix, pour garantir un plus large accès des entreprises aux débouchés et pour assurer un plus large éventail de fournitures disponibles ». Voy. Commission européenne, *Communication. Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19*, (2020/C 108 I/01), 1 avril 2020.

¹⁸⁸⁴ Vincent Brenot, Benoît Feroldi, *Op. cit.*, Mai 2020, prat. 1. En France, « [l]a Direction des affaires juridiques (la 'DAJ') et la Direction des achats de l'État (la 'DAE') ont formulé des recommandations. La DAJ a clarifié les conditions de recours aux procédures d'urgence et la DAE a encouragé les acheteurs publics à soutenir les entreprises afin de permettre la poursuite de l'exécution des contrats et éviter de les fragiliser davantage ». Voy. Commission européenne, *Communication Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19*, (2020/C 108 I/01) du 1 avril 2020 ; Article 27 de la Directive 2014/24/UE, prévoyant que « lorsqu'une situation d'urgence dûment justifiée par le pouvoir adjudicateur rend le délai minimal prévu au paragraphe 1, deuxième alinéa impossible à respecter », le délai peut être fixé à (pas moins de) 15 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. Voy. encore OCDE-SIGMA, *Application des règles relatives aux marchés publics durant la crise du COVID-19 dans le cadre des directives européennes et de l'accord sur les marchés publics*, 8 avril 2020, pp. 3 et s.

¹⁸⁸⁵ Commission européenne, *Communication Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19*, (2020/C 108 I/01), 1 avril 2020 ; Article 32 de la Directive 2014/24/UE, prévoyant que la procédure négociée sans publication préalable est possible « dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais des procédures ouvertes, restreintes ou concurrentielles avec négociation. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne sont en aucun cas imputables au pouvoir adjudicateur ». Voy. encore Adrien Pech, *Op. cit.*, 2020, p. 34, selon lequel « la gradation de la Commission distinguant 'l'urgence' de 'l'urgence impérieuse' peut sembler maladroite, mais reprend les propres maladresses formelles de la directive ». Voy. encore OCDE-SIGMA, *Application des règles relatives aux marchés publics durant la crise du COVID-19 dans le cadre des directives européennes et de l'accord sur les marchés publics*, 8 avril 2020, p. 3 s. « Plusieurs des dispositions habituelles de la Directive sur les marchés publics ne s'appliquent pas à l'attribution directe (procédure négociée sans publication préalable) : – il n'est pas nécessaire de publier un avis de marché (appel d'offres) ; – les clauses contractuelles peuvent être négociées qu'avec un seul opérateur économique ; – les exigences formelles concernant le déroulement du processus de passation de marché ne s'appliquent pas ; – les États membres de l'UE sont autorisés à déroger à l'exclusion obligatoire des opérateurs économiques, à titre exceptionnel, pour des raisons impérieuses, y compris pour la santé publique (à condition qu'une telle option soit prévue dans la législation nationale) ; – les délais minimum ne s'appliquent pas ; les dispositions relatives au délai de suspension (standstill) ne s'appliquent pas (le contrat peut être conclu immédiatement, sans délai). Cependant, la procédure négociée sans publication préalable n'est pas totalement exempte du régime de passation des marchés : les principes généraux du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) sur la non-discrimination et l'égalité de traitement s'appliquent ». Dans l'accord sur les marchés publics (AMP) de l'OMC, un équivalent de la procédure négociée européenne est l'appel d'offres limité. Selon l'article XIII de l'AMP, l'appel d'offres limité est soumis à la condition générale « qu'elle n'utilise pas la présente disposition dans le but d'éviter la concurrence entre les fournisseurs ou d'une manière qui établit une discrimination à l'égard des fournisseurs de toute autre Partie, ou protège les fournisseurs nationaux, une entité contractante pourra recourir à l'appel d'offres limité et pourra choisir de ne pas appliquer les articles VII à IX, X (paragraphe 7 à 11), XI, XII, XIV, et XV, uniquement dans l'une des circonstances suivantes ... ». Conformément à l'Article XIII.1 (d), l'appel d'offres limité peut être utilisé « dans la mesure où cela sera strictement nécessaire dans les cas où, pour des raisons d'extrême urgence dues à des événements qui ne pouvaient pas être prévus par l'entité contractante, l'appel d'offres ouvert ou sélectif ne permettrait pas d'obtenir les marchandises ou les services en temps voulu ». En outre, l'article III, paragraphe 2 de l'AMP prévoit, au niveau des « exceptions concernant la sécurité et exceptions générales », que « [s]ous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Parties où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie d'instituer ou d'appliquer des mesures : [...] nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux [...] ».

¹⁸⁸⁶ Commission européenne, *Communication. Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19*, (2020/C 108 I/01), 1 avril 2020 ; Adrien Pech, *Op. cit.*, 2020, p. 33, la procédure négociée sans publicité est une exception « réservée à des circonstances très exceptionnelles » et qui devrait « se limiter aux cas où une publication n'est pas possible pour des raisons d'extrême

doit se limiter à ce qui est strictement nécessaire « dans l'attente de solutions plus stables, telles que des contrats-cadres de fournitures et de services passés selon les procédures normales »¹⁸⁸⁷.

Sur la base de l'« articulation [...] entre droit commun (procédure accélérée) et régime d'exception (procédure négociée sans publicité) »¹⁸⁸⁸, certains auteurs arguent qu'il serait opportun d'introduire, face à une « urgence en matière de santé sans précédent »¹⁸⁸⁹, un « objet [lui-aussi] sans précédent, un droit de la commande publique de l'état d'urgence »¹⁸⁹⁰.

En revanche, selon la Commission européenne, pour trouver toutes les réponses nécessaires, il suffit de se référer au paquet des directives de 2014 : celles-ci seraient pleinement en mesure de garantir toute la nécessaire « souplesse » dont les acheteurs publics ont besoin dans ce type de situations extraordinaires¹⁸⁹¹ et tout au long les diverses

urgence résultant d'événements imprévisibles qui ne sont pas imputables au pouvoir adjudicateur ou bien lorsqu'il est clair dès le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de concurrence ou n'apporterait pas de meilleurs résultats, en particulier parce qu'il n'existe objectivement qu'un seul opérateur économique capable d'exécuter le marché ».

¹⁸⁸⁷ Commission européenne, *Communication Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19*, (2020/C 108 I/01), 1 avril 2020 ; Adrien Pech, *Op. cit.*, 2020, p. 34, « l'attribution directe à un opérateur économique présélectionné n'est possible que si une seule entreprise est en mesure de respecter les contraintes techniques et de temps imposés par l'urgence impérieuse ».

¹⁸⁸⁸ Adrien Pech, *Op. cit.*, 2020, p. 34. « La gradation incertaine doit céder le pas sur un raisonnement juridique classique selon lequel le droit commun doit trouver à s'appliquer en priorité et en principe. Cependant, si et seulement si il ne peut offrir de réponse suffisante, alors le régime d'exception devra être actionné ».

¹⁸⁸⁹ Annexe 2 de la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, à la Banque européenne d'investissement et à l'Eurogroupe, *Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19*, Bruxelles, 13 mars 2020, COM (2020) 112 final ; Lucas Sutto, *Op. cit.*, 2020, p. 37. Voy. aussi Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Stocktaking report on immediate public procurement and infrastructure responses to COVID-19*, OECD Publishing, 24 juin 2020. « The COVID-19 outbreak has brought unprecedented challenges for governments to ensure not only the health of their citizens but also public service continuity ».

¹⁸⁹⁰ Philippe Rees, « Le droit de la commande publique en état d'urgence », in *Contrats et Marchés publics*, no. 5, Mai 2020, repère 5, selon lequel « on peut observer que les règles de la commande publique n'ont pas la rigidité qu'on semble leur prêter », surtout dans une situation de crise sanitaire.

¹⁸⁹¹ En ce sens, la Commission européenne « exclut toute adaptation des directives, estimant que celles-ci permettent à droit une application souple du droit de la commande publique pendant la crise sanitaire ». Sur ce point, voy. Vincent Brenot et Benoît Feroldi, *Op. cit.*, Mai 2020, prat. 1 ; Commission européenne, *Communication Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19*, (2020/C 108 I/01), 1 avril 2020. « Le cadre européen qui régit les marchés publics offre toute la souplesse nécessaire aux acheteurs publics désireux de passer le plus rapidement possible des marchés de biens et de services directement liés à la crise de la COVID-19 ». En particulier, « [l]es acheteurs publics peuvent envisager plusieurs options : Premièrement, en cas d'urgence, ils peuvent recourir à la possibilité de considérablement réduire les délais afin d'accélérer les procédures ouvertes ou restreintes. Si ces mesures d'assouplissement ne sont pas suffisantes, une procédure négociée sans publication peut être envisagée. Enfin, même une attribution directe à un opérateur économique présélectionné pourrait être autorisée, à condition que ce dernier soit le seul en mesure de livrer les fournitures requises dans le respect des contraintes techniques et des délais imposés par l'urgence extrême ». Concrètement, « la procédure négociée sans publication permet aux acheteurs publics d'acquérir des fournitures et des services dans les plus brefs délais. Dans le cadre de cette procédure, telle qu'établie à l'article 32 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil [...], les acheteurs publics peuvent négocier directement avec le ou les contractants potentiels, et il n'y a pas d'exigences de publication, de délais, de nombre minimal de candidats à consulter ou d'autres contraintes procédurales. Aucune étape de la procédure n'est réglementée au niveau de l'Union. Dans la pratique, cela signifie que les autorités peuvent agir aussi rapidement qu'il est techniquement ou physiquement possible de le faire, et la procédure peut constituer de fait une attribution directe, soumise aux seules contraintes

phases qui les caractérisent¹⁸⁹². En ligne avec une telle affirmation, la Commission valide le recours aux procédures d'urgence et d'extrême urgence adoptées de manière unilatérale par les différents États au début 2020¹⁸⁹³.

physiques/techniques liées à la disponibilité réelle et à la rapidité de la livraison ». Voy. ainsi Hélène Hoepffner, *Op. cit.*, no. 7, juillet 2020, repère 7, qui précise que « la trousse de secours du droit commun est fournie ». En particulier, elle souligne que cette trousse de secours du droit commun « contient d'abord les contrats qui comportent souvent des clauses de réexamen ou indemnitaires (ex. en cas de baisse de fréquentation) ou les CCAG qui organisent, en cas de force majeure, la prolongation des délais d'exécution ou la résiliation du marché (CCAG-FCS et PI, art. 13.3.1 et 31.1), l'indemnisation des frais d'ajournement et d'attente ou des pertes et avaries (CCAG-Travaux, art. 49.1.1 et 18.3) ainsi que la protection de la main-d'œuvre (CCAG-Travaux, art. 6.2). Elle contient ensuite les théories jurisprudentielles. Outre la force majeure qui permet, selon son intensité, de suspendre ou de résilier le contrat (CE, 29 janv. 1909, n° 17614, *Cie des messageries maritimes*. – S. Pignon, *Coronavirus et force majeure en droit des contrats publics : Contrat-Marchés publ. 2020, alerte 11*), on pense à la théorie de l'imprévision (CE, 30 mars 1916, n° 59928, *Cie d'éclairage de Bordeaux*) qui permet au titulaire d'un contrat dont l'économie a été bouleversée de bénéficier, pour poursuivre l'exécution, d'une indemnité lui permettant de faire face à des charges extra-contractuelles (CE, 21 oct. 2019, n° 419155, *Sté Alliance : JurisData n° 2019-018542*) ou à celle du fait du Prince. Elle contient enfin les textes, notamment le Code de la commande publique, qui organise l'indemnisation partielle du titulaire d'un contrat administratif lorsqu'il poursuit son exécution mais que « survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat » (CCP, art. L. 6, 3°) ou intégrale en cas de résiliation unilatérale pour un motif d'intérêt général (CCP, art. L. 6, 5°), la modification unilatérale des contrats administratifs pour un motif d'intérêt général (CCP, art. L. 6, 4°) ou par tout moyen de tous les contrats, dès lors qu'elle n'est pas substantielle (CCP, art. L. 2194-1, 6°, L. 3135-7) ou qu'elle est rendue nécessaire par circonstances imprévues dès lors qu'elle ne dépasse pas 50 % du montant du contrat initial (CCP, art. L. 2194-1, 3°, L. 3135-5) et la résiliation desdits contrats pour un motif d'intérêt général (CCP, art. L. 6, L. 2195-3 et L. 3136-3) ou pour force majeure (CCP, art. L. 2195-2 et L. 3136-2) ».

¹⁸⁹² En ce sens, il est évident qu'une crise sanitaire globale, comme celle provoquée par le Covid-19, ne se compose pas d'un seul stade. En revanche, comme mis en exergue par l'OCDE et une partie de la doctrine, elle peut se comprendre selon trois phases principales, caractérisées par un besoin de réponse dans l'immédiat qui est décroissant (sauf éventuelles nouvelles flambées de la pandémie) et, de ce fait, par des nécessités d'action et d'intervention qui varient sur la base de la phase spécifiquement prise en compte. En particulier, dans la première phase, la priorité est celle de gérer et assurer « the emergency response » en fournissant une intervention immédiate par rapport aux besoins urgents ou d'extrême urgence, ce qui implique un système « rapid, reactive » de passation des marchés publics. La deuxième phase – même si elle peut encore exiger des « emergency responses » – donne l'opportunité de « re-assessing the situation » car, sur la base d'une meilleure compréhension des conséquences et de l'impact de la pandémie globale, il est possible de repenser les stratégies portant sur les marchés publics de manière à les rendre (plus) adéquates par rapport aux nouveaux défis posés par la pandémie même. Dans la troisième phase, il n'y a plus de besoin de réponse immédiate, mais plutôt un besoin de concevoir et de mettre en place des politiques de relance pour reconstruire la société et l'économie. Si aujourd'hui certains pays semblent encore dans le premier stade, d'autres semblent déjà focalisés plutôt sur la deuxième phase avec un œil pour la troisième. Voy. Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Stocktaking report on immediate public procurement and infrastructure responses to COVID-19*, OECD Publishing, 24 juin 2020, p. 4. En doctrine, voy. entre autres Hélène Hoepffner, *Op. cit.*, no. 7, juillet 2020, repère 7, qui évoque trois temps, à savoir le premier « marqué par la recherche de solutions dans le droit commun [...] qualifiant l'épidémie de cas de 'force majeure' » ; le deuxième est celui « des réactions à l'épidémie allant jusqu'au confinement, [...] marqué par la mise en place, en urgence, d'un droit dérogatoire à caractère temporaire » ; le troisième temps est « celui du recul de l'épidémie et du déconfinement, [...] marqué par le retour du droit commun et l'extinction progressive du droit dérogatoire ». Cette dernière période est « celle des zones d'ombres juridiques : quel va être le point de départ du retour 'à la normale' ? ».

¹⁸⁹³ Commission européenne, *Communication. Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise du Covid-19*, 1 avril 2020. Pour un aperçu des dispositions juridiques spécifiques adoptées par les divers États, voy. Organisation de coopération et développement économiques (OCDE)-SIGMA, *Application des règles relatives aux marchés publics durant la crise du COVID-19 dans le cadre des directives européennes et de l'accord sur les marchés publics*, 8 avril 2020, pp. 8-18 ; Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), *Stocktaking report on immediate public procurement and infrastructure responses to COVID-19*, OECD Publishing, 24 juin 2020. Voy. ainsi Gabriel Eckert, « Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19 », in *Contrats et Marchés publics* no. 6, juin 2020, étude 4. « [L]es mesures prises par les États membres de l'Union sont d'intensité très variable. [...] L'apparition d'un droit spécial, justifié par les circonstances exceptionnelles, constitue un phénomène essentiellement national et résiduel. En effet, alors que le droit commun de la commande publique est largement d'origine européenne, découlant de la transposition des directives du Parlement et du Conseil, le droit spécial est d'origine strictement nationale. [...] Le droit spécial s'étend plus facilement aux règles relatives à l'exécution des marchés publics et des concessions, dans la mesure où le droit européen laisse aux États membres des marges bien plus importantes ».

b : La nécessité d'une approche concertée entre les États

Bien que les procédures d'urgence et d'extrême urgence adoptées de manière unilatérale par les différents États au début 2020 aient été validées par la Commission européenne, il convient de souligner que les « mesures prises individuellement » peuvent être fondées « sur des évaluations des risques divergentes » par rapport aux mesures adoptées par d'autres États, tout en s'avérant incohérentes les unes vis-à-vis des autres.

Cela peut porter « préjudice aux intérêts » des autres pays¹⁸⁹⁴, avec un risque d'éventuelle « dérive nationaliste »¹⁸⁹⁵, surtout dans le cadre d'une « augmentation considérable de la demande de biens et de services similaires » et de la perturbation de « certaines chaînes d'approvisionnement »¹⁸⁹⁶.

Face à « la multiplication de mesures nationales » susceptibles de paralyser « la capacité d'action des États et de l'Union »¹⁸⁹⁷, une partie de la doctrine a argué que si la solidarité européenne « ne se manifeste pas avec force en réponse à l'épidémie du coronavirus, [...] c'est l'identité européenne qui est en jeu »¹⁸⁹⁸. Dans une telle situation extraordinaire, une « approche globale et concertée des États »¹⁸⁹⁹ semble donc nécessaire, comme préconisée par la décision – déjà mentionnée – no. 1082/2013 du 22 octobre 2013.

À cet égard, il convient de souligner que « [p]lusieurs passations conjointes de marché ont été lancées [...] en février et mars 2020 »¹⁹⁰⁰ au sein de l'UE, mais de celles-ci on a peu d'informations, car la « Commission s'en tient à des annonces générales et l'urgence impérieuse, qui permet de déroger à l'obligation de publier les avis de marché

¹⁸⁹⁴ Nathalie De Grove-Valdeyron, *Op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁹⁵ Thierry Chopin, *Op. cit.*, mars 2020.

¹⁸⁹⁶ Commission européenne, *Communication. Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19*, (2020/C 108 I/01), 1 avril 2020.

¹⁸⁹⁷ Lucas Sutto, *Op. cit.*, 2020, p. 38.

¹⁸⁹⁸ Dans une telle situation, à la place d'une logique de libre-échange, « tous les États membres devraient demander l'activation de la clause de solidarité (article 222 du Traité de l'UE), qui oblige l'UE et les pays de l'UE à agir conjointement, et de recourir aux instruments à leur disposition (y compris les moyens militaires) pour porter assistance à un pays de l'UE en cas de catastrophe naturelle ou d'origine humaine ». Voy. Thierry Chopin, *Op. cit.*, mars 2020.

¹⁸⁹⁹ Nathalie De Grove-Valdeyron, *Op. cit.*, p. 3 ; Gabriella M. Racca et Roberto Cavallo Perin, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 103. « Cooperation aimed at creating an aggregate 'public demand side', in fact, may contribute to achieving many of the objectives of the EU public procurement policies. It may also trigger economic operators' responsiveness to specific joint procurement strategies on a case-by-case basis. [...] [S]uppliers will be encouraged to collaborate in order to create an aggregate 'supply side' (e.g. temporary partnerships) which would allow them to keep having a competitive position while meeting the aggregate 'public demand side' requirements – something that has not happened frequently so far ».

¹⁹⁰⁰ Hélène De Pooter, *Op. cit.*, no. 5, mai 2020, étude 4, p. 5.

au JOUE [Journal Officiel de l'Union Européenne] », ce qui « rend d'autant plus difficile l'accès aux modalités précises de ces procédures conjointes »¹⁹⁰¹.

En général, on peut constater que les procédures de passation conjointe de marché transnationaux n'ont pas été toujours saluées avec enthousiasme. Comme relevé par certains auteurs, « dans un contexte d'urgence sanitaire », celles-ci restent (trop) « longue[s] », prenant « un peu plus d'un mois pour [...les] mettre en œuvre auquel il faut ajouter le délai lié à la livraison (15 jours) »¹⁹⁰². Mais un tel calendrier semble se justifier par le fait que la procédure a été conçue pour passer des marchés « anticipés »¹⁹⁰³, c'est-

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 5. « Une première procédure a été initiée le 28 février 2020 pour la fourniture d'équipements de protection individuelle destinés aux employés de la santé (lunettes et masques filtrants faciaux des classes 2 et 3). En plus de la Commission, cette procédure a réuni l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, Chypre, la Croatie, l'Espagne, l'Estonie, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la République tchèque, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovénie et la Suède. La procédure choisie aurait été la procédure négociée, avec recours à un contrat-cadre, sans publication d'avis d'appel à la concurrence au JOUE compte tenu de l'urgence. Le 12 mars 2020, la Commission a publié un 'avis d'attribution de marché' duquel il ressort que le marché n'a finalement pas été attribué, car '[a]ucune offre ou demande de participation n'a été reçue ou elles ont toutes été rejetées'. Force est de constater que la Commission n'a pas communiqué sur ce 'raté' qui interpelle et confirme que la procédure de passation conjointe perd de son intérêt si elle n'est pas mise en œuvre de façon anticipée. Contrairement à la procédure lancée pendant l'épidémie de maladie à virus Ebola et à celle ayant conduit à la conclusion d'un accord-cadre avec Seqirus, cette procédure avortée n'a pas été conduite sur la base de la directive 2014/24/UE sur les marchés publics, dans le champ de laquelle elle était présentée comme n'entrant pas, mais sur celle du règlement financier de 2018. C'est sans doute parce que la Commission européenne a été considérée comme l'adjudicateur principal de cette passation conjointe. [...] Les 16 et 17 mars, deux nouvelles procédures ont été lancées, la première pour des kits de diagnostic et des respirateurs, la seconde pour des équipements de protection individuelle (gants, lunettes, masques filtrants faciaux des classes 2 et 3, écrans faciaux, masques chirurgicaux et combinaisons). Le 24 mars, la Commission annonçait que la seconde procédure était un succès puisque les offres dépassaient parfois les quantités demandées par les 25 participants, ce qui montrerait la puissance d'achat des États membres de l'Union européenne dans un contexte de forte demande à l'échelle mondiale. [...] La procédure de passation conjointe de contre-mesures médicales semble également avoir été utilisée afin d'approvisionner la réserve rescEU, dans sa toute récente composante médicale. Créée sur le papier par la décision (UE) 2019/420 du Parlement européen et du Conseil du 13 mars 2019 afin d'enrichir les dispositifs déjà existants dans le cadre du mécanisme de protection civile de l'Union, la réserve rescEU appelle à l'adoption, par la Commission, de décisions d'exécution définissant les « capacités » (c'est-à-dire les composantes) de la réserve. Dès le 8 avril 2019, la Commission dotait la réserve de capacités de lutte aérienne contre les feux de forêts. Alors que la constitution de capacités dans le domaine de l'intervention médicale d'urgence était envisagée dès la création du principe d'une réserve rescEU, la Commission n'a pris une décision d'exécution en ce sens que le 19 mars 2020, en pleine pandémie de COVID-19 ». Voy. aussi Avis d'attribution de marché (fourniture d'équipement de protection individuelle aux employés de la santé chargés des patients avec un nouveau coronavirus soupçonné ou confirmé (COVID-19)), JOUE no. S 51, 12 mars 2020, document 119976-2020, <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:119976-2020:TEXT:FR:HTML&src=0&tabId=0>. Voy. aussi Anniek de Ruijter, Roel Beetsma, Brian Burgoon, Francesco Nicoli, Frank Vandembroucke, *Op. cit.*, p. 2, disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=3578256>, « the actual capacity of 'rescEU' still largely depends on Member States' willingness to contribute, and it is doubtful that for medical countermeasures EU internal funding will be comparable to what can be organized at the national level or through the JPA in the EU health context ». En outre, pour les auteurs, « [t]he challenge of a process where the Member States have to decide on this among themselves would mandate a larger role for the European Commission, rather than the current structure where all contracting parties have to instantly agree on the deployment of medical counter measures in accordance to urgency and need, and rules that are sufficiently clear ex ante, with strong measures against any free-riding ».

¹⁹⁰² Nathalie De Grove-Valdeyron, *Op. cit.*, p. 3.

¹⁹⁰³ Décision no. 1082/2013/UE, article 5, paragraphe 1 ; Hélène De Pooter, *Op. cit.*, no. 5, mai 2020, étude 4, p. 7 ; Anniek de Ruijter, Roel Beetsma, Brian Burgoon, Francesco Nicoli, Frank Vandembroucke, *Op. cit.*, pp. 3 et s., disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=3578256>. « [T]here are good social, economic and legal arguments, and likely also meaningful public support for procuring, stockpiling and allocating medical counter measures to COVID-19 and other infectious diseases at the EU level. This eliminates the inefficiency associated with excess demand and excess supply coexisting in various parts of the EU. More importantly, it allows massive firepower to be instantly targeted to wherever an outbreak starts. And if well-organized ex ante, it secures credible commitments by all Member States to the cooperation that is needed ex post, when a crisis hits ».

à-dire des marchés qui peuvent « apporter un certain soulagement à moyen terme » sans pouvoir résoudre « les pénuries à court terme »¹⁹⁰⁴.

C'est donc justement pour prévenir de telles situations qu'« [i]l est essentiel d'agir ensemble pour garantir la production, le stockage, la disponibilité et l'utilisation rationnelle des équipements de protection médicale et des médicaments dans l'UE de manière ouverte et transparente »¹⁹⁰⁵, tout en assurant la « security of supply » (sécurité des approvisionnements)¹⁹⁰⁶ et en permettant aussi un accès équitable à ce matériel¹⁹⁰⁷.

Il est aussi opportun de souligner que la procédure de passation conjointe de marchés pourrait constituer « un moyen utile »¹⁹⁰⁸ même dans le contexte « d'une demande en augmentation rapide, comme dans le cas de la réponse à la pandémie de COVID-19 »¹⁹⁰⁹ lorsque des accords-cadres ont été, par exemple, mis en place¹⁹¹⁰. Ces derniers peuvent assurer une réponse assez « flexible »¹⁹¹¹, « au moins tant que les

¹⁹⁰⁴ Hélène De Pooter, *Op. cit.*, no. 5, mai 2020, étude 4, p. 7 ; Anniek de Ruijter, Roel Beetsma, Brian Burgoon, Francesco Nicoli, Frank Vandembroucke, *EU solidarity and policy in fighting infectious diseases: state of play, obstacles, citizen preferences and ways forward*, CESifo Working Paper no. 8222, 2020, p. 23, prévoyant qu'« once a disease outbreak has started, cooperative agreements are not credible ».

¹⁹⁰⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, à la Banque européenne d'investissement et à l'Eurogroupe, *Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19*, Bruxelles, 13 mars 2020, COM (2020) 112 final ; Lucas Sutto, *Op. cit.*, 2020, pp. 35-37.

¹⁹⁰⁶ Ivo Locatelli, *Op. cit.*, no. 1, 2019. « Albano proposed to set up a 'European (virtual) CPB' aggregating demand at EU level in emergency situations. The outcome would likely be joint a cross-border procurement procedure », mentionnant Gian Luigi Albano, « Homo Homini Lupus: On the Consequences of Buyers Miscoordination in Emergency Procurement for the COVID-19 crisis in Italy », in *Public Procurement Law Review*, à paraître.

¹⁹⁰⁷ Conseil de l'UE, *Council conclusions on Lessons learned from the A/H1N1 pandemic – Health security in the European Union*, 3032e Réunion du Conseil Affaires générales, Bruxelles, 13 septembre 2010, p. 8. « Seeking solutions for the joint purchasing of vaccines and antiviral medications must be explored to be able to ensure equitable access, at the lowest price. This joint approach should increase authorities' negotiating power ». Voy. encore Jaime Espín, Joan Rovira, Antoinette Calleja, Natasha Azzopardi-Muscat, Erica Richardson, Willy Palm, Dimitra Panteli, *Op. cit.*, p. 5.

¹⁹⁰⁸ Organisation de coopération et développement économiques (OCDE)-SIGMA, *Application des règles relatives aux marchés publics durant la crise du COVID-19 dans le cadre des directives européennes et de l'accord sur les marchés publics*, 8 avril 2020, p. 4.

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 4.

¹⁹¹⁰ Le type de marché qui peut être attribué peut être un contrat direct ou un accord-cadre. Voy. Commission européenne, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint crossborder procurement procedure by public buyers from different Member States*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017, p. 19. « According to Art. 39 (4) of Directive 2014/24/EU, several CAs from different Member States may jointly award a public contract, conclude a framework agreement or operate a dynamic purchasing system ». Voy. également Hélène De Pooter, *Op. cit.*, no. 5, mai 2020, étude 4, p. 4, précisant qu'un contrat direct « désigne un marché public dont toutes les clauses nécessaires à sa mise en œuvre peuvent être déterminées d'emblée. Au contraire, la technique du 'contrat-cadre' a vocation à être utilisée lorsque la date de livraison et les quantités de marchandises ne peuvent pas être déterminées à l'avance avec précision. Le contrat-cadre se contente alors de prévoir les termes essentiels régissant une série de 'contrats spécifiques' qui seront négociés ultérieurement, pendant une durée déterminée, de façon bilatérale et à concurrence du nombre maximal de contre-mesures médicales que chaque partie contractante a réservées au titre dudit contrat-cadre. La technique du contrat-cadre offre une certaine souplesse, en ce qu'elle permet de changer la répartition des quantités réservées, de réaffecter les commandes, de revendre ou de donner des produits déjà livrés ».

¹⁹¹¹ « Cross-border cooperation framework agreements seem to be the most flexible tools for sophisticated strategies among contracting authorities from different Member States. Cross-border procurement may mean gaining very high value, but it may also yield sophisticated strategies based on market analyses to pursue industrial policy goals ». Voy. entre autres Gabriella M. Racca et Roberto Cavallo Perin, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation », in Gabriella M. Racca (dir.) et Christopher R. Yukins (dir.), *Op. cit.*, 2019, p. 125.

fournisseurs participants sont en mesure d'accélérer les livraisons selon les besoins »¹⁹¹². En fait, « dans l'approvisionnement du secteur de la santé, c'est souvent dans la nature même de la demande d'avoir un volume imprévisible dans le temps ; en fonction, par exemple de l'évolution des cas de grippe saisonnière, où les fluctuations d'une année à l'autre ne sont pas inhabituelles »¹⁹¹³. Il peut donc être « avantageux d'avoir un accord-cadre, ou plusieurs accords, fonctionnant en parallèle et se chevauchant lors de leur renouvellement, pour tout article dont les besoins sont difficiles à prévoir avec précision et pour lesquels il est important de ne pas se retrouver sans fournitures en cas de développements inattendus »¹⁹¹⁴. En présence d'« un risque de hausse soudaine et imprévue de la demande », l'accord-cadre peut donc « exiger une capacité à accélérer les livraisons au-delà du rythme habituel attendu dans une situation ordinaire »¹⁹¹⁵.

En vertu de tout ce qui précède, on peut conclure que la prise en compte dans les marchés publics des risques socio-environnementaux – y compris sanitaires – demande aux acheteurs publics une certaine flexibilité, une adaptabilité aux besoins et une capacité à trouver des solutions à des problèmes à la fois globaux et locaux¹⁹¹⁶. Tout cela sans oublier, bien évidemment, le facteur temporel. La coopération entre acheteurs publics de diverses expériences et compétences devient, dans ce cadre, un élément crucial pour « anticiper tant les dommages futurs [...] que les risques d'atteintes [intra- et] transgénérationnelles »¹⁹¹⁷.

¹⁹¹² Organisation de coopération et développement économiques (OCDE)-SIGMA, *Application des règles relatives aux marchés publics durant la crise du COVID-19 dans le cadre des directives européennes et de l'accord sur les marchés publics*, 8 avril 2020, p. 4.

¹⁹¹³ *Ibid.*

¹⁹¹⁴ *Ibid.*

¹⁹¹⁵ *Ibid.* « Une telle exigence devrait alors être reflétée dans les critères de sélection (dans ce cas, la capacité d'un soumissionnaire à augmenter les fournitures). Cependant, il faut également reconnaître que cela peut limiter, peut-être indûment, l'éventail des participants éligibles, réduisant ainsi la concurrence, et que cela peut s'accompagner d'un prix unitaire plus élevé. Par conséquent, des précautions doivent être prises lors de la préparation et de l'attribution d'un accord-cadre en ayant à l'esprit la survenance d'une éventuelle épidémie ou d'un fait similaire ».

¹⁹¹⁶ Voy. Cynthia Ghorra-Gobin et Magali Reghezza-Zitt, *Op. cit.*, 2016.

¹⁹¹⁷ Emilie Gaillard, « Développement durable et droits de l'homme. Vers la reconnaissance de droits de l'homme des générations futures ? », in S.F.D.L., *Op. cit.*, 2015, p. 401.

Conclusion

Même si inusuel, le recours au terme « glocal » bien s'adapte à la notion de développement durable. En fait, les enjeux socio-environnementaux peuvent être souvent compris sur la base de leur dimension à la fois globale *et* locale, en raison des interconnexions liant les différentes échelles spatiales. La gestion des défis posés par le développement durable et les risques socio-environnementaux nécessite, en ce sens, une synergie entre les niveaux.

Dans ce cadre, la prise en compte de la dimension *glocale* du développement durable dans les marchés publics appelle à une réponse conjointe ou, au moins, coordonnée entre les acheteurs publics.

Bien que la coopération reste pour la plupart encore sous-utilisée, les exemples ne manquent cependant pas à la fois sur le plan domestique et au niveau transnational. Même dans le cadre des villes intelligentes, dont l'ancrage territorial est évident, les APD peuvent participer à la réalisation d'objectifs de développement durable globaux, avec des résultats considérablement majeurs en cas de coopération. Pareillement, la crise sanitaire provoquée par le Covid-19 a montré que les formes de collaboration entre les divers acheteurs publics pourraient offrir des bénéfices majeurs de ceux obtenus par l'adoption en urgence voire extrême urgence de mesures désordonnées et unilatérales de la part de chaque État ou de chaque pouvoir adjudicateur.

C'est à ce niveau que, au-delà d'une dimension « horizontale » liant les divers États, la passation conjointe de marchés transnationaux peut être comprise en tant que structure *en réseau* capable potentiellement d'unir les pouvoirs adjudicateurs de provenance et de taille différentes, tout en mettant en communication les échelles infra-, extra-, ultra-, trans-, inter- nationales¹⁹¹⁸ tant dans des situations ordinaires (la poursuite du développement durable) que dans l'extraordinaire (les crises socio-environnementales).

¹⁹¹⁸ Si on prend en compte les diverses échelles spatiales, on devrait aussi, selon une partie de la doctrine, introduire « la notion de gouvernance [qui] accompagne de très près celle de développement durable ». Voy. Richard Laganier, Bruno Villalba et Bertrand Zuindeau, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/774>, selon lesquels la gouvernance devrait se considérer comme « échelles multi milieux, notamment en termes de territoires, multisectorielles pour les politiques intéressées et multi acteurs pour les responsabilités mobilisées ». Voy. aussi Christina Brodhag, *Op. cit.*, 1999, mettant en exergue que la gouvernance devrait être considérée comme le « quatrième pilier du développement durable ».

Cette dimension en réseau semble bien décrire à la fois la réalité juridique actuelle, faite d'interdépendances et de contradictions, et à la fois la notion de développement durable dans sa dimension *glocale* où les échelles locales et globales se rencontrent.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'incorporation de la notion de développement durable dans les achats publics a été analysée principalement par rapport à l'ensemble complexe du juridique et du non-juridique, ainsi qu'au regard des interdépendances entre le local et le global. À la frontière entre le droit et le non-droit, la compénétration de l'environnemental, du social et de l'économie – inhérente au développement durable – se matérialise au sein des marchés publics à travers une confrontation parfois contradictoire entre le *value for people* (valeur accordée aux personnes), le *value for planet*¹⁹¹⁹ (valeur accordée à la planète) et le *value for money* (efficacité économique). Cette dernière dimension économique est au centre de la plupart des systèmes de marchés publics, qui se caractérisent aussi par une tendance à privilégier la concurrence laissant peu de place à la solidarité. Mais, dans une démarche qui dépasse l'opposition traditionnelle entre le local et le global, la mise en œuvre du développement durable au sein des marchés publics appelle à une coopération (plus) étroite entre les acheteurs publics à travers des mécanismes de co-construction et de synergie d'achats.

Toutefois, les articulations entre ces différentes logiques et ces différentes dimensions spatiales « restent encore largement à construire » dans le droit des marchés publics¹⁹²⁰, avant qu'on puisse passer du *statu quo* à une véritable reconnaissance juridique et multi-dimensionnelle du développement durable.

I. Le *statu quo* : l'équilibre instable autour de la notion de développement durable

L'évolution des marchés publics a été « continue dans le sens du développement des procédures, [...] passant de l'achat le moins cher, à l'achat au meilleur prix, [...] pour arriver [...] au développement d'un marché concurrentiel » et, aujourd'hui, stratégique¹⁹²¹.

¹⁹¹⁹ Organisation de coopération et développement économiques (OCDE), Webinar « Strategic planning of infrastructure for the recovery phase » du 19 juin 2020, dans le cadre des *Series of webinars on infrastructure and public procurement experiences and responses to the coronavirus (COVID-19) crisis*, disponible en ligne : <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/infrastructure-and-public-procurement-webinar-series.htm>. Voy. en particulier la présentation de Dr. Georgios Katapodis, Chairman of the Hellenic Single Public Procurement Authority (HSPPA), Greece ; Mark Enzer, Head of the National Digital Twin programme (NDTp) and Chair of the Digital Transformation Task Group, United Kingdom.

¹⁹²⁰ Jacques Theys, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/1475>

¹⁹²¹ Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, p. 635.

Stratégique, durable, soutenable ou responsable, l'APD rencontre cependant encore des résistances. Certaines de ces dernières sont notamment fondées sur la logique de priorité des objectifs de l'efficacité économique et de l'ouverture à la concurrence, qui ont guidé la construction du droit des marchés publics au niveau national, supranational et international, tout en constituant les « premiers jalons » de ces régimes¹⁹²².

Sur la base de ces limites, les achats publics ne peuvent pas être *seulement* durables, « il faut qu'ils soient aussi économiquement intéressants »¹⁹²³ – comme l'expression *l'offre économiquement la plus avantageuse* le dévoile – ainsi qu'ouverts à la concurrence, autant que possible.

Si la notion de développement durable « n'a de sens que prise en compte dans l'ensemble des autres politiques », son intégration dans le droit des marchés publics implique qu'elle doive « y prendre une forme en tout état de cause particulière parce que résultant de conciliations avec les autres principes [et objectifs] de la matière »¹⁹²⁴. « Le temps présent est [en fait] celui de l'aspiration dominante à ce qui est conceptuellement impossible, mais qui est hautement désirable en pratique : non la primauté d'une seule valeur et d'un seul principe, mais la sauvegarde simultanée de plusieurs »¹⁹²⁵. Ce qui répond à une « aspiration non à un, mais à plusieurs principes ou valeurs [ou objectifs] » coexistant et concurrents¹⁹²⁶.

En ce sens, bien qu'ils « conservent leur individualité », les concepts, les objectifs et les principes des marchés publics devraient coexister « sans heurts destructifs » et « à l'intérieur de certaines limites d'oscillation » visant à éviter qu'une « seule composante puisse étouffer ou éliminer les autres »¹⁹²⁷.

Toutefois, l'équilibre est apparu souvent instable et le développement durable relégué au plan secondaire. Si aujourd'hui, d'un point de vue terminologique, cette subordination est partiellement dissimulée par l'utilisation de termes tels que « le caractère *stratégique* » des achats publics, d'un point de vue juridique cette subordination

¹⁹²² *Ibid.*, p. 632.

¹⁹²³ *Ibid.*, p. 627.

¹⁹²⁴ Concernant la relation entre les principes du droit de l'environnement et la commande publique, voy. *Ibid.*, p. 607.

¹⁹²⁵ En matière de droit constitutionnel, le sujet a été abordé par : Gustavo Zagrebelsky, *Op. cit.*, p. 15. « C'est le thème des conflits de valeurs, que nous voudrions écarter en donnant la victoire à toutes, bien que nous soyons conscients de leur propension à être inconciliables. [...] Si l'on prend chaque principe, [chaque objectif] et chaque valeur dans sa pureté, comme un concept absolu, on [...] devrait] conclure à l'impossibilité d'en admettre d'autres à leurs côtés ».

¹⁹²⁶ *Ibid.*, pp. 14-15.

¹⁹²⁷ *Ibid.*

explique que ni le concept de développement durable ni sa valeur juridique ne soient encore définis de manière claire et incontestable.

II. L'espoir de la reconnaissance de la valeur juridique de la notion de développement durable au sein des marchés publics

La notion de développement durable est une composante aujourd'hui importante des marchés publics, mais il est nécessaire que « sa prise de valeur s'accompagne[...] d'une prise de sens juridique »¹⁹²⁸. « [C]ondensé »¹⁹²⁹ à la fois éthéré, multiforme et imprécis, couvrant de nombreuses questions socio-environnementales, la notion de développement durable reste, en fait, vague et difficilement saisissable par le droit.

Mais, lorsque la nature et le statut juridique du développement durable seront précisés, il pourra raisonnablement jouer un rôle défini, voire primaire, parmi les objectifs poursuivis à travers les marchés publics.

La finalité de cette reconnaissance n'est cependant pas de parvenir à un équilibre figé entre le développement durable et les autres objectifs et principes des marchés publics, mais d'attribuer au développement durable une stabilité juridique en tant que « préoccupation légitime »¹⁹³⁰ des achats publics complémentaire aux autres.

Non plus subordonné ou secondaire, mais précisé dans ses « contours » juridiques¹⁹³¹ et avec une « puissance normative »¹⁹³² bien établie, le développement durable serait en mesure de constituer un véritable élément de l'« épine dorsale »¹⁹³³ du droit des marchés publics, surtout si formulé sous la forme d'un principe.

¹⁹²⁸ Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, p. 611.

¹⁹²⁹ *Ibid.*, p. 610.

¹⁹³⁰ Pascale Idoux, *Op. cit.*, 2016, p. 260 ; Deirdre Halloran, « The Social Value in Social Clauses : Methods of Measuring and Evaluation in Social Procurement », in Khi V. Thai (dir.), *Op. cit.*, 2017.

¹⁹³¹ Xavier Pinaud, *Op. cit.*, pp. 22-23.

¹⁹³² Jacques Chevallier, *Op. cit.*, 2007, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/>.

¹⁹³³ Grégory Kalfleche, *Op. cit.*, p. 592, cité par Marie-Charlotte Bontron, *Op. cit.*, p. 37.

III. La nécessité de penser *glocal* dans les achats publics durables

Bien que les achats publics durables puissent avoir un ancrage territorial plus intense (comme c'est le cas des marchés publics HIMO) ou, en revanche, relever d'une dimension plutôt globale (comme dans la poursuite de certains enjeux liés à la lutte contre le changement climatique), il semble opportun de ne pas cantonner la notion de développement durable à une logique d'opposition entre le local et le global.

Certains problèmes socio-environnementaux sont, en fait, « à la fois globaux *et* locaux »¹⁹³⁴, ils ne peuvent pas être réduits à des questions de pertinence exclusivement locale ni à des préoccupations d'importance simplement globale et « a-territoriale »¹⁹³⁵.

En ce sens, la notion de développement durable présente des interdépendances entre le local et le global qui nécessitent une approche que nous avons suggéré d'appeler *glocale*, afin de refléter les synergies entre les différents niveaux de son déploiement.

Les implications d'une telle approche pour les achats publics durables peuvent être nombreuses et renvoient à un changement de perspective général. En fait, prendre acte de la dimension *glocale* de la notion de développement durable signifie considérer les interdépendances liant les acheteurs publics et, sur cette base, promouvoir des formes d'interaction, d'échange et de collaboration entre ces derniers.

Cette coopération est centrale pour pouvoir réaliser les objectifs de développement durable de manière plus efficace. Plus efficace, car la coopération n'est pas la somme de deux ou plusieurs actions individuelles mais elle traduit une synergie, une mise en commun des forces et des moyens, un partage des efforts entre les pouvoirs adjudicateurs de provenance et de taille différentes. Ainsi déclinée, la coopération peut être fort utile non seulement dans le cadre de la poursuite du développement durable mais aussi lors de la survenue des crises socio-environnementales caractérisées plutôt par leur extraordinaireté.

Penser *glocal* signifie donc penser en réseau : face à des défis socio-environnementaux conjoncturels ou structurels d'envergure transversale, l'acheteur public devrait pouvoir mobiliser les outils à la fois pertinents et légitimes des achats

¹⁹³⁴ Jacques Theys, *Op. cit.*, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/1475>.

¹⁹³⁵ Amadou Niang, Sébastien Bourdin et André Torre, *Op. cit.*, no. 1, avril 2020.

publics durables en se tournant vers les autres pouvoirs adjudicateurs sans, potentiellement, des limites géographiques.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPECIALISÉS

Denis ALLAND (dir.), *Droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), coll. Droit fondamental, 2000.

José E. ALVAREZ, *International organizations as law-makers*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Fabio AMABILI (dir.), Roberto GIUFFRIDA (dir.), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018 :

- Roberto GIUFFRIDA, « Le nozioni, i principi e le norme generalmente accettati nel diritto internazionale ed europeo per la tutela dell'ambiente » ;
- Alfredo RIZZO, « L'affermazione di una politica ambientale dell'Unione europea. Dall'Atto Unico europeo al Trattato di Lisbona ».

Chittharanjan Felix AMERASINGHE, *Principles of the institutional law of international organizations*, Cambridge University Press, 2005.

Mathias AMILHAT, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

Marta ANDHOV (dir.), Roberto CARANTA (dir.), Anja WIESBROCK (dir.), *Cost and EU Public Procurement Law. Life-Cycle Costing for Sustainability*, Londres et New York, Routledge, 2019 :

- Marta ANDHOV, Roberto CARANTA et Anja WIESBROCK, « The European Union Law of Life-Cycle Costing » ;
- Jason J. CZARNEZKI et Steven VAN GARSSE, « What is life-cycle costing ? ».

Sue ARROWSMITH (dir.) et Robert D. ANDERSON (dir.), *The WTO Regime on Government Procurement : Challenge and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 :

- Robert D. ANDERSON et Kodjo OSEI-LAH, « Forging a more global procurement market : issues concerning accessions to the Agreement on Government Procurement » ;
- Phoebe BOLTON et Geo QUINOT, « Social Policies in Procurement and the Government Procurement Agreement : a Perspective from South Africa » ;
- Lili JIANG, « Developing multilateral rules on government procurement : the value of soft law » ;
- Pascal LAMY, « Forward » ;

- John LINARELLI, « The limited case for permitting SME procurement preferences in the Agreement on Government Procurement » ;
- Caroline NICHOLAS, « Work of UNCITRAL on Government Procurement: purpose, objectives and complementarity with the work of the WTO » ;
- Joshua I. SCHWARTZ, « Procurement rules in times of crisis: lessons from US government procurement in three episodes of 'crisis' in the 21st century » ;
- Peter TREPTE, « Building sustainable capacity in public procurement ».

Sue ARROWSMITH (dir.) et Peter KUNZLIK (dir.), *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 :

- Sue ARROWSMITH, « Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review » ;
- Rosemary BOYLE, « Disability issues in public procurement » ;
- Joshua I. SCHWARTZ, « On Globalization and Government Procurement ».

Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2e édition, London, Sweet and Maxwell, 2005.

Sue ARROWSMITH (dir.) et Martin TRYBUS (dir.), *Public Procurement : the Continuing Revolution*, Londres, Kluwer Law International, 2002 :

- Robert R. HUNJA, « Obstacles to public procurement reform in developing countries » ;
- Joshua I. SCHWARTZ, « On globalisation and government procurement » ;
- Federico TRIONFETTI, « Home biased government and international trade ».

Sue ARROWSMITH, John LINARELLI et Don WALLACE, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.

Hervé ASCENSIO (dir.), *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, Paris, Éditions A. Pedone, 2013 :

- Hervé ASCENSIO, « Les normes produites à l'OCDE et les formes de normativité » ;
- Hervé ASCENSIO et Nicola BONUCCI, « Avant-propos » ;
- Nicola BONUCCI et Jean-Marc THOUVENIN, « L'OCDE, site de gouvernance globale ? » ;
- Catherine KESSEDJIAN, « Conclusion : Eloge du foisonnement (du désordre) fructueux » ;
- Gita KOTHARI, « L'élaboration des principes et standards à l'intention des entreprises : l'approche innovante de l'OCDE ».

Jean-Bernard AUBY (dir.), *Le futur du droit administratif. The future of administrative law*, Paris, LexisNexis, 2019.

Jean-Bernard AUBY (dir.) et Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014 :

- Claudio FRANCHINI, « Les notions d'administration indirecte et de coadministration » ;
- Diana-Urania GALETTA, « Le principe de proportionnalité » ;
- Anastasia ILIOPOULOU-PENOT, « Le principe d'égalité et de non-discrimination » ;
- Jürgen SCHWARZE, « Introduction. Les sources et principes du droit administratif européen » ;
- Antony TAILLEFAIT, « Coopération transfrontalière ».

Jean-Bernard AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2e édition, Paris, L.G.D.J., 2010.

Jean-Bernard AUBY (dir.) et Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHE`RE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

Mathias AUDIT (dir.) et Stéphan W. SCHILL (dir.) *Transnational law of public contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2016 :

- Jean-Bernard AUBY, « Préface » ;
- Mathias AUDIT et Stéphan W. SCHILL, « Transnational law of public contracts : an introduction » ;
- Façoise BENTCHIKOU, « World Bank Procurement: Contributions to the harmonization of public contracts » ;
- Laurence FOLLIOU-LALLIOT, « From the internationalization of rules to the internationalization of public contracts : how international instruments are reshaping domestic procurement systems? » ;
- Luca MASTROMATTEO, « Internationalizing public contracts through model laws: the case of the UNCITRAL model law on public procurement » ;
- Ricardo SANCHEZ et Daniel ENGEL, « The role of regional multilateral development banks in the internationalization of public contracts » ;
- Joshua I. SCHWARTZ, « International protection of foreign bidders under GATT/WTO Law: plurilateral liberalization of trade in the public procurement sector and global propagation of best procurement practices » ;
- Stéphan W. SCHILL, « The impact of international investment law on public contracts » ;
- Guy I. SEIDMAN et Eran IFARGAN, « Public and international procurement: a comparative approach ».

Peter BAILY, David FARMER, David JESSOP, David JONES, *Purchasing principles and management*, London, Prentice Hall, 2005.

Richard BALDWIN (dir.) et Simon EVENETT (dir.), *The Collapse of Global Trade, Murky Protectionism, and the Crisis: Recommendations for the G20*, Londres, Centre for Economic Policy Research, 2009 :

- Anne KRUEGE, « Protectionism and the crisis » ;
- Steven L. SCHOONER et Christopher R. YUKINS, « Public Procurement: Focus on People, Value for Money, Systemic Integrity, Not Protectionism ».

Josephine BARRAKET, Robyn KEAST et Craig FURNEAUX, *Social Procurement and New Public Governance*, Londres et New York, Routledge, 2016.

Virginie BARRAL, *Le développement durable en droit international. Essai sur les incidences juridiques d'une norme évolutive*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

John BARRY (dir.), Brian BAXTER (dir.) et Richard DUNPHY (dir.), *Europe, globalization and sustainable development*, Londres et New York, Routledge, 2004 :

- Debra JOHNSON, « Ecological modernization, globalization and Europeanization. A mutually reinforcing nexus ? » ;
- James TUNNEY, « The WTO and sustainability after Doha. A time for re-assessment of the relationship between political science and law? ».

Ulrich BECK, *What is globalization?*, trad. Patrick Camiller, Cambridge, Polity Press, 2000.

Jean-Sylvestre BERGÉ, *L'application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, 2013.

Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit. Méthodes du droit*, Paris, Dalloz, 5e édition, 2012.

Henri L. BERGSON, *Essai sur les données immédiates de la Conscience*, Edition numérique Pierre Hidalgo, La Gaya Scienza, 2011.

Samantha BESSON (dir.) et Jean D'ASPREMONT (dir.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017:

- Jutta BRUNÉE, « Sources of international environmental law. Interactional law » ;
- Detlef von DANIELS, « Sources and the normativity of international law. A post-foundational perspective ».

Marie-Claude BLAIS, *La solidarité. Histoire d'une idée*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 2007.

Alan BOYLE (dir.) et David FREESTONE (dir.), *International Law and Sustainable Development. Past, Achievements and Future Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 1999 :

- David FREESTONE, « The Challenge of Implementation: Some Concluding Notes » ;
- Vaughan LOWE, « Sustainable Development and Unstable Agreements ».

Eleonora BOTTINI (dir.), Pierre BRUNET (dir.), Lionel ZEVOUNOU (dir.), *Usages de l'interdisciplinarité en droit*, Paris, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2014 :

- Régis LANNEAU, « L'interdisciplinarité comme questionnement : penser et dépasser (?) les limites des approches juridiques traditionnelles » ;
- Edouard SENAC, « Les typologies de la recherche interdisciplinaire ».

Pierre BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014.

Chahira BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne : éléments constitutionnels et matériels pour une théorie de la solidarité en droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011 :

- Chahira BOUTAYEB, « La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne. Éléments pour une théorie » ;
- Stéphane DE LA ROSA, « La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l'Union » ;
- Anne LEVADE, « La valeur constitutionnelle du principe de solidarité » ;
- Jean-Claude MASCLET, « Préface » ;
- Marta TORRE-SCHAUB, « La solidarité environnementale en droit communautaire ».

Christopher BOVIS (dir.), *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Edward Elgar, 2016.

Christopher BOVIS, *The law of EU public procurement*, Oxford, Oxford University press, 2015.

Christopher BOVIS, *EC public procurement: case law and regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Stéphane BRACONNIER, *Droit des marchés publics*, Paris, Imprimerie nationale, 2005.

Sylvie BRUNEL, *Le développement durable*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), coll. Que-sais-je?, 2004.

Georges BURDEAU, *Le pouvoir politique et l'Etat. Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1943.

Euan BURROWS (dir.) et Edward Ashurst MCNEILL (dir.), *The International Comparative Legal Guide to: Public Procurement 2018. A practical cross-border insight into public procurement*, 10e édition, Londres, Global Legal Group, 2018.

Antoinette CALLEJA, *Unleashing Social Justice through EU Public Procurement*, Londres et New York, Routledge, 2015.

Dennis CAMPBELL (dir.) et Christian T. CAMPBELL (dir.), *International Public Procurement*, Oceana Pubns, 1998.

Roberto CARANTA (dir.), François LICHÈRE (dir.), et Steen TREUMER (dir.), *Modernising public procurement : the new directive*, Copenhagen, Djøf, 2014 :

- Gabriella M. RACCA, « Joint procurement challenges in the future implementation of the new directives » ;
- Martin TRYBUS, « The promotion of small and medium sized enterprises in public procurement : a strategic objective of the new public sector directive ? ».

Roberto CARANTA (dir.), Martin TRYBUS (dir.) et Gunilla EDELSTAM (dir.), *EU Public contract law: public procurement and beyond*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

Roberto CARANTA (dir.) et Dacian DRAGOS (dir.), *Outside the EU Procurement Directives Inside the Treaty?*, Copenhagen, Djøf, 2012.

Roberto CARANTA (dir.) et Anna GERBRANDY (dir.), *Traditions and Change in European Administrative Law*, Europa Law Publishing, 2011.

Roberto CARANTA (dir.), Martin TRYBUS (dir.), *The law of green and social procurement in Europe*, Copenhagen, Djøf, 2010.

Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), 3e édition, 2016.

Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e édition, Paris, L.G.D.J., 2013.

Sabino CASSESE, *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar, 2016.

Sabino CASSESE, *Au-delà de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

Sabino CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.

Bernard CASTAING, Rozen NOGUELLOU et Catherine PREBISSY-SCHNALL, *Les marchés publics. Notion, Modalités de gestion, Exécution*, Paris, Litec, 2003

Sylvie CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Actes du colloque organisé à l'Université Jean Moulin-Lyon 3, les 13-14 décembre 2007, Paris, Economica, 2008 :

- Sylvie CAUDAL, « Rapport introductif » ;
- Antoine JEAMMAUD, « De la polysémie du terme 'principe' dans les langages du droit et des juristes » ;
- Jean-François SESTIER, « Les principes de la commande publique ».

Roberto CAVALLO PERIN et Gabriella M. RACCA, « Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration », in Francesco MERLONI (dir.) et Alessandra PIOGGIA (dir.), *European Democratic Institutions and Administrations. Cohesion and Innovation in Times of Economic Crisis*, Springer, 2018.

Pedro CERQUEIRA GOMES, *EU Public Procurement and Innovation. The Innovation Partnership Procedure and Harmonisation Challenges*, Edward Elgar, 2021.

Bernard CHARBONNEAU, *Le système et le chaos, critique du développement exponentiel*, Paris, Anthropos, 1973.

Jean-Yves CHÊROT (dir.) et Benoît FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012 :

- Jean-Yves CHÊROT, « Concept de droit et globalisation » ;
- Benoît FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? ».

Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J., 2017.

Edoardo CHITI (dir.), Bernardo Giorgio MATTARELLA (dir.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Springer, 2011 :

- Hilde CAROLI CASAVOLA, « The WTO and the EU: Exploring the Relationship between Public Procurement Regulatory Systems » ;
- Simona MORETTINI, « Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law ».

Jean CLAM (dir.) et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998 :

- Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? » ;
- Antoine JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu ».

Véronique COQ (dir.), *L'éthique en droit des marchés publics*, Paris, LexisNexis, 2020 :

- Laurent FONBAUSTIER, « La place du critère environnemental dans le droit de la commande publique : une exemplarité en trompe-l'œil ? » ;
- Joachim LEBIED, « Le marché public sous couvert d'éthique : le mirage des clauses sociales ».

Marie-Claire CORDONIER SEGGER et Ashfaq KHALFAN, *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects*, Oxford, Oxford University Press (OUP), 2004.

Marie-Claire CORDONIER SEGGER et Judge C.G. WEERAMANTRY, *Sustainable justice, reconciling economic, social and environmental law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

Jean DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969.

Barry DALAL-CLAYTON et Stephen BASS, *Sustainable development strategies*, London, Earthscan Publications Ltd, 2002.

Francesco DECAROLIS et Marco FREY, *Public procurement's place in the world: The charge towards sustainability and innovation*, Palgrave Macmillan, 2014.

Stéphane DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2006.

Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France (PUF), coll. Quadrige. Essais-débats, 2004.

Christine Leon DE MARIZ, Claude MENARD, and Bernard ABEILLÉ, *Public Procurement Reforms in Africa. Challenges in Institutions and Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Hélène DE POOTER, *Le droit international face aux pandémies : vers un système de sécurité sanitaire collective ?*, A. Pedone, Paris, 2015.

Pierre DEVOLVE, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998.

Nicola DIMITRI (dir.), Gustavo PIGA (dir.), Giancarlo SPAGNOLO (dir.), *Handbook of Procurement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006:

- Laura CARPINETI, Gustavo PIGA et Matteo ZANZA, « The variety of procurement practice : evidence from public procurement » ;
- Veronika GRIMM, Riccardo PACINI, Giancarlo SPAGNOLO et Matteo ZANZA, « Division into lots and competition in procurement ».

Andrew DOBSON, *Justice and the Environment: Conceptions of Environmental Sustainability and Theories of Distributive Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

Olivier DUPERE (dir.) et Loic PEYEN (dir.), *L'intégration des enjeux environnementaux dans les branches du droit : quelle(s) réalité(s) juridique(s) ?*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017.

Pierre-Marie DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public*, Leiden, Martinus Nijoff Publishers, 2002.

Pascal DURET, *Sociologie de la compétition*, Paris, Armand Colin, Sociologies contemporaines, 2009.

Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, F. Alcan, 1893.

Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), Léviathan, 1995.

Agathe EUZEN (dir.), Laurence EYMARD (dir.), Françoise GAILL (dir.), *Le développement durable à découvert*, Paris, CNRS Éditions, 2017:

- Dominique DRON, « Origine du développement durable » ;
- Jean FOYER, « Société civile mondiale et gouvernance internationale du développement durable ».

Simon J. EVENETT (dir.) Bernard HOEKMAN (dir.), *The WTO And Government Procurement (Critical Perspectives on the Global Trading System and the WTO Series)*, Edward Elgar, 2006.

Bertrand FAURE (dir.) *Les objectifs dans le droit*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010 :

- Jean-François BRISSON, « Objectifs dans la loi et efficacité du droit » ;
- Jacques CAILLOSSE, « Les rapports de la politique et du droit dans la formulation d'objectifs » ;
- Bertrand FAURE, « Introduction ».

Fabrice FLIPO, *Le développement durable*, Paris, Bréal, coll. Thèmes et Débats, 2014.

Laurence FOLLIOU-LALLIOT (dir.) et Simone TORRICELLI (dir.), *Contrôles et contentieux des contrats publics / Oversight and Challenges of Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2018.

Duncan FRENCH, *International law and policy of sustainable development*, Manchester, Manchester University Press, 2005.

Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004 :

- Nicolas CHARBIR, « Les objectifs du régulateur. Entre recherche d'efficacité et rappel de légalité » ;
- Benoît DE LA TAILLE, « La pluralité des producteurs de droit entre l'Europe et les États ».

Olivier FROT, *Développement durable et marchés publics*, Paris, AFNOR Édition, 2008.

Roberto Hernandez GARCIA (dir.), *International Public Procurement: A Guide to Best Practice*, Globe Law and Business, 2009.

Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif : Tome 2, Droit administratif des biens*, Paris, L.G.D.J., 14ème édition, 2011.

François GENY, *Méthodologie d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. I, 1889, Paris, L.G.D.J., 1995.

Aris GEORGOPOULOS (dir.), Bernard HOEKMAN (dir.) et Petros MAVROIDIS (dir.), *The Internationalization of Government Procurement Regulation*, Oxford, Oxford University Press 2017 :

- Robert ANDERSON, Anna Caroline MÜLLER, et Philippe PELLETIER, « Regional Trade Agreements and Procurement Rules: Facilitators or Hindrances? » ;
- Aris GEORGOPOULOS, Bernard HOEKMAN et Petros MAVROIDIS, « The Internationalization of Government Procurement Regulation: Introduction ».

Stéphane GERRY-VERNIERES, *Les 'Petites Sources' du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, Economica, coll. Recherches juridiques, 2012.

Cynthia GHORRA-GOBIN (dir.), Magali REGHEZZA-ZITT (dir.), *Entre local et global, les territoires dans la mondialisation*, Paris, Éditions Le Manuscrit, 2016.

Stefan GOLTZBERG, *Les sources du droit*, Presses Universitaires de France (PUF), 2e édition, 2018.

Bernard GOSSELIN, *Les marchés publics*, Paris, L.G.D.J., 1998.

Jean-Louis HALPERIN, *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009.

Günther HANDL (dir.), Joachim ZEKOLL (dir.), et Peer ZUMBANSEN (dir.), *Beyond territoriality: transnational legal authority in an age of globalization*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 :

- Peer ZUMBANSEN, « Defining the space of transnational law: legal theory, global governance and legal pluralism ».

Herbert Lionel Adolphus HART, *Le concept de droit*, trad. Michel Van de Kerchove, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1994.

Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel (Éd. 1929)*, 2e édition, Paris, Hachette BNF, 2018.

Maurice HAURIOU, *La cité moderne et les transformations du droit*, Cahiers de la Nouvelle Journée, t. IV « La théorie de l'institution et de la fondation », 1925.

Maryvonne HECQUARD-THÉRON (dir.), *Solidarité(s) : perspectives juridiques*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole - L.G.D.J. Lextenso Editions, 2009 :

- Marc BLANQUET, « L'Union européenne en tant que système de solidarité : la notion de solidarité européenne » ;
- Michel BORGETTO, « Fraternité et Solidarité : un couple indissociable ? » ;
- Maryse DEGUERGUE, « Solidarité et environnement » ;
- Saïd HAMDOUNI, « Le système commercial multilatéral et la solidarité internationale » ;
- Maryvonne HECQUARD-THÉRON, « Présentation du colloque » ;
- Maryvonne HECQUARD-THÉRON, « Du sens du terme dans les textes juridiques » ;
- Jacques POUMARÈDE, « Quelques gloses en forme de conclusion ».

Louis HENKIN, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2e édition, Columbia University Press, 1979.

Hélène HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2e édition, Paris, Dalloz, 2019.

Benoît JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Éditions du Recueil Sirey, 1954.

Georg JELLINEK, *L'État moderne et son droit : Première Partie. Théorie générale de l'État*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2005.

Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2015.

Philippe JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, Paris, 8e édition, 2014.

Marcel JOLLIVET (dir.), *Le Développement durable, de l'utopie au concept*, Paris, Elsevier, 2001 :

- Jacques THEYS, « À la recherche du développement durable : un détour par les indicateurs ».

Maurice KAMTO, *Droit de l'environnement en Afrique*, Paris, E.D.I.C.E.F., 1996.

Steven KELMAN, *Procurement and Public Management : The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, Washington DC, AEI Press, 1990.

Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction CH. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

John Maynard KEYNES, *The theory of employment, interest and money*, 1e publication 1936, Bruxelles, Online Library of Liberty, 2010.

Naushad KHAN (dir.), *Public Procurement Fundamentals: Lessons from and for the Field*, Emerald Publishing Limited, 2018.

Thai V. KHI (dir.), Paul J. SALIA (dir.) et Frederick A. MWAKIBINGA (dir.), *Advancing Public Procurement: Theories and Practice*, Highland Beach, U.S., PrAcademics Press, 2018 :

- Elmer BAKKER, Helen WALKER et Christine HARLAND, « Organizing for Collaborative Procurement: An Initial Conceptual Framework » ;
- Edward SCHWERIN, Eric PRIER et Clifford MCCUE, « The Desirability and Feasibility of Developing a Sustainability Index for Public Procurement » ;
- Khi V. THAI, « Advancing Public Procurement: Practices, Innovation and Knowledge Sharing ».

Martti KOSKENNIEMI (dir.), *Sources of International Law*, Londres et New York, Routledge, 2000.

Annamaria LA CHIMIA (dir.) et Peter TREPTE (dir.) *Public Procurement and Aid Effectiveness. A Roadmap under Construction*, Oxford, Hart Publishing, 2019 :

- Roberto CARANTA et Carol CRAVERO, « Sustainability and Public Procurement » ;
- Joshua I SCHWARTZ, « A Post-Modern Assessment of Global Harmonisation and Convergence: The Prospects and Challenges Going Forward to Further Global Standardisation of Procurement Regimes ».

André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), coll. Quadrige, 2010.

Winfried LANG (dir.), *Sustainable Development and International Law*, Springer, 1995

- Günther HANDL, « Sustainable Development: General Rules versus Specific Obligations ».

Benjamin LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, L.G.D.J., 2013.

Jean-Marc LAVIEILLE (dir.), Julien BETAÏLLE (dir.), Michel PRIEUR (dir.), *Les catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2012 :

- Julien BETAÏLLE, « Les catastrophes et le droit : un jeu d'influences réciproques ? » ;
- Mireille DELMAS-MARTY, « Propos conclusifs sur les catastrophes écologiques et le droit : contradiction ou innovation ».

Keekok LEE (dir.), Alan HOLLAND (dir.) et Desmond MCNEILL (dir.), *Global sustainable development in the 21. century*, Edinburgh University press, 2000 :

- Andrew DOBSON, « Sustainable development: defence of the natural world » ;
- Keekok LEE, « Global sustainable development: its intellectual and historical roots » ;
- Enrique LEFF, « Sustainable development in developing countries : cultural diversity and environmental rationality » ;
- Desmond MCNEIL, « The concept of sustainable development » ;
- Michael REDCLIFT, « Global equity: the environment and development ».

Viko LEMBER (dir.), Rainer KATTEL (dir.), Tarmo KALVET (dir.), *Public Procurement, Innovation and Policy. International Perspectives*, Springer, 2014.

Anne LEVADE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Presses Universitaires Françaises (PUF), 14 édition, 1983.

Gilles LHUILIER, *Le droit transnational*, Paris, Dalloz, 2016.

Sandra LIEBENBERG (dir.) et Geo QUINOT (dir.), *Law and Poverty: Perspectives from South Africa and Beyond*, Cape Town, Juta & Company, 2012.

Pierre MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

Olga MARTIN-ORTEGA (dir.) et Claire METHVEN O'BRIEN (dir.), *Public Procurement and Human Rights. Opportunities, Risks and Dilemmas for the State as Buyer*, Edward Elgar, 2019 :

- Olga MARTIN-ORTEGA et Claire METHVEN O'BRIEN, « Public procurement and human rights: interrogating the role of the state as buyer » ;
- Albert SANCHEZ-GRAELLS, « Public procurement and 'core' human rights: a sketch of the European Union legal framework » ;
- Sope WILLIAMS-ELEGBE, « Human rights in the context of public procurements financed by the World Bank ».

Ugo MATTEI, *Comparative law and economics*, The University of Michigan Press, 2000.

Doreen MCBARNET (dir.), Aurora VOICULESCU (dir.) et Tom CAMPBELL (dir.), *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and The Law*, Cambridge University Press, 2007 :

- Christopher MCCRUDDEN, « Corporate social responsibility and public procurement ».

Christopher MCCRUDDEN, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Bertrand MEHEUST, *La Politique de l'oxymore. Comment ceux qui nous gouvernent nous masquent la réalité du monde*, Paris, La Découverte, 2009.

Michel MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, Éditions L'Harmattan, 1995.

Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001 :

- Jacques CHEVALLIER, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation » ;
- Mireille DELMAS-MARTY, « Les processus de mondialisation du droit » ;
- Charles-Albert MORAND, « Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformation » ;
- François OST, « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature » ;

- Gunther TEUBNER, « Un droit spontané dans la société mondiale ».

Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, L.G.D.J., 1999.

Charles-Albert MORAND (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991 :

- Paul AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales ».

Elisabetta MORLINO, *Procurement by international organizations : a global administrative law perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

Etienne MULLER (dir.), *La commande publique, un levier pour l'action publique?*, Paris, Dalloz, 2018 :

- Gabriel ECKERT, « La commande publique, un levier pour l'action publique? Perspectives générales ».

Éric NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, Paris, LexisNexis, 2^e édition, 2014.

Rozen NOGUELLOU (dir.) et Ulrich STELKENS (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics. Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010 :

- Roberto CARANTA, « Transparence et concurrence » ;
- Hilde CAROLI CASAVOLA, « Global Rules for Public Procurement ».

François OST et Michel Van DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Éditions Karthala, 2012.

François PAYCHÈRE (dir.), *La découverte du sens en droit. Association française de philosophie du droit, rencontre annuelle du 5 avril 1991*, Stuttgart, F. Steiner, 1992.

José J. PERNAS-GARCÍA, *Contratación pública verde*, Madrid, La Ley, 2011.

Adalberto PERULLI (dir.) et Tiziano TREU (dir.), *Sustainable development, global trade and social rights*, The Hague - Boston - London, Wolters Kluwer Law International, 2018:

- Vania BRINO, « Stabilization clauses in state-investor agreements : a brief overview » ;
- Giuseppe CASALE et Mario FASANI, « An overview of the main ILO policies and tools in the organisation of promotional activities on social rights » ;
- Adalberto PERULLI, « Introduction » ;
- Adalberto PERULLI, « Sustainable development, global trade and social right: an evolutionary perspective » ;
- Tiziano TREU, « Globalization and human rights: social clauses in trade agreements and in international exchanges among companies ».

Gustavo PIGA (dir.) et Tunde TATRAI (dir.), *Public procurement policy*, Londres et New York, Routledge 2016 :

- Richard CRAVEN, « The role of public procurement in the fight to eradicate modern slavery in the UK construction industry » ;
- Gustavo PIGA et Tunde TATRAI, « Supporting social considerations through public procurement: economic considerations » ;
- Martin TRYBUS, « Supporting social considerations through public procurement: a legal perspective ».

Catherine PREBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics*, Paris, L.G.D.J., 2002.

Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 5 ed., Paris, Dalloz, 2004.

Tony PROSSER, « EU competition law and public services », in Elias MOSSIALOS (dir.), Govin PERMANAND (dir.), Rita BAETEN (dir.), et Tamara K. HERVEY (dir.), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Tony PROSSER, *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services*, Oxford University Press, 2005.

Gabriella M. RACCA (dir.) et Christopher R. YUKINS (dir.), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruxelles, Bruylant, 2019 :

- Jean-Bernard AUBY, « Public Contracts and Smart Cities » ;
- Laurence FOLLIOT-LALLIOT and Peter T. MCKEEN, « Procurement and Smart Cities: exploring examples on both sides of the Atlantic » ;
- Justin B. KAUFMAN, « Cooperative Purchasing: A US Perspective » ;
- Ivo LOCATELLI, « Process Innovation Under the New Public Procurement Directives » ;
- Gabriella M. RACCA et Roberto CAVALLO PERIN, « European Joint Cross-border Procurement and Innovation » ;

- Gabriella M. RACCA et Christopher R. YUKINS, « Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement ».

Arie REICH, *International Public Procurement Law : The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, The Hague - Boston - London, Kluwer Law International, 1999.

François RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Éditions A. Pedone, 1977.

Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1995.

Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. Pierre Gothot et Lucien François, Paris, Dalloz, 2002.

Hélène RUIZ-FABRI (dir.) et Lorenzo GRADONI (dir.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009 :

- Virginie BARRAL, « Le rayonnement intra-systémique du concept de développement durable », pp. 371-396.

Wolfgang SACHS (dir.), *Global ecology : a new arena of political conflict*, London, Zed Books, 1993 :

- Vandana SHIVA, « The greening of the global reach ».

Wolfgang SACHS (dir.), *The development dictionary : a guide to knowledge as power*, London, Zed Books, 1992.

Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, coll. Universités francophones, 2001.

Albert SANCHEZ-GRAELLS, « Competition Law and Public Procurement », in J.A. Moreno Molina (dir.) et E. Diaz Bravo (dir.), *Contratación Pública Global: visiones comparadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Albert SANCHEZ-GRAELLS (dir.), *Smart public procurement and labour standards – Pushing the discussion after Regiopost*, Oxford, Hart publishing, 2018 :

- Caroline NICHOLAS, « A view from Outside the EU : UNCITRAL's approach to Balancing Economic and Social Considerations in Public Procurement ».

Albert SANCHEZ-GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

David SATTERTHWAITE (dir.) *The Earthscan Reader in Sustainable Cities*, London, Earthscan, 1999 :

- Graham HAUGHTON, « Environmental justice and the sustainable city ».

Abby SEMPLE, *A practical guide to public procurement*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Rajesh Kumar SHAKYA (dir.), *Green Public Procurement Strategies for Environmental Sustainability*, Hershey, Pennsylvania, USA, IGI Global, 2019 :

- Andrea APPOLONI, Maria Antonietta COPPOLA et Gustavo PIGA, « Implementation of Green Considerations in Public Procurement: A Means to Promote Sustainable Development » ;
- Rajesh Kumar SHAKYA, « Green Public Procurement Implementation Framework: Strategies for Environmental Sustainability ».

Beate SJÅFJELL (dir.) et Anja WIESBROCK (dir.), *The greening of European business under EU law: taking Article 11 TFEU seriously*, Londres et New York, Routledge, 2015.

Beate SJÅFJELL (dir.) et Anja WIESBROCK (dir.), *Sustainable Public Procurement under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder*, Cambridge University Press, 2015 :

- Roberto CARANTA, « Labels as enablers of sustainable public procurement » ;
- Dacian C. DRAGOS et Bogdana NEAMTU, « Life-cycle costing for sustainable public procurement in the European Union » ;
- Suzanne KINGSTON, « The uneasy relationship between EU environmental and economic policies. The role of the Court of Justice » ;
- Sarah SCHOENMAEKERS, « The role of SMEs in promoting sustainable procurement » ;
- Beate SJÅFJELL et Anja WIESBROCK, « Why should public procurement be about sustainability ? » ;
- Beate SJÅFJELL et Anja WIESBROCK, « Public procurement's potential for sustainability » ;
- Anja WIESBROCK, « Socially responsible public procurement : European value or national choice ? ».

Grith SKOVGAARD ØLYKKE (dir.) et Albert SANCHEZ-GRAELLS (dir.), *Reformation or deformation of the EU public procurement rules*, Edward Elgar, 2016 :

- Grith SKOVGAARD ØLYKKE, « The provision on abnormally low tenders : a safeguard for fair competition ? ».

Francis SNYDER (dir.) et Yi LU (dir.), *The future of transnational law : EU, USA, China and the BRICS*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

Maurice STRONG, *Ainsi va le monde*, trad. fr., Québec, Berger, 2001.

Alain SUPIOT (dir.), *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2015.

Khi V. THAI (dir.), *Global Public Procurement Theories and Practices*, Springer, 2017 :

- Deirdre HALLORAN, « The Social Value in Social Clauses : Methods of Measuring and Evaluation in Social Procurement ».

Guillaume THIBAUT, *Quelle stratégie industrielle pour la France face à la mondialisation?*, Paris, Editions Technip, 2008.

Catherine THIBIERGE (dir.), *La force Normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009 :

- Paul AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques » ;
- André-Jean ARNAUD, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique » ;
- Mireille DELMAS-MARTY, « Post-scriptum sur les forces imaginantes du droit » ;
- Pascal DEUMIER, « La force normative optionnelle » ;
- Isaal DORE, « La force normative du pouvoir étatique dans la philosophie de Michel Foucault » ;
- Cédric GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative » ;
- Émeric NICOLAS, « Répétabilité et répétition des énoncés normatifs : la force intercitationnelle dans le langage juridique comme force normative » ;
- Pierre NOREAU, « De la force symbolique du droit » ;
- Catherine THIBIERGE, « Introduction » ;
- Alexis ZARCA, « Force normative, force normatrice ? À propos des interprétations impératives contenues dans les recommandations de la HALDE ».

Peter TREPTE, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Kishor VAIDYA, *Procurement for the Curious: Why Study Procurement?*, The Curious Academic Publishing, 2016.

Godefridus J. H. VAN HOOFF, *Rethinking the Sources of International Law*, The Hague - Boston - London, Kluwer Law International, 1985.

Bruno VILLALBA (dir.), *Appropriations du développement durable. Emergences, diffusions, traductions*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2009 :

- Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « L'émergence du développement durable comme paradigme et sa traduction juridique sur la scène internationale ».

Franck-Dominique VIVIEN, *Le développement soutenable*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2007.

Christina VOIGT, *Sustainable Development as a Principle of International Law. Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.

Neil WALKER, *Intimations of Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Michel WIEVIORKA (dir.), Laurent LEVI-STRAUSS (dir.), Gwenaëlle LIEPPE (dir.), *Penser global. Internationalisation et globalisation des sciences humaines et sociales*, Paris, Éditions de la maison des sciences de l'homme :

- Edgar MORIN, « Au-delà du réductionnisme et du holisme : la complexité du global ».

Sope WILLIAMS-ELEGBE, *Public Procurement and Multilateral Development Banks. Law, Practice and Problems*, Oxford, Hart Publishing, 2017.

Philippe YOLKA, *Droit des contrats publics*, Paris, L.G.D.J., 2013.

Gustavo ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur. Il diritto mite*, trad. de Michel Leroy, Paris, Economica – Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS AUX MELANGES

Sue ARROWSMITH, « National and international perspectives on the regulation of public procurement : harmony or conflict ? », in Sue ARROWSMITH (dir.) et Andy DAVIES (dir.), *Public Procurement Global Revolution*, Londres, Kluwer Law International, 1998.

Georges ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. VII, t. 207, La Haye, Martinus Nijhoff, 1987.

Julian AGYEMAN, Robert D. BULLARD, Barbara I. EVANS, « Exploring the Nexus: Bringing Together Sustainability, Environmental Justice and Equity », in *Space and Polity*, vol. 6, no. 1, 2002.

Julian AGYEMAN, « Environmental Justice : From the Margins to the Mainstream ? », in *Town and Country Planning Association Town and Country Planning Association 'Tomorrow' Series*, London, 2000.

Gian Luigi ALBANO, « Homo Homini Lupus: On the Consequences of Buyers Miscoordination in Emergency Procurement for the COVID-19 crisis in Italy », in *Public Procurement Law Review*, à paraître.

Paul AMSELEK, « Que signifie le terme normativité ? », in Catherine Thibierge (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare et Martin, 2014, pp.1163-1164.

Paul AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », in *Revue du droit public*, 1982, pp. 275-294.

Paul AMSELEK, « Norme et loi », in *Archives de philosophie du droit*, t. 25, 1980, pp. 89-107.

Paul AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », in *Revue du Droit Public*, 1978, pp. 5-19.

Marta ANDRECKA et Kateřina PETERKOVA MITKIDIS, « Sustainability requirements in EU public and private procurement – a right or an obligation? », in *National Journal of Comparative Law*, vol. 1, 2017.

Marta ANDRECKA, « Forward », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017.

Raphael APELBAUM et Edouard CLOT, « Marchés publics Agriculture : la mise en œuvre de circuits courts », in *La Gazette*, no. 54, avril 2019.

André-Jean ARNAUD, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation », in *Droit et société*, no. 35, 1997.

Sue ARROWSMITH, « The Purpose of the EU Procurement Directives : Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal

Procurement Policies », in *Cambridge Yearbook of European legal studies*, vol. 14, 2012, pp. 1-47.

Sue ARROWSMITH, « Horizontal Policy in Public Procurement : A Taxonomy », in *Journal of public procurement*, vol. 10, no. 2, 2010, pp. 149-186.

Sue ARROWSMITH, « Public Procurement: An Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a Global Standard », in *The International and Comparative Law Quarterly* 53, no. 1, 2004, pp. 17-46.

Hervé ASCENSIO, « Les activités normatives des entreprises multinationales », in S.F.D.I., *L'entreprise multinationale et le droit international. Colloque de Paris 8 Vincennes - Saint-Denis*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, pp. 265-278.

Hervé ASCENSIO, « Les Principes directeurs rattrapés par le droit ? L'exemple du droit français », in Nicola BONUCCI (dir.) et Catherine KESSEDJIAN (dir.), *40 ans des lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises multinationales / 40 Years of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Éditions A. Pedone, Paris, 2018, pp. 79-88.

Christopher L. ATKINSON, « Full and open competition in public procurement: Values and ethics in contracting opportunity », in *International Journal of Public Administration*, 2019.

Jean-Bernard AUBY, « L'internationalisation du droit des contrats publics », in *Droit Administratif*, août-septembre 2003.

Jean-Bernard AUBY, « Prescription juridique et production juridique », in *Revue du droit public*, no. 3, 1988.

Christian AUTEXIER, « L'hétérogénéité du droit communautaire dérivé », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 34, no. 2, avril-juin 1982, pp. 337-372.

Natasha AZZOPARDI-MUSCAT, Peter SCHRODER-BACK, Helmut BRAND, « The European Union Joint Procurement Agreement for cross-border health threats: what is the potential for this new mechanism of health system collaboration », in *Health Economics Policy and Law*, vol. 12, no. 1, janvier 2017.

Johanna BADENHORST-WEISS, Guy CALLENDER, et Jim MCGUIRE, « Building the procurement profession : A comparative review », in Khi V. Thai (dir.), *Towards new horizons in public procurement*, United States, PrAcademic Press, 2011, pp. 22-41.

Vincent BANOS, Anne GASSIAT, Sabine GIRARD, Baptiste HAUTDIDIER, Marie HOUDART, Sophie LE FLOCH et Françoise VERNIER, « L'écologisation, mise à l'épreuve ou nouveau registre de légitimation de l'ordre territorial ? Une lecture à partir

des particularités du débat conceptuel en France », in *Développement durable et territoires*, vol. 11, no. 1, avril 2020.

Virginie BARRAL, « Sustainable Development in International Law : Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm », in *European Journal of International Law*, vol. 23, no. 2, 2012.

Samantha BESSON (dir.) et Jean D'ASPREMONT (dir.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Ruben BERRIOS, « Government contracts and contractor behavior », in *Journal of Business Ethics*, vol. 63, 2006, pp. 119-130.

Frank BLAINE SLOAN, « The Binding Force of a Recommendation of the General Assembly of the United Nations », in *British Yearbook of International Law*, vol. 25, 1948.

Séverine BLAISE, « Du concept de Développement Durable : panacée ou oxymore ? », in *Les Cahiers de l'Association Tiers-Monde*, no. 26, 2011.

Michel BORGETTO, « Solidarité », in Stéphane Rials (dir.) et Denis Alland (dir.), *Dictionnaire de la Culture juridique*, Presses Universitaires de France (PUF)-Lamy, 2003.

Jean BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XX siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1950.

Nicolas BOULOUIS, « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », in *Revue française de Droit Administratif (RFDA)*, no. 4, 2014.

Danièle BOURCIER, « Sciences juridiques et complexité. Un nouveau modèle d'analyse. Legal Sciences and Complexity. A New Model », in *Technologies, Droit et Justice*, vol. 61, no. 1, 2011.

Vincent BRENOT et Benoît FEROLDI, « Crise sanitaire et commande publique », in *Droit Administratif*, no. 5, mai 2020, prat. 1.

Hélène BRIVES, Claire HEINISCH, Mathieu DÉSOULÉ, Carole CHAZOULE et Perrine VANDENBROUCKE, « Le développement de filières locales est-il gage d'une écologisation des pratiques agricoles ? », in *Développement durable et territoires*, vol. 11, no. 1, avril 2020.

Gérard BRUNAUD, « Les conditions de réussite d'un achat socialement responsable », in *Contrats Publics. Actualité de la commande publique*, no. 96, février 2010.

Roberto CARANTA, « Helping Public Procurement to Go Green: The Role of International Organisations », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 1, 2013.

Hilde CAROLI CASAVOLA, « Public Procurement and Globalization », in *Ius Publicum Network Review*, no. 3/4, 2013.

Hilde CAROLI CASAVOLA, « Internationalizing Public Procurement Law: Conflicting Global Standards for Public Procurement », in *Global Administrative Law and Global Governance*, vol. 6, no. 3, 2006.

Sabino CASSESE, « Le droit administratif global : une introduction », in *Droit administratif*, Étude, mai 2007.

Sabino CASSESE, « Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali », in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, no. 3, 2004.

Jorge CASTAÑEDA, « Valeur juridique des résolutions des Nations unies », in *Académie de droit international. Recueil des cours*, vol. 129, no. 1, 1970, pp. 307-325.

Marco CERUTI, « Sustainable Development and Smart Technological Innovation within PPPs: the Strategic Use of Public Procurement », in *European Public Private Partnership Law Review*, vol. 2, 2017.

Ashok CHAKRAVARTI, « The Social Profitability of Training Unskilled Workers in the Public Sector in India », in *Oxford Economic Papers New Series*, vol. 24, no. 1, 1972, pp. 111-123.

Jean CHARPENTIER, « Éléments de cohérence entre ordres juridiques distincts », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de L. Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002.

Filippa CHATZISTAVROU, « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », in *Le Portique*, no. 15, 2005.

Jacques CHEVALLIER, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », in *La Revue administrative*, no. 301, 1998.

Christine CHINKIN, « The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law », in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, no. 4, 1989.

Stephen CLEAR, Gary CLIFFORD, Dermot CAHILL, Barb ALLEN, « A New Methodology for Improving Penetration, Opportunity-Visibility and Decision-Making by SMEs in EU Public Procurement », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 15, no. 2, pp. 83-106.

Evelyne CLERC, « La mondialisation des marchés publics: bilan et perspectives de l'accord OMC sur le marchés publics », in Batselé Didier (dir.), *Les Marchés Publics à l'Aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 141-194.

David COLLINS, « Government procurement with strings attached : the uneven control of offsets by the World Trade Organization and Regional Trade Agreements », in *Asian Journal of International Law*, no. 8, 2018, pp. 301-321.

Richard COLLINS, « The Slipperiness of 'Global Law' », in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, 2017.

Christian COMELIAU, « Développement du développement durable ou blocages conceptuels? », in *Tiers-Monde*, no. 137, janvier-mars 1994.

COMMISSION EUROPÉENNE, « Strategic public procurement : facilitating green, inclusive and innovative growth », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017.

Maria Anna CORVAGLIA, « Public procurement and private standards : ensuring sustainability under the WTO Agreement on Government Procurement », in *Journal of International Economic Law*, no. 19, 2016, pp. 607-627.

Carol CRAVERO, « Promoting Supplier Diversity in Public Procurement: A Further Step in Responsible Supply Chain », in *European Journal of Sustainable Development Research*, vol. 2, no. 1, 2018.

Carol CRAVERO, « Socially Responsible Public Procurement and Set-Asides: a Comparative Analysis of the US, Canada and the EU », in *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 8, 2017.

Herman DALY, « Il n'y a pas de croissance durable », in *Transversales Science/Culture*, no. 13, janvier-février 1992.

Omer DEKEL, « The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts », in *Public Contract Law Journal*, vol. 37, no. 2, 2008.

Stephen DE LA HARPE, « Procurement under the UNCITRAL Model Law: a Southern Africa perspective » in *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 2015, vol. 18, no. 5, 2015.

Benoît DELAUNAY, « Le développement durable, avenir de la commande publique ? », in *Contrats Publics. Actualité de la commande publique*, no. 96, février 2010.

Diane DEOM et Pierre NIHOUL, « Les marchés publics : concurrence, transparence et neutralité », in *Revue générale de droit*, vol. 36, no. 4, 2006, pp. 801-829.

Hélène DE POOTER, « La passation conjointe de marchés de contre-mesures médicales dans le contexte de la pandémie de Covid-19 », in *Europe*, no. 5, mai 2020, étude 4.

Boaventura DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Legal Common Sense*, 2e édition, Londres, Butterworths, 2002.

Juan DÍEZ MEDRANO, Irina CIORNEI, Fulja APAYDIN, « Explaining Supranational Solidarity », in Ettore RECCHI et al. (dir.), *Everyday Europe: Social transnationalism in an unsettled continent*, Bristol University Press, 2019.

Martin DISCHENDORFER, « The existence and development of multilateral rules on government procurement under the framework of the WTO », in *Public Procurement Law Review*, vol. 9, no. 1, 2000.

Stéphane DOUMBE-BILLE, « Droit international et développement durable », in *Les hommes et l'environnement. Mélanges en l'hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Edition Frison-Roche, 1998.

Louis DUBOIS « Le droit à cheval sur les principes généraux » in *Drôle(s) de droit(s), Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandri*, Paris, Dalloz, 2000.

Sandrine Maljean DUBOIS (dir.) et Rostane MEHDI (dir.), *Les Nations Unies et la protection de l'environnement : la promotion d'un développement durable. Actes des septièmes Rencontres internationales d'Aix-en-Provence, 15 et 16 janvier 1999*, Paris, Pedone, 1999.

Paul DUBOUCHET, « La théorie pure du droit de Kelsen et la logique », in *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, no. 3, 1991.

Bertrand DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, 2e édition, Paris, Dalloz, 2020.

Pierre-Marie DUPUY, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », in *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, vol. 101, no. 4, 1997, p. 873-903.

Pierre-Marie DUPUY, « Soft Law and the International Law of the Environment », in *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, no. 2, 1990.

René-Jean DUPUY, « La notion de patrimoine commun de l'humanité appliquée aux fonds marins », in *Droit et libertés à la fin du XXe siècle : influence des données économiques et technologiques, Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Paris, Editions A. Pedone, 1984.

René-Jean DUPUY, « Communauté internationale et disparités de développement : cours général de droit international public », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 165, 1981.

René-Jean DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la soft law », in S.F.D.I., *L'élaboration du droit international public. Colloque de Toulouse*, Paris, Éditions A. Pédone, 1975.

Mark ECCLESTON-TURNER, « Vaccine procurement during an influenza pandemic and the role of Advance Purchase Agreements: Lessons from 2009-H1N1 », in *Global Public Health*, vol. 11, no. 3, 2015.

Gabriel ECKERT, « Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19 », in *Contrats et Marchés publics* no. 6, juin 2020, étude 4.

Per Erik ERIKSSON, « Procurement Effects on Coopetition in Client-Contractor Relationships », in *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 134, no. 2, 2008.

Simon J. EVENETT et Bernard M. HOEKMAN, « International Cooperation and the Reform of Public Procurement Policies », in *World Bank Policy Research Working Paper no. 3720*, 2005.

Ama EYO, « Corruption and the challenge to sustainable public procurement (SPP) : a perspective on Africa », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, pp. 253-265.

Gennaro FERRAIUOLO, « Rappresentanza politica, dinamiche sovrastatali, nazionalismi », in *Rivista di Diritti Comparati*, 2020.

Gilles FIEVET, « Réflexions sur le concept de développement durable: prétentions économiques, principes stratégiques et protection des droits fondamentaux », in *Revue Belge de Droit International*, vol. 128, 2001, pp. 129-184.

Eleanor FISHER, « The Power of Purchase. Addressing Sustainability through Public Procurement », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 8, no. 1, 2013, pp. 2-7.

Laurent FONBAUSTIER, « L'environnement chuchote à l'oreille des systèmes juridiques. Considérations provisoires sur les enjeux, les conditions et les limites d'une

‘Constitution écologique’ », in *Revue française de droit constitutionnel* 2020/2, no. 122, pp. 369-389.

Vincente FORTIER, « La fonction normative des notions floues », in *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, no. 3, 1991.

Hersh FRIEDMAN, « Why small business self-certification should be abolished and replaced: a case against fraud », in *Journal of Contract Management*, vol. 12, 2014.

Fabrizio FRACCHIA, « Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima? », in *Il diritto dell'economia*, vol. 65, no. 100, 2020.

Nicolas GARDÈRES, « Écologie de l'achat public », in *Revue des Juristes de Sciences Po*, no. 1, 2009.

Jürgen GERHARDS, Holger LENGFELD, Zsófia S. IGNÁCZ, Florian K. KLEY, Maximilian PRIEM, « How strong is european solidarity ? », in *Berliner Studien zur Soziologie Europas / Berlin Studies on the Sociology of Europe (BSSE)* no. 37, Berlin, Freie Universität Berlin, FB Politik- und Sozialwissenschaften, Institut für Soziologie Arbeitsbereich Makrosoziologie, 2018.

Paul A. GEROSKI, « Government procurement as a tool of industry policy », in *International Review of Applied Economics*, vol. 4, 1990, pp. 182-198.

Dharam GHAI, « Travail décent: concept et indicateurs », in *Revue internationale du Travail*, vol. 142, no. 2, 2003.

Ludovic GINELLI, Jacqueline CANDAU, Sabine GIRARD, Marie HOUDART, Valérie DELDREVE et Camille NOÛS, « Écologisation des pratiques et territorialisation des activités : une introduction », in *Développement durable et territoires*, vol. 11, no. 1, avril 2020.

Roberto GIUFFRIDA, « Lo sviluppo sostenibile: I caratteri delle norme internazionali e il loro operare nella soluzione delle controversie », in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, 2004, pp. 1039-1094.

Olivier GODARD, « Le développement durable et le devenir des villes. Bonnes intentions et fausses bonnes idées », in *Futuribles*, no. 209, 1996, pp. 29-35.

Etienne GRASS, « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », in *Revue du droit public*, no. 1, 2003.

Georges GUSDORF, « Réflexions sur l'interdisciplinarité », in *Bulletin de Psychologie*, vol. 43, 1990.

Felix HADWIGER, « Accords-cadres mondiaux. Atteindre le travail décent dans les chaînes d’approvisionnement mondiales ? », in *Journal International de Recherche Syndicale*, vol. 7, no. 1-2, Genève, Bureau International du Travail, 2015.

Garrett HARDIN, « The tragedy of commons », in *Revue Science*, no. 162, décembre 1968.

Reviva HASSON, Anthony LEIMAN, Martine VISSER, « The economics of plastic bag legislation in South Africa », in *South African Journal of Economics*, vol. 75, no. 1, 2009, pp. 66-83.

Graham HAUGHTON, « Environmental justice and the sustainable city », in *Journal of Planning Education and Research*, vol. 18, 1999.

Anthony HIGHAM, Christopher FORTUNE, Howard JAMES, « Life cycle costing : evaluating its use in UK practice », in *Structural Survey*, vol. 33 no. 1, 2015, pp. 73-87.

Clifford J. HYNNING, « Sources of International Law », in *Chicago-Kent Law Review*, vol. 34, 1955.

Bernard HOECKMAN, « Using International Institutions to Improve Public Procurement », in *The World Bank Research Observer*, vol. 13, 1998.

Hélène HOEPFFNER, « Commande publique – Du confinement au déconfinement : l’urgence sanitaire jusqu’à quand ? », in *Contrats et Marchés publics* no. 7, juillet 2020, repère 7.

Bill HOPWOOD, Mary MELLOR, Geoff O'BRIEN, « Sustainable development: mapping different approaches », in *Sustainable Development*, vol. 13, no. 1, 2005.

Maggie HUFF-ROUSSELLE, « The logical underpinnings and benefits of pooled pharmaceutical procurement: A pragmatic role for our public institutions ? », in *Social Science & Medicine*, vol. 75, no. 9, 2012, pp. 1572-1580.

Pascale IDOUX, « Les considérations sociales et environnementales », in *Revue française de Droit Administratif (RFDA)*, 2016.

Béatrice JARGOIS, « Commande publique et entreprises: regards croisés sur la prise en compte du développement durable », in *Contrats Publics. Actualité de la commande publique*, no. 96, février 2010.

Antoine JEAMMAUD, « Les règles juridiques et l’action », in *Recueil Dalloz* 1993, Chroniques, pp. 207-212.

Antoine JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 25, no. 2, 1990, pp. 125-164.

Philippe JESTAZ, « La sanction, cette inconnue du droit », in *Dalloz-Sirey, Chronique XXXII*, 1986, pp. 197-204.

Marcel JOLLIVET, « L'évaluation scientifique : mise à l'épreuve et outil de conception de l'interdisciplinarité », in *Natures – Sciences – Sociétés*, vol. 7, no. 4, 1999.

Marcel JOLLIVET, « Eléments pour une réflexion interdisciplinaire sur le concept de développement durable », in *Natures – Sciences – Sociétés*, vol. 6, no. 4, 1998.

Claire JOURDAIN, « L'intégration d'aspects sociaux et de considérations environnementales dans les marchés des administrations et entreprises publiques », in *Revue juridique de l'entreprise publique. Cahiers juridiques de l'Électricité et du Gaz*, avril 2003, no. 597.

Otto KAHN-FREUND, « On uses and misuses of comparative law », in *The Modern Law Review*, vol. 37, no. 1, 1974.

Mohammed KISHK, « Combining various facets of uncertainty in whole-life cost modelling », in *Construction Management and Economics*, vol. 22, no. 4, 2004, pp. 429-435.

Jan KLABBERS, « The Undesirability of Soft Law », in *Nordic Journal of International law*, vol. 67, 1998.

Jan KLABBERS, « The Redundancy of Soft Law », in *Nordic Journal of International law*, vol. 65, 1996.

William KIRKWOOD, « The evolution of small business preferences in the United States and selected lessons learned for the European Union », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 4, 2016.

Bruno KOEBEL, « Préférence locale et marchés publics », in *Contrats et Marchés publics*, no. 4, avril 2020, commentaire 132.

Bruno KOEBEL, « Développement du 'bio' dans les cantines », in *Contrats et Marchés publics*, no. 1, janvier 2020, commentaire 32.

Alice KRIEG-PLANQUE, « La Formule 'Développement Durable' : un opérateur de neutralisation de la conflictualité », in *Langage et société*, no. 134, 2010.

Nico KRISCH et Benedict KINGSBURY, « Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order », in *The European Journal of International Law*, vol. 17, no. 1, 2006.

Nico KRISCH, Benedict KINGSBURY et Richard B. STEWART, « The Emergence of Global Administrative Law », in *Law & Contemporary Problems*, 2005, vol. 68, pp. 15-62.

Peter KUNZLIK, « Neoliberalism and the European Public Procurement Regime », in *Cambridge yearbook of European legal studies*, vol. 15, 2013, pp. 312-356.

Peter KUNZLIK, « Making the market work for the environment : acceptance of (some) 'green' contract award criteria in public procurement », in *Journal of environmental law*, vol 15, no. 2, 2003, pp. 175-201.

Claude LACOUR, « Pour une planification écologique stratégique : l'écoaménagement des territoires », in *Revue d'Economie Régionale et Urbaine*, no. 3, 1992.

Richard LAGANIER, Bruno VILLALBA et Bertrand ZUINDEAU, « Le développement durable face au territoire : éléments pour une recherche pluridisciplinaire », in *Développement durable et territoires*, vol. 1, 2002.

Serge LATOUCHE, « L'imposture du développement durable ou les habits neufs du développement », in *Mondes en développement*, 2003/1, no. 121.

Pierre LEGRAND, « The impossibility of legal transplants » in *Maastricht Journal of European and comparative Law*, vol. 111, 1997.

Claude LEVI-STRAUSS, « L'ethnologue est un bricoleur », in *Le nouvel observateur, hors-série*, nov.-déc 2009, pp. 22-23.

Yoram LEVY et Marcel WISSENBURG, « Sustainable Development as a Policy Telos: A New Approach to Political Problem-Solving », in *Political Studies*, vol. 52, 2004.

Rémy LIBCHABER, « Qu'est-ce qu'une loi ? », in *La revue trimestrielle de droit civil*, no. 1, 1999.

Florian LINDITCH, « Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise du Covid-19 », in *Contrats et Marchés publics*, no. 5, mai 2020, alerte 18.

Florian LINDITCH, *Droit administratif, l'éternel retour. L'illustration des marchés publics*, in *La Revue administrative*, no. 328, juillet-août 2002, pp. 358-372.

François LLORENS, Pierre SOLER-COUTEAUX, « La commande publique, instrument stratégique au service des politiques publiques », in *Revue Contrats et Marchés publics*, no. 11, novembre 2017.

Ivo LOCATELLI, « Do European Public Buyers Purchase Together? An assessment of Joint Cross-Border Procurement Contracts Published in TED in 2017 and Beyond », in *Ius Publicum Network Review*, no. 1, 2019.

Rodrigo LOZANO, « Envisioning sustainability three-dimensionally », in *Journal of Cleaner Production*, vol. 16, 2008, pp. 1838-1846.

Bernard LUISIN, « Le mythe de l'État de droit », in *Civitas Europa* 2016/2, no. 37, 2016, pp. 155-182.

Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « Environnement, développement durable et droit international. De Rio à Johannesburg : et au-delà ? », in *Annuaire français de droit international*, vol. 48, 2002.

Jean De Dieu MANGAMBU MOKOSO et al., « Etudes ethnobotanique et ethnolinguistique des ressources forestières ligneuses utilisées par la population du couloir écologique du parc national de Kahuzi-Biega (R D. Congo) », in *European Journal of Scientific Research*, vol. 11, 2015.

Donald MARRON, « Les achats publics plus écologiques en tant qu'instrument de la politique environnementale », in *Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire*, vol. 3/4, 2004.

Robyn MARTIN et Alexandra CONSEIL, « Public health policy and law for pandemic influenza: a case for European harmonization? », in *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 37, no. 6, 2012, pp. 1091-1110.

Olga MARTIN-ORTEGA et Claire METHVEN O'BRIEN, « Advancing respect for labour rights globally through public procurement », in *Politics and Governance*, vol. 5, no. 4, 2017, pp. 69-79.

Olga MARTIN-ORTEGA, Opi OUTHWAITE et William ROOK, « Buying power and human rights in the supply chain: legal options for socially responsible public procurement of electronic goods », in *The International Journal of Human Rights*, vol. 19, no. 3, 2015, pp. 341-368.

Beatriz MARTINEZ ROMERA et Roberto CARANTA, « EU Public Procurement Law: Purchasing Beyond Price in the Age of Climate Change », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017.

Audrey MAUREL, « Un an de droit de la concurrence appliqué aux contrats publics », in *Contrats et Marchés publics* no. 7, juillet 2020, chron. 4.

Audrey MAUREL, « Smart city et commande publique : entre obligation et opportunité », in *Contrats et Marchés publics* no 6, juin 2020.

R. Preston MCAFEE et John MCMILLAN, « Government Procurement and International Trade », in *Journal of International Economics*, no. 26, 1989, pp. 291-308.

Michael MCCLOSKEY, « The Emperor has no clothes : the conundrum of sustainable development », in *Duke Environmental Law and Policy Forum*, vol. 9, 1999, pp. 153-160.

Christopher MCCRUDDEN et Stuart G. GROSS, « WTO Government procurement rules and the local dynamics of procurement policies : a Malaysian case study », in *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006.

Christopher MCCRUDDEN, « Using Public Procurement to Achieve Social Outcomes », in *Natural Resources Forum*, no. 28, 2004, pp. 257-267.

Nicolas MOLFESSIS, « La distinction du normatif et du non normatif », in *Revue trimestrielle de droit civil*, no. 3, 1999.

Pierre-Henri MORAND, « Accès des PME aux marchés publics : allotissement ou groupement ? », in *Economie publique*, vol. 10, no. 1, 2002, pp. 73-100.

Elisabetta MORLINO, « La vita senza pareti nello spazio giuridico globale », in *Giornale di Diritto Amministrativo*, no. 4, 2007, pp. 433-442.

Schamil NAOUM, « An overview into the concept of partnering », in *International Journal Project Management*, vol. 21 no. 1, 2003.

Amadou NIANG, Sébastien BOURDIN et André TORRE, « L'économie circulaire, quels enjeux de développement pour les territoires ? », in *Développement durable et territoires*, vol. 11, no. 1, avril 2020.

Rozen NOGUELLOU, « Santé publique : l'achat groupé de vaccins et de médicaments devient une réalité dans l'Union européenne », in *Droit Administratif*, no. 6, juin 2014, alerte 48.

Guy Marcel NONO, « Le développement durable en droit international : Essai sur les incidences juridiques d'une norme évolutive », in *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 53, 2015, pp. 643-651.

Bruno OPPETIT, « L'hypothèse du déclin du droit », in *Droits, Revue française de théorie juridique*, no. 4, 1986, pp. 9-20.

Timothy O'RIORDAN, « The challenge for environmentalism », in Richard PEET (dir.), Nigel (dir.) et THRIFT (dir.), *New Models in Geography*, London, Unwin Hyman, 1989.

Esin ORUCU, « Law as transposition », in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, no. 2, 2002.

Maurice PAYETTE, « Interdisciplinarité : clarification des concepts », in *Interactions*, vol. 5, no. 1, 2001.

William PHELAN, « What is Sui generis about the European Union ? Costly International Cooperation in a self-contained regime », in *International Law Studies Review*, vol. 14, 2012, pp. 367-385.

Laura PEREIRA, « The Role of Substantive Equality in Finding Sustainable Development Pathways in South Africa », in *Revue internationale de droit et politique du développement durable de McGill*, vol. 10, no. 2, 2014, pp. 147-178.

Giulia PERRONE, « Il regolamento sanitario internazionale dell'OMS alla prova dell'emergenza Covid-19 », in *BioLaw Journal*, 2020.

Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, no. 2, avril-juin 2001.

Daniela PÎRVU et Cristina BÂLDAN, « Access to the EU public procurement market : are there disparities based on the origin of economic operators ? », in *Journal of Economic Issues*, vol. XLVII, no. 3, 2013.

Jean-Marie PONTIER, « Catégories en miroir : subventions, délégations de service public, marchés publics », in *Mélanges Richer*, Paris, LGDJ, 2013.

Silvia PONZIO, « Joint Procurement and Innovation in the New EU Directive and in some EU-Funded Projects », in *Ius Publicum Network Review*, no. 16, 2015.

Jonathon PORRITT, « Last Gasp », in *The Guardian*, 17 juillet 2002.

Noémie PORTE, « Vers un abandon du principe de neutralité de la commande publique ? », in *Revue du Droit Pubic*, no. 5, 2014, pp. 1249-1282.

Michaël POUZENC, « Articuler un 'penser global' et un 'agir local' : la territorialisation des 'Community Supported Agriculture' », in *Développement durable et territoires*, vol. 11, no. 1, avril 2020, disponible au site web suivant : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/16922>.

Catherine PREBISSY-SCHNALL, « Marchés publics : l'existence d'une règle de publicité des sous-critères et de leur pondération : CE, 18 juin 2010, Cne de Saint-Pal-de-Mons, req. No. 337377 », in *Contrats Concurrence et Consommation*, août-septembre 2010, comm. no. 215.

Lutz PREUSS, « Buying into our future: sustainability initiatives in local government procurement », in *Business Strategy and the Environment*, vol. 16, no. 5, 2007, pp. 354-365.

Eric PRIER, Cliff MCCUE, Ravi S. BEHARA, « The value of certification in public procurement: The birth of a profession? », in *Journal of Public Procurement*, vol. 10, no. 4, 2010, pp. 512-540.

Yuhua QIAO, Khi V. THAI et Glenn CUMMINGS, « State and local procurement preferences: a survey », in *Journal of Public Procurement*, vol. 9, 2009, pp. 371-410.

Ioana Pelin RADUCU et Nicolas LEVRAT, « Le métissage des ordres juridiques européens : une théorie impure de l'ordre juridique », in *Cahiers de droit européen*, vol. 43, 2007.

Michael REDCLIFT, « Sustainable Development (1987–2005): An Oxymoron Comes of Age », in *Sustainable Development*, vol. 13, 2005.

Philippe REES, « Le droit de la commande publique en état d'urgence », in *Contrats et Marchés publics*, no. 5, mai 2020, repère 5.

Vinod REGE, « Transparency in government procurement: issues of concern and interest to developing countries », in *Journal of World Trade*, vol. 35, no. 4, 2001.

Catherine RIBOT, « La commande publique écoresponsable », in *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, t. 2, Université Montpellier I, 2007, pp. 283-301.

François RIGAUX, « Cours général de droit international privé », in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 213, 1989-1, pp. 362-375.

Malcolm ROSS, « The value of solidarity in European public services law », in Markus KRAJEWSKI (dir.), Ulla NEERGAARD (dir.), Johan VAN DE GRONDEN (dir.), *The changing legal framework for services of general interest in Europe : between competition and solidarity*, T.M.C. Asser Press, 2009.

Rodolfo SACCO, « Legal Formants: a dynamic approach to comparative law », in *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, no. 2, 1991, pp. 343-401.

Andrew G. SAKALLARIS, « Questioning the sacred cow: reexamining the justification for small business set asides », in *Public Contract Law Journal*, vol. 36, no. 4, 2007, pp. 685-699.

Albert SANCHEZ-GRAELLS, « Regulatory substitution between labour and public procurement law: the EU's shifting approach to enforcing labour standards in public contracts », in *European Public Law Journal*, vol. 24, no. 2, 2018, pp. 229-254.

Albert SANCHEZ- GRAELLS, « Is Joint Cross-Border Public Procurement Legally Feasible or Simply Commercially Tolerated? – A Critical Assessment of the BBG-SKI JCBPP Feasibility Study », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, 2017.

Albert SANCHEZ-GRAELLS, « Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia ? », in *Procurement Law Journal*, no. 1, 2016.

Philippe SANDS, « International Law in the Field of Sustainable Development », in *The British Yearbook of International Law*, vol. 65, no. 1, 1994, pp. 303-381.

René SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », in *Il Foro Italiano* vol. 100, Parte quinta: monografie e varietà, 1977, pp. 173/174-183/184.

Georges SCELLE, « Pouvoir étatique et droit des gens (réponse à une négation de l'Ordre juridique international) », in *Mélanges factices* 1-7, 1943.

Steven L. SCHOONER, « Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law », in *Public Procurement Law Review*, vol. 11, 2002.

Nico J. SCHRIJVER, « The evolution of sustainable development in international law: inception, meaning and status », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 329, 2007.

Abby SEMPLE, « Socially Responsible Public Procurement (SRPP) under EU Law and International Agreements The GPA, CETA and the EU-Ukraine Deep and Comprehensive Free Trade Area », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017.

Linda SENDEN, « Soft law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law : Where do they meet ? », in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9, no. 1, 2005.

Gregory C. SHAFFER, et Mark A. POLLACK. « Hard Vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance », in *Minnesota Law Review*, vol. 94, 2010, pp. 706-99.

Jochen SOHNLE, « Irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la C.I.J. : l'Affaire Gabčíkovo-Nagymaros », in *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, no. 1, 1998.

Jean-Gabriel SORBARA, « Contrats de coopération entre personnes publiques et commande publique », in *Contrats et Marchés publics* no. 3, mars 2020, étude 1.

Giancarlo SPAGNOLO, « Reputation, competition, and entry in procurement », in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, 2012.

Robert N. STAVINS, Alexander F. WAGNER, Gernot WAGNER, « Interpreting sustainability in economic terms: dynamic efficiency plus intergenerational equity », in *Economic Letters*, vol. 79, 2003.

Tim STOFFEL, Carol CRAVERO, Annamaria LA CHIMIA, Geo QUINOT, « Multidimensionality of Sustainable Public Procurement (SPP) – Exploring Concepts and Effects in Sub-Saharan Africa and Europe », in *Sustainability*, 2019.

Nil SYMCHOWICZ, « Le concept de développement durable appliqué à la commande publique », in *Contrats Publics. Actualité de la commande publique*, no. 96, février 2010.

Tünde TÁTRAI, « Joint public procurement », in *ERA Forum*, vol. 16, no. 1, 2015, pp. 7-24.

François TERRE, « Pitié pour les juristes », in *La revue trimestrielle de droit civil*, 2002.

Gunther TEUBNER, « Legal irritants : good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences », in *The Modern Law Review*, vol. 61, no. 1, 2003.

Jacques THEYS, « L'approche territoriale du 'développement durable', condition d'une prise en compte de sa dimension sociale », in *Développement durable et territoires*, vol. 1, 2002.

Catherine THIBIERGE, « Au cœur de la norme : la tracé et la mesure. Pour une distinction entre norme et règles de droit », in *Archives de philosophie du droit*, t. 51, 2008, pp. 341-371.

Catherine THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres Propos sur les sources du droit. Mélanges Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 519-546.

Catherine THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », in *La revue trimestrielle de droit civil*, 2003.

Xavier THUNIS, « Le développement durable : une seconde nature », in *Aménagement-Environnement*, n. spécial, 2000.

Daniel THÜRER, « Soft Law », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

Gérard TIMSIT, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », in *Revue Française d'administration publique*, no. 78, 1996, pp. 375-394.

Thato TOEBA, « Corruption in public procurement in Lesotho », in *Law and Development Review*, vol. 11, no. 2, 2018.

Federico TRIONFETTI, « Discriminatory Public Procurement and International Trade », in *The World Economy*, vol. 23, no. 1, 2000, pp. 57-76.

Michel TROPER, « La pyramide est toujours debout ! », in *Revue du Droit Public*, 1978, pp. 1523-1536.

Martin TRYBUS et Marta ANDRECKA, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU? », in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 12, no. 3, 2017, pp. 224-238.

Kaarlo TUORI, « Vers une théorie du droit transnational », in *Revue internationale de droit économique*, vol. 1, 2013, pp. 9-36.

UNION EUROPÉENNE, *Les villes de demain. Défis, visions et perspectives*, 2011.

Harro VAN ASSELT, Francesco SINDICO, Michael A. MEHLING, « Global climate change and the fragmentation of international law », in *Law and Policy*, vol. 30, no. 4, 2008, pp. 423-449.

Michel VIRALLY, « Sur la prétendue primitivité du droit international », in *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, Genève, Graduate Institute Publications, 1990.

Michel VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales injonctions) : septième Commission : rapport provisoire », in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 60, no. 1, 1983, pp. 166-327.

Michel VIRALLY, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », in *Annuaire Français de Droit International*, no. 2, 1956.

Sandra WADDOCK, « Rhetoric, Reality and Relevance for Corporate Citizenship: Building a Bridge to Actionable Knowledge », in José Allouche (dir.), *Corporate Social Responsibility*, vol. 1, UK, Palgrave Macmillan, 2006.

Helen WALKER et Wendy PHILIPS, « Sustainable procurement : emerging issues », in *International Journal of Procurement Management*, vol. 2, no. 1, janvier 2009, pp. 41-61.

Neil WALKER, « The idea of constitutional Pluralism », in *Modern Law Review*, vol. 65, 2002.

Don WALLACE Jr, « UNCITRAL : Reform of the Model Procurement Law », in *Public Contract Law Journal*, vol. 35, no. 3, 2006.

Ron WATERMEYER, « A generic and systemic approach to procurement: the case for an international standard », in *Public Procurement Law Review*, 2005, pp. 39-61.

Ron WATERMEYER, « Facilitating sustainable development through public and donor regimes : tools and techniques », in *Public Procurement Law Review*, no. 1, 2004, pp. 30-55.

Ron WATERMEYER, « The use of Targeted Procurement as an Instrument of Poverty Alleviation and Job Creation in Infrastructure Projects », in *Public Procurement Law Review*, no. 5, 2000, pp. 226-250.

Alan WATSON, « From legal transplants to legal formants », in *American Journal of Comparative Law*, vol. 43, no. 3, 1995.

David WEISSBRODT et Muria KRUGER, « Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Business Enterprises with Regard to Human Rights », in *American Journal of International Law*, vol. 97, no. 4, 2003, pp. 901-922.

Lawrence R. WHEELLESS, « A follow-up study of the relationships among trust, disclosure, and interpersonal solidarity », in *Human Communications Research*, vol. 4, no. 2, 1978.

Anja WIESBROCK, « An obligation for sustainable procurement? Gauging the potential impact of Article 11 TFEU on public contracting in the EU », in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 40, 2013.

Janicke WIGGEN, « Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector », in *Public Procurement Law Review*, 2014, no. 3.

Janicke WIGGEN, « Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law », in *Public Procurement Law Review*, no. 5, 2011, pp.157-172.

Mikhail XYFARAS, « Après les théories générales de l'Etat : le droit global ? », in *Jus Politicum* no. 8, 2012.

Christopher R. YUKINS, « Assessing the World Bank's Proposed Revision of Its Procurement Guidelines », in *The Government Contractor*, vol. 52, no. 21, 2010.

Peer ZUMBANSEN, « Transnational law. Evolving » in Jan M. Smith (dir.) *Encyclopedia of comparative law*, 2 édition, Edward Elgar, 2012.

MÉMOIRES ET THÈSES

Marie-Charlotte BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2015.

Raphaële CHARLIER, *Les critères environnementaux dans les marchés publics*, Mémoire de Master II, Université Paris 1, 2016-2017, disponible au site web suivant : http://www.pantheonsorbonne.fr/fileadmin/CERDPE/Memoires_de_Recherche/Contrats_publics/CHARLIER_R._Les_criteres_environnementaux_dans_les_marches_publics.pdf.

Céline COUDERT, *Réflexions sur le concept de fundamentalité en droit public français*, Thèse de doctorat, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2011.

Jérémy FASS, *La performance de l'achat public*, Mémoire de Master II, Université de Montpellier, 2016, disponible en ligne : https://www.memoireonline.com/04/17/9817/m_La-performance-de-l-achat-public32.html.

Géraldine GUERILLOT, *La réception des discours de développement durable et d'actions de responsabilité sociale des entreprises dans les pays du Sud. Le cas d'un don d'ordinateurs au Sénégal dans le cadre d'un projet tripartite de solidarité numérique*, Thèse de doctorat en Sciences de l'Homme et Société - Sociologie, 2012, p. 21, disponible en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00873627>.

Jean-Marie HARRIBEY, *Développement soutenable et réduction du temps de travail. Analyse critique appliquée au cas de la France*, Thèse de doctorat en Sciences économiques, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, 1996.

Lili JIANG, *An evaluation of soft law as a method for regulating public procurement from a trade perspective*, Thèse du doctorat, University of Nottingham, 2009.

Grégory KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2004.

Jean-Marc MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit : continuité et modernité*, Thèse de doctorat, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, vol. 26, 2003.

Frédéric PICHON, *Le développement durable dans les marchés publics, une évolution complexe*, Mémoire de Master, Université Lumière Lyon 2, 2007, disponible en ligne : <http://doc.sciencespo-lyon.fr>.

Anthony PILON, *Les marchés publics : un outil au service des considérations sociales*, Mémoire de Master, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2014.

Xavier PINAUD, *L'intégration de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, Limoges, Pulim, coll. Les Cahiers du CRIDEAU, no. 7, 2003.

Alexis SYMPHORIEN EMVONO, *Enjeux et perspectives d'un programme de travaux à haute intensité de main d'œuvre dans la lutte contre la pauvreté rurale au Cameroun*, Mémoire de Master, Université de Maurice, 2011.

Julia VINTERSKOG, *The scope of labour law requirements in public procurement – at the ILO, EU and Swedish level*, Mémoire de Master, Université de Lund, 2011.

ACTES DE COLLOQUES ET AUTRES OUVRAGES COLLECTIFS

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (dir.), *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009 :

- Mustapha MEKKI, « Propos Introductifs sur le droit souple » ;
- Cécile PERES, « La réception du droit souple par les destinataires » ;
- Catherine THIBIERGE, « Rapport de synthèse ».

Jean-Louis BERGEL (dir.), *Le plurijuridisme – Actes du 8e congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique*, Aix-Marseille, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2005.

Alina MIRON, « La mise en œuvre des normes sanitaires internationales dans les ordres juridiques internes » in S.F.D.I., *Santé et droit international. Colloque de Rennes*, 2019, Paris, Éditions A. Pedone, pp. 125-142.

SOCIETE FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL - S.F.D.I., *Droit international et développement. Colloque de Lyon*, Paris, Éditions A. Pedone, 2015 :

- Virginie BARRAL, « Retour sur la fonction du développement durable en droit international : de l’outil herméneutique à l’obligation de s’efforcer d’atteindre le développement durable » ;
- Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Les panels d’inspections » ;
- Stéphane DOUMBE-BILLE, « Rapport Introductif » ;
- Emilie GAILLARD, « Développement durable et droits de l’homme. Vers la reconnaissance de droits de l’homme des générations futures ? » ;
- Arnaud LOUWETTE, « Entre discours et pratique : les politiques opérationnelles de la Banque Mondiale comme facteurs de protection des droits de l’homme ? » ;
- Kiara NERI, « Rapport général » ;
- Mohamed Mahmoud Mohamed SALAH, « Le renouvellement du rôle des acteurs. Rapport général » ;
- Despina SINOU, « La dimension sociale du développement durable : aspects de droits fondamentaux » ;
- Emmanuelle TOURME JOUANNET, « Droit du développement et droit de la reconnaissance, les piliers juridiques d’une société mondiale plus juste ? ».

SOCIETE FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL - S.F.D.I., *L’État dans la mondialisation. Colloque de Nancy*, Paris, Éditions A. Pedone, 2013 :

- Yves PETIT, « Les risques environnementaux globaux et les transformations de la souveraineté » ;
- Stéphane PIERRE-CAPS, « La mondialisation et la crise de l’État national ».

SOCIETE FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL - S.F.D.I., *Le droit international face aux enjeux environnementaux, Colloque d’Aix-en-Provence*, Paris, Éditions A. Pedone, 2010 :

- Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Conclusion générales » ;
- Stéphane DOUMBE-BILLE, « Régionalisme et universalisme dans la production du droit de l’environnement » ;
- Habib GHERARI, « Accords commerciaux régionaux et protection de l’environnement » ;
- Ahmed MAHIOU, « De quelques incertitudes institutionnelles et normatives en matière d’environnement » ;
- Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « La ‘fabrication’ du droit international au défi de la protection de l’environnement. Rapport général sur le thème de la première demi-journée » ;
- Dinah SHELTON, « Comments on the normative challenge of environmental ‘soft law’ ».

RAPPORTS, ETUDES, PAPERS ET ARTICLES SUR INTERNET

Frédéric ALLEMAND, *La compétitivité européenne : compétition, coopération, solidarité*, présenté lors du Séminaire international « La compétitivité européenne : regards croisés », Luxembourg, 29-30 mars 2017.

Robert D. ANDERSON et Anna Caroline MÜLLER, « The revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): key design features and significance for global trade and development », in *Georgetown Journal of International Law*, vol. 48, 2017, pp. 949-1008.

Robert D. ANDERSON, Philippe PELLETIER, Kodjo OSEI-LAH, Anna Caroline MÜLLER, *Assessing the Value of Future Accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some New Data Sources, Provisional Estimates and an Evaluative Framework for Individual WTO Members Considering the Accession*, WTO Working Paper ERSD-2011-15, WTO Economic Research and Statistics Division, Genève, octobre 2011.

Marta ANDHOV (dir.) et Roberto CARANTA (dir.), *Sustainability through Public Procurement: the way forward - Reform Proposals*, SMART Project Report, 2019, disponible en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3559393.

Raphael APELBAUM et Edouard CLOT, « Marchés publics Agriculture : la mise en œuvre de circuits courts », in *La Gazette*, no. 54, avril 2019.

Andrea APPOLONI, Alessio D'AMATO et Cheng WENJUAN, *Is Public Procurement Going Green? Experiences and Open Issues*, Munich Personal RePEc Archive Papers, no. 35346, 2011.

Jean-Bernard AUBY, *La théorie du droit administratif global : Brève présentation critique*, Troisième session du Séminaire Droit Administratif Comparé, Européen et Global. L'émergence d'un droit administratif global, disponible en ligne : <https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/jba.pdf>.

Sue ARROWSMITH (dir.), *Public Procurement Regulation: An Introduction*, University of Nottingham, Nottingham, 2011, disponible en ligne : <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>.

Jan BART JUTTE (Royal HaskoningDHV), *Procurement of Innovative Products: Bio-Based Products in Procurement. A guidance on bio-based products in procurement*, disponible en ligne : <http://www.biobasedinprocurement.eu/>.

Peter BENTALL, Andreas BEUSCH et Jan DE VEEN, *Programmes d'Infrastructures à Haute Intensité de Main-d'œuvre – HIMO. Renforcement des capacités pour la passation de contrats dans le secteur de la construction. Directives*, Genève, Bureau international du Travail (BIT), 1999.

BERGER-LEVRAULT, *Les marchés publics 'Made in France'*, 13 décembre 2012, disponible en ligne : <https://commande-publique.legibase.fr/actualites/focus/les-marches-publics-made-france-78574>.

Jean BOULOUIS et Roger-Michel CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Dalloz, 4e édition, 1987.

Yves BOURDET, *HIMO et lutte contre la pauvreté au Mali*, Suède, Agence Suédoise de Coopération au Développement International, 2012.

Martial BOURQUIN (Rapporteur), *Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME*, Rapport d'information du Sénat français 2015-2016, no. 82, t. I, 2015.

Stephen BRAMMER et Helen WALKER, *Sustainable procurement practice in the public sector : An international comparative study*, Working Paper Series no. 16, University of Bath, 2007.

Christina BRODHAG, *Les enjeux de l'information en langue française sur le développement durable*, Université d'Été Francophone développement durable et systèmes d'information, Saint-Etienne, 5-9 juillet, 1999, disponible en ligne : <https://hal-emse.ccsd.cnrs.fr/emse-00728838>.

Hilde CAROLI CASAVOLA, « Global Rules on Public Procurement », in *Global Administrative Law: An Italian Perspective*, EUI RSCAS PP, 2012/04, Global Governance Programme, European, Transnational and Global Governance, 2012.

Sabino CASSESE, « What is Global Administrative Law and why study it? », in *RSCAS Policy Papers 2012/04*, 2012.

Sabino CASSESE, *The Globalization of Law*, 2005, présentations lors de l'Italian Institute for Human Sciences, 11 mars 2005 à l'Université Federico II de Naples, et lors du cours du 23 mars 2005 à l'Université de Rome La Sapienza pour l'inauguration de l'année académique 2004-2005.

Paolo CECCHINI, Michel CATINAT, Alexis JACQUEMIN, *The European Challenge, 1992: The Benefits of a Single Market*, 1988, (summary of the Cecchini report), SEC (88) 524 final, Commission européenne.

Thierry CHOPIN, « Face au coronavirus, c'est l'identité européenne qui est en jeu », in *La Croix*, mars 2020.

John Mark CLAPP, *Are Small Business Set-Asides Successful?*, disponible en ligne : http://www.academia.edu/7353444/Are_Small_Business_Set-Asides_Successful.

Maria Anna CORVAGLIA et Laura MASCHNER, *The complementarity of soft and hard law in public procurement: between harmonization and resilience*, Working Paper no. 2013/10, 2013, disponible en ligne : <https://ideas.repec.org/p/wti/papers/550.html>.

CTB Burundi, *La haute intensité de main-d'œuvre : valorisation locale des ressources humaines*, disponible en ligne : https://www.enabel.be/sites/default/files/pavage_haute_intensite_main_doeuvre_himo_fr.pdf.

Nathalie DE GROVE-VALDEYRON, « La pénurie en équipements médicaux de première nécessité et en médicaments : que fait l'Union européenne ? », in *Bulletin DESAPS, La gestion de la crise du Covid 19 au niveau de l'UE. Analyses et commentaires*, Édition spéciale 2, Université Toulouse-Capitole, 2020.

Carlo DEL NINNO, Kalanidhi SUBBARAO et Annamaria MILAZZO, *How To Make Public Works Work : A Review of the Experiences*, The World Bank SP Discussion Paper no. 0905, The World Bank, mai 2009.

Hélène DE POOTER, « La pandémie de Covid-19 éclairée par l'histoire de la coopération sanitaire internationale », in *The Conversation*, mai 2020, disponible en ligne : <https://theconversation.com/profiles/helene-de-pooter-1022675/articles>.

Anniek DE RUIJTER, Roel BEETSMA, Brian BURGOON, Francesco Nicoli, Frank VANDENBROUCKE, *EU solidarity and policy in fighting infectious diseases: state of play, obstacles, citizen preferences and ways forward*, CESifo Working Paper no. 8222, 2020, disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=3578256>.

Pascale DEUMIER, Sylvaine LAULOM, Nathalie MERLEY, Eliette RUBI-CAVAGNA, *Les principes fondamentaux dans la jurisprudence des juridictions suprêmes*, Rapport de recherche, Centre de Recherches Critiques sur le Droit, 2004.

Ann Lawrence DURVIAUX, *Marchés publics et environnement : mise en perspective*, disponible en ligne : <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/117171/2/MP.ENVI.pdf>.

Daniela EBNER et Rupert J. BAUMGARTNER, *The relationship between Sustainable Development and Corporate Social Responsibility*, paper présenté lors de la Conférence sur Corporate Responsibility Research Conference, Dublin, 2006, <https://www.crrconference.org/>.

ECOCITÉS, *EcoCités et villes de demain*, 2017, disponible en ligne : http://www.ecocites.logement.gouv.fr/IMG/pdf/dp_ecocite-et-ville-de-demain_avril_2017-2.pdf.

Jaime ESPÍN, Joan ROVIRA, Antoinette CALLEJA, Natasha AZZOPARDI-MUSCAT, Erica RICHARDSON, Willy PALM, Dimitra PANTELI, *How can voluntary cross-border collaboration in public procurement improve access to health technologies in Europe ?*, Policy Brief 21, Copenhagen, European Observatory on Health Systems and Policies, 2016.

Emmanuel EVENO, *Les « villes intelligentes » : objets de convergence ou de controverse entre développement de la société de l'information et développement durable ?*, disponible en ligne : <https://emmanueleveno.files.wordpress.com/2016/04/politiques-publiques-et-smart-cities.pdf>.

Maurizio FERRERA et Alessandro PELLEGGATA, *Can economic and social europe be reconciled? Citizen views on integration and solidarity*, European Research Council - Advanced Grant 340534, Reconciling Economic and Social Europe. The Role of Values, Ideas and Politics, 2017.

Doug FORBES, Mohamed EL-HARAM, Malcolm HORNER, Sandra LILLEY, « Forecasting the number of jobs created through construction », in Simon Smith (dir.), *28e Annual ARCOM Conference*, 3-5 September 2012, Edinburgh, UK, Association of Researchers in Construction Management (ARCOM), 2012.

Fabrizio FRACCHIA, « Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni », in *www.federalismi.it*, no. 17/2018.

Philipp GENSCHEL et Anton HEMERIJCK, *Solidarity in Europe*, European University Institute (EUI) Policy Brief, no. 1, 2018.

Olivier GODARD, « Le développement durable de Rio de Janeiro (1992) à Johannesburg (2002) », in *Cahier no. 2003-017*, Ecole Polytechnique Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 2003, disponible en ligne : https://www.researchgate.net/publication/5090275_Le_developpement_durable_de_Rio_de_Janeiro_1992_a_Johannesburg_2002.

Grand Lyon, *Compétition économique & solidarité : Quelles tensions ? Quelles articulations ?*, Cahier no. 6, août 2014, p. 12, disponible en ligne : <https://www.millenaire3.com/publications/competition-economique-solidarite-queelles-tensions-queelles-articulations>.

GREEN ELECTRONICS COUNCIL (GEC), *Purchasers Guide for Addressing Labor and Human Rights Impacts in IT Procurements*, 2018.

Mukesh C. GUPTA, *EIIP – Capacity Building for Contracting. Institutional Assessment and Contractor Tracing. Cambodia Contractor’s Tracing Study*, Organisation Internationale du Travail (OIT), juillet 2008.

Susan HANSON et Robert LAKE, *Towards a comprehensive geographical perspective on urban sustainability. Final Report of the 1998 National Science Foundation Workshop on Urban Sustainability*, 2000, disponible en ligne : <http://cupr.rutgers.edu/wp-content/uploads/2014/08/sustain.pdf>.

Benedikt HERZ et Xosé-Luís VARELA-IRIMIA, *Border Effects in European Public Procurement*, 2017, disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=2883076>.

INTERNATIONAL LEARNING LAB ON PUBLIC PROCUREMENT AND HUMAN RIGHTS, *Public Procurement and Human Rights : a survey of twenty jurisdictions*, disponible en ligne : <https://www.hrprocurementlab.org/resources/>.

Hervé KEMPF, « George Bush compte sur la croissance pour résoudre à terme la question du changement climatique », in *Le Monde*, 19 août 2002, disponible en ligne : https://www.lemonde.fr/planete/article/2002/08/19/george-bush-compte-sur-la-croissance-pour-resoudre-a-terme-la-question-du-changement-climatique_287731_3244.html.

Nadine LAÏB (Drees), « Quels liens entre chômage, faibles rémunérations et pauvreté ? », in *Les Travaux de l’Observatoire de la pauvreté et de l’exclusion sociale (2005-2006)*, Paris, 2006.

Laurence FOLLIOT-LALLIOT, « La concurrence entre Etats sur l’achat de matériel médical et sanitaire aggrave le problème », in *Tribune du Monde*, 30 mars 2020.

Serge LATOUCHE, « Les mirages de l’occidentalisation du monde. En finir, une fois pour toutes, avec le développement », in *Le Monde diplomatique*, mai 2001, disponible en ligne : <https://www.monde-diplomatique.fr/2001/05/LATOUCHE/1754>.

Patrick LE GALÈS, « Que devient l’Etat ? », in *Cahiers français*, no. 379, mars-avril 2014.

Patricia LEXCELLENT, « Étude présentée au nom de la délégation à la prospective et à l’évaluation des politiques publiques. Commande publique responsable : un levier insuffisamment exploité », in *Journal Officiel de la République Française. Les études du Conseil économique, social et environnemental*, Conseil économique, social et environnemental (CESE), mars 2018.

Aurélie MAHALATCHIMY (document de travail), *Développement et accès aux produits de santé destinés à lutter contre la Covid-19 : État des lieux des actions de l’Union*

européenne, avril 2020, disponible en ligne : https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/ue_produits_de_sante_covid19-document_de_travail-am.pdf.

Tjiamogale Eric MANCHIDI, Ian HARMOND, *Targeted procurement in the Republic of South Africa. An independent assessment*, Organisation Internationale du Travail, 2002, disponible en ligne : https://www.ilo.org/emppolicy/pubs/WCMS_ASIST_8369/lang--en/index.htm.

Patrick MARTIN-GENIER, « Après les excuses de la présidente de la Commission européenne aux Italiens, l'Europe tente de rebondir », in *Revue politique et parlementaire*, À la Une, International, 3 avril 2020.

Olga MARTIN-ORTEGA et Andy DAVIES (MBA FCIPS), *Protecting human rights in the supply chain. A guide for public procurement practitioners*, 2017, disponible en ligne : <http://www.hrprocurementlab.org/wp-content/uploads/2017/06/KnowledgeLUPC-ProtectingHumanRightsintheSupplyChain2.pdf>.

Frédéric MARTY, *Les clauses environnementales dans les marchés publics : perspectives économiques*, GREDEG Working Papers 2012-01, Groupe de Recherche en Droit, Economie, Gestion (GREDEG CNRS), Université Côte d'Azur, France, 2012.

Frédéric MAURO, « Coronavirus : l'absence de solidarité peut tuer le projet européen », in *Programme Europe, Stratégie, Sécurité*, analyse 8, avril 2020.

Claire METHVEN O'BRIEN, Amol MEHRA et Nicole VANDER MEULEN, *Public Procurement and Human Rights: A Survey of Twenty Jurisdictions*, 2016, disponible en ligne : <https://www.hrprocurementlab.org/blog/reports/public-procurement-and-human-rights-a-survey-of-twenty-jurisdictions/>.

Claire METHVEN O'BRIEN, *Essential Services, Public Procurement and Human Rights in Europe*, University of Groningen, 2015, Research Paper no. 22/2015, disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=2591898>.

« Mind meld » (Editorial), in *Nature*, 2015, no. 525, pp. 289-290.

Daniel MORRIS, *Driving change through public procurement. A toolkit on human rights for procurement policy makers and practitioners*, The Danish Institute for Human Rights, 2020.

Chrysoula P. MOUKIOU, *The impact of international hard and soft law on EU and national public procurement law*, présentation lors de la conférence Global Revolution, Nottingham, 2019, dont le programme est en ligne : <https://www.nottingham.ac.uk/conference/fac-socsci/pprg-global-revolution/documents/grix-programme-final-10-6-19.pdf>.

Franco OLIVIER et Eddy BYNENS, *L'approche HIMO et les investissements routiers. Perspectives pour la création d'emplois et l'économie de devises à Madagascar*, Socio-Economic Technical Papers (SETP) no. 3, Genève, Bureau International du Travail, 1998.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), *Labour clauses in public contracts. Integrating the social dimension into procurement policies and practices*, Genève, Organisation Internationale du Travail (OIT), 2008.

Olga MARTIN-ORTEGA, Anna GORNA et Rahima ISLAM, *UK Modern Slavery Act. Transparency in supply chains : reporting by local authorities*, Research Series Report no. 2, University of Greenwich, mars 2018.

Adrien PECH, « La passation de contrats de marchés publics comme réponse à la pandémie de COVID-19 », in *Bulletin DESAPS, La gestion de la crise du Covid 19 au niveau de l'UE. Analyses et commentaires*, Édition spéciale 1, Université Toulouse-Capitole, 2020.

John PEZZEY, *Economic analysis of sustainable growth and sustainable development*, World Bank, Environment Department, Working Paper no. 15, 1989.

PWC EU SERVICES ET ECORYS, *Marchés publics : Le coût de la corruption identifier et réduire la corruption dans les marchés publics au sein de l'UE*, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/pwc_olaf_study_fr.pdf.

RAPPORTEUR SPECIAL SUR LE DROIT DE REUNION PACIFIQUE ET LA LIBERTE D'ASSOCIATION, Rapport du 14 septembre 2016, soixante et onzième session de l'Assemblée générale des Nations Unies, disponible en ligne : <https://www.ohchr.org/FR/Issues/AssemblyAssociation/Pages/SRFreedomAssemblyAssociationIndex.aspx>.

Mireille RAZAFINDRAKOTO et François ROUBAUD, *L'Approche à Haute Intensité de Main-d'Oeuvre (HIMO): Une Opportunité pour Madagascar. Essai de cadrage macro-économique*, Réflexions sur le Développement. Document de discussion, Organisation internationale du Travail, 1997.

Peter ROBERTS, Shyam KC, Cordula RASTOGI, *Rural access index: a key development indicator*, The World Bank Transport Papers, Washington DC, mars 2006.

Rita ROOS, *Sustainable public procurement in LICs – Implications for the ongoing World Bank procurement review*, Bonn, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, avril 2013.

Rita ROOS, *Sustainable Public Procurement. Mainstreaming sustainability criteria in public procurement in developing countries*, Luneburg, Centre for Sustainability Management – Leuphana Universität Luneburg, 2012, disponible en ligne :

https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/sustainability_criteria_in_public_procurement_in_developing_countries.pdf.

Thomas ROUVEYRAN, Christophe FARINEAU, Romain MILLARD, « 50 questions. Les clauses géographiques, sociales et environnementales dans les contrats de la commande publique », in *Le Courrier des Maires et des élus locaux. Les cahiers détachés*, no. 324-325, 2018.

Emilio SALOMON ÁLVAREZ, « Guide no. 3 community contracting to execute public works and manage services with a gender and inter-cultural approach », in *Series of Guides for integrated rural access planning and community contracting in water and sanitation*, Genève, Organisation internationale du Travail (OIT)-Employment Intensive Infrastructure Programme (EIIP), 2015.

Albert SANCHEZ-GRAELLS, *The European Commission's Recommendation on procurement professionalisation: show me the money* (blog), 2017, disponible en ligne : <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/10/12/the-commissions-recommendation-on-professionalisation-of-public-buyers-show-me-the-money>.

Stéphane SAUSSIÉ, *L'accès des PME aux marchés publics : une analyse économique*, disponible en ligne : <https://www.webssa.net/files/MARCHEPUB-VFINALE.pdf>.

Stéphane SAUSSIÉ, Jean TIROLE, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », in *Notes du Conseil d'analyse économique 2015/3*, no. 22, 2015.

Thorsten SCHULTEN et al., *Pay and other social clauses in European public procurement. An overview on regulation and practices with a focus on Denmark, Germany, Norway, Switzerland and the United Kingdom*, Düsseldorf, Study on behalf of the European Federation of Public Service Unions – EPSU, 2012.

Rita SCHWARZELÜHR-SUTTER, « Sustainable Strategic Procurement : Can the State Be a Role Model for Sustainable Consumption ? », 2018, disponible en ligne : <https://sdg.iisd.org/commentary/guest-articles/sustainable-strategic-public-procurement-can-the-state-be-a-role-model-for-sustainable-consumption/>.

Gloria SDANGANELLI, « Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica », in *DPCE Online*, vol. 43, no. 2, 2020.

SEATINI-Uganda, *Government Procurement Policies at National, Bilateral and Multilateral level: Implications to Uganda's Sustainable Development*, 2016, disponible en ligne : <http://www.seatiniuganda.org/publications>.

Abby SEMPLE, *Reform of the EU Procurement Directives and WTO GPA: Forward Steps for Sustainability?*, 22 Juin 2012, disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=2089357>.

Faisal Haq. SHAHEEN, *Southern Issues and Perspectives on a Transparency in Government Procurement Agreement within the WTO*, Research paper prepared for the IWOGDA II Project, 2004.

Jas SINGH, Alicia CULVER et Melis BITLIS, *Public procurement of energy efficient products. Lessons from around the world. Energy Sector Management Assistance Program (ESMAP)*, Technical Report 003/12, World Bank, Washington DC, 2012.

François SOUTY, *Droit de la commande publique, circuits courts, proximité, développement durable et concurrence*, présentation au sein du Séminaire « Restauration collective locale et durable- problèmes juridiques », Nantes, MSH Ange-Guépin, 2016, disponible en ligne : https://lascaux.hypotheses.org/files/2016/06/Séminaire_RestoCo_Commande-publique-circuits-courts-et-de-proximité.pdf.

SPP REGIONS (SUSTAINABLE PUBLIC PROCUREMENT REGIONS) PROJECT CONSORTIUM, *Circular Procurement Best Practice Report*, 2017, disponible en ligne : http://www.sppregions.eu/fileadmin/user_upload/Resources/Circular_Procurement_Best_Practice_Report.pdf.

David STIEDL, *Contract documents for small contract in the road sector*, Technical Brief no. 5, Organisation Internationale du Travail, 2000.

Elisabeth STOCK et Jan DE VEEN, *Expanding Labour-Based Methods for Road Works in Africa*, in Sub-Saharan Africa Transport Policy Program (SSATP) Working Paper no. 22, Washington DC, The World Bank, 1996.

Elizabeth STUART, Kate BIRD, Tanvi BHATKAL, Romilly GREENHILL, Steven LALLY, Gideon RABINOWITZ, Emma SAMMAN et Moizza Binat SARWAR, *Leaving no one behind: A critical path for the first 1000 days of the SDGs*, Londres, Overseas Development Institute, 2016, disponible en ligne : <https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/resource-documents/10692.pdf>.

Robert STUMBERG, Anita RAMASASTRY et Meg ROGGENSACK, *Turning a Blind Eye? Respecting Human Rights in Government Purchasing*, The International Corporate Accountability Roundtable (ICAR), 2014.

Lucas SUTTO, « La libre circulation des marchandises aux temps du COVID-19 : La solidarité européenne en question face aux restrictions à la libre circulation des marchandises », in *Bulletin DESAPS, La gestion de la crise du Covid 19 au niveau de l'UE. Analyses et commentaires*, Édition spéciale 1, Université Toulouse-Capitole, 2020, pp. 35-37.

Pedro TELLES, *The Commission's recommendation on professionalisation of public procurement* (blog), 2017, disponible en ligne :

<http://www.telles.eu/blog/2017/10/10/the-commissions-recommendation-on-professionalisation-of-public-procurement>.

Djibril TRAORE, *Rapport d'exécution de formation. Atelier de formation des petites et moyennes entreprises à la réponse aux appels d'offres pour la réalisation des travaux d'infrastructures publiques utilisant les techniques intensives en emploi*, Projet d'insertion des jeunes Agence pour la Promotion de l'Emploi des Jeunes dans la vie professionnelle à travers les investissements à haute intensité de main-d'œuvre (PEJIMO) et Agence pour la Promotion de l'Emploi des Jeunes (APEJ), Atelier de formation des petites et moyennes entreprises à la réponse aux appels d'offres pour la réalisation des travaux d'infrastructures publiques utilisant les techniques intensives en emploi, 07-11 juin 2010, Mali.

Angela TREGGAR, Maysara SAYED, Mary BRENNAN et al., *Evaluation of environmental, economic and social impacts of different models of PSFP in a school context. Final Report*, 2019, disponible en ligne : <https://www.strength2food.eu/wp-content/uploads/2019/03/D6.3-Evaluation-of-environmental-economic-and-social-impacts-of-different-PSFP-models-compressed.pdf>

Angela TREGGAR, Maysara SAYED, Mary BRENNAN, *Sustainability on the plate?: assessing the impacts of different models of school meals procurement*, Présentation au sein de la conférence RGS-IBG Annual International Conference, Londres, 2019, disponible en ligne : <http://conference.rgs.org/AC2019/b3dc2101-974f-4a1c-adc7-fb0d8df427a1>.

UNIVERSITE DE GENEVE (UNIGE), INSTITUT DES SCIENCES DE L'ENVIRONNEMENT, *Schémas du développement durable*, disponible en ligne : <http://ise.unige.ch/isdd/?article191>.

Eric VAN DEN ABEELE, *Integrating Social and Environmental Dimensions in Public Procurement: One Small Step for the Internal Market, One Giant Leap for the EU?*, ETUI Working Paper no. 08, 2014.

Ludovic VIÉVARD, « Du 'moi' au 'nous' ou la difficile articulation entre compétition et solidarité », in Grand Lyon, *Compétition économique et solidarité : Quelles tensions ? Quelles articulations ?*, Cahier no. 6, août 2014.

Ludovic VIÉVARD, *Solidarité et compétition : des valeurs contradictoires ?*, 2012, disponible en ligne : https://www.academia.edu/6774806/Solidarité_et_compétition_des_valeurs_contradictories_?sm=a.

VIVAPOLIS - Le réseau des acteurs publics et privés de la ville durable, *Solutions innovantes pour la ville durable. Services urbains intégrés*, 2019, disponible en ligne :

https://www.cohesion-territoires.gouv.fr/sites/default/files/2019-07/services_urbains_integres_fr.pdf.

Thomas VON STOKAR et Myriam STEINEMANN, *Le développement durable en Suisse : Base méthodologiques*, Office fédéral du développement territorial (ARE), 2004, disponible en ligne : www.are.ch
<https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable/>.

Helen WALKER, Jeff MAYO, Steve BRAMMER, Anne TOUBOULIC et Jane LYNCH, *Sustainable Procurement: An International Policy Analysis of 30 OECD Countries*, 5e International Public Procurement Conference, 2012, pp. 3556-3582.

Ron WATERMEYER, « Project Synthesis Report: Unpacking Transparency in Government Procurement – Rethinking WTO Government Procurement Agreements », in CUTS Centre for International Trade, Economics and Environment, *Unpacking Transparency in Government Procurement*, CUTS International, Jaipur, India, 2014.

Ron WATERMEYER, *Job creation in Public Sector Engineering and Construction Works Projects : Why, What and How?*, Commonwealth Engineers' Council 50th Anniversary conference, Afrique du Sud, 1997.

Prosper WEIL, « Observations de M. Prosper Weil. Annexe : Observations des membres de la Commission sur le rapport provisoire », in *AIDI*, no. 60-1, 1983.

Wayne A. WITTIG, *Public Procurement and the Development Agenda*, 2003, disponible en ligne : https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/wkshop_tanz_jan03/itcdemo1_e.pdf.

Wayne A. WITTIG, *Building Value Through Public Procurement: A Focus on Africa*, Paper presented to the 9th International Anti-Corruption Conference, World Bank, 1999.

LOIS, DECRETS, DOCUMENTS ET ACTES NATIONAUX

AGENCE FRANÇAISE DE DEVELOPPEMENT (AFD), *Directives pour la Passation des Marchés financés par l'AFD dans les États étrangers*, février 2017.

Charte de l'environnement français de 2004, NOR: JUSX0300069L

COMMISSION DE TERMINOLOGIE ET DE NEOLOGIE EN MATIERE JURIDIQUE, Ministère de la Justice français, *Rapport quadriennal 2003-2007*, disponible en ligne : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_rapp_terminologie.pdf.

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Le droit souple*, Étude Annuelle 2013, La documentation française 2013.

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Rapport public 2008 : jurisprudence et avis de 2007 - Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, 30 novembre 2007 :

- Jean-Marc SAUVÉ, « Éditorial ».

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Étude Annuelle 2006, La documentation française 2006 :

- Bertrand DU MARAIS, « Entre la Jamaïque et le Kiribati. Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale ».

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *La norme internationale en droit français*, Étude annuelle 2000, La documentation française 2000.

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Rapport public 1999 : Réflexions sur l'intérêt général*, 30 novembre 1998.

DEPARTEMENT DES ALPES-MARITIMES ET CHAMBRE D'AGRICULTURE, *Projet alimentaire de territoire « 06 à table » pour fournir des produits de qualité pour les collégiens du Département*, <https://www.departement06.fr/agriculture/06-a-table-14331.html>.

DEPARTMENT OF ENVIRONMENTAL AFFAIRS AND TOURISM OF SOUTH AFRICA, *Regulations under section 24 (d) of the-environment conservation Act (act no. 73 of 1989) - Plastic carrier bags and plastic flat bags*, 9 may 2003.

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique*, 2019, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/daj-publication-guide-pratique-faciliter-acces-des-tpe-pme-a-commande-publique> ;

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Fiche. Allotissement dans les marchés*, 2019, disponible en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/allotissement-dans-marches-2019.pdf.

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *La définition du besoin est la clef d'un achat bien réussi. Fiche technique*, 2019.

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Rapport à la Commission européenne relatif à l'application de la réglementation en matière de marchés publics pour la période 2014-2016*.

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *L'achat public : une réponse aux enjeux climatiques*, 2016, disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/guide-climat>.

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES (DAJ), Ministère de l'économie et des finances français, *Guides et recommandations. Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées. Guide élaboré par l'Atelier de réflexion sur les aspects sociaux de la commande publique*, 2015.

HAUT CONSEIL FRANÇAIS A L'EGALITE ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES (HCE), *Activer l'éga-conditionnalité ou le conditionnement des financements publics à l'égalité femmes-hommes. Modalités et opportunités*, 2016, disponible en ligne : haut-conseil-egalite.gouv.fr/.

LE PREMIER MINISTRE FRANÇAIS, Décret no. 2019-1451 du 24 décembre 2019 portant sur l'interdiction de certains produits en plastique à usage unique.

LE PREMIER MINISTRE CAMEROUNAIS, Décret no. 2014/0611/PM du 24 mars 2014 fixant les conditions de recours et d'application des approches à haute intensité de main-d'œuvre.

LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE CAMEROUNAIS, Décret no. 2018/366 du 20 juin 2018 portant le nouveau code des marchés publics.

LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAIS, Ordonnance no. 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19, JORF no. 0074 du 26 mars 2020, texte no. 43.

Loi constitutionnelle française no. 2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

MINISTERE DE L'AGRICULTURE, DE L'AGROALIMENTAIRE ET DE LA FORÊT FRANÇAIS, *Fiches méthodologiques accompagnant l'acheteur à chaque étape de son projet d'achat*, disponible en ligne : <https://agriculture.gouv.fr/localim-la-boite-outils-des-acheteurs-publics-de-restauration-collective>.

MINISTERE DE L'EDUCATION NATIONAL FRANÇAIS, *Présentation Synthétique du dispositif de la clause sociale (au bénéfice de jeunes en situation de décrochage scolaire)*, 2018, disponible en ligne :

https://cache.media.education.gouv.fr/file/Partenaires/18/1/Clause-sociale-qui-fait-quoi-fiche-pratique_894181.pdf.

MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES FRANÇAIS, *Réponse. Circuits courts dans les marchés publics*, Journal Officiel Sénat du 23/05/2019, p. 2755 par rapport à la question écrite no. 09159 de Mme Nadia Sollogoub (Nièvre - UC), Journal Officiel du Sénat français du 28/02/2019, p. 1083, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/questions/base/2019/qSEQ190209159.html>.

MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES - MINISTERE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI, DE LA FORMATION PROFESSIONNELLE ET DU DIALOGUE SOCIAL - MINISTERE DE L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE, DE LA RURALITE ET DES COLLECTIVITES TERRITORIALES - MINISTERE DE L'INTERIEUR FRANÇAIS, *Instruction interministérielle du 27 avril 2017 relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés*, (NOR : ARCB1710251J), 27 avril 2017.

MINISTERE DE L'EUROPE ET DES AFFAIRES ETRANGERES, *Réponse à la question écrite no. 01535 de M. Jean Louis Masson* publiée dans le Journal Officiel Sénat du 12/10/2017, France, Journal Officiel du Sénat français, 09/11/2017, p. 3494, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/questions/base/2017/qSEQ171001535.html>.

MINISTERE DE L'EUROPE ET DES AFFAIRES ETRANGERES, *Projet de loi autorisant la ratification de l'accord de passation conjointe de marché en vue de la désignation par adjudication de plates-formes d'enchères communes NOR : MAEX1130757L/Bleue-1. Étude d'impact*, France, 30 novembre 2011.

NEPAL LAW COMMISSION, *Local Body Financial Administration Rules* no. 2064, 2007, disponible en ligne : <http://www.lawcommission.gov.np/en/wp-content/uploads/2018/09/local-body-financial-administration-rules-2064-2007.pdf>.

OBSERVATOIRE FRANÇAIS DE LA PAUVRETE ET DE L'EXCLUSION SOCIALE, *Le rapport de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale 2005-2006*, La Documentation française, Paris, 2006.

Rapport au Président de la République français relatif à l'ordonnance no. 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19.

REPUBLIQUE DU CAMEROUN, Cahier de Clauses Administratives Particulières (CCAP), Dossier d'appel d'offres national ouvert en urgence n. 008/AONO/RG-OU/C.FBAN/CIPM-TBEC/2020 du 19 mars 2020, Commune de Fouban, disponible en ligne:

http://pridesoft.armp.cm//0903_dao_dl/index.php?type_publication=AO&id_publication=21249.

SENAT FRANÇAIS, Question écrite no. 09159 de Mme Nadia Sollogoub, publiée dans le JO Sénat du 28/02/2019, disponible en ligne : <http://www.senat.fr/questions/base/2019/qSEQ190209159.html>.

SENAT FRANÇAIS - SERVICE DES ETUDES JURIDIQUES, *La qualité de la loi*, disponible en ligne : <https://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html#fnref1>.

TANZANIAN GOVERNMENT, Notice n. 394 de 2019, Plastic Bags Prohibition Regulations, 17 mai 2019.

TREASURY BOARD OF CANADA SECRETARIAT, *Procurement Strategy for Aboriginal Business: Guidelines for Buyers/Government Officials (PSAB)*, Contracting Policy Notice 1997-6, <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1354798736570/1354798836012#chp4>.

POLITIQUES, METHODOLOGIES, ACCORDS, DIRECTIVES, REGLEMENTS,
CONVENTIONS, DOCUMENTS, DOSSIERS TYPE, STANDARDS, ACTES
REGIONAUX ET INTERNATIONAUX

ASSEMBLÉE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Déclaration du millénaire*, 55ème session, A/RES/55/2, 2000.

BANQUE AFRICAINE DE DÉVELOPPEMENT (BAD), *Methodology for Implementation of the Procurement Policy*, 2015.

BANQUE AFRICAINE DE DÉVELOPPEMENT (BAD), *Politique de passation des marchés des opérations financées par le Groupe de la Banque*, 2015.

BANQUE AFRICAINE DE DÉVELOPPEMENT (BAD) – AFRICAN DEVELOPMENT FUND, *Comprehensive Review of the AFDB's Procurement Policies and Procedures Summary of Literature on Sustainable / Green Public Procurement*, mars 2014.

BANQUE ASIATIQUE DE DÉVELOPPEMENT (ADB), *Procurement Regulations for ADB Borrowers. Goods, Works, Nonconsulting and Consulting Services*, 2017, disponible en ligne : <https://www.adb.org/>.

BANQUE ASIATIQUE DE DÉVELOPPEMENT (ADB), *Procurement Guidelines*, 2015, disponible en ligne : <https://www.adb.org/>.

BANQUE EUROPÉENNE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DÉVELOPPEMENT (BERD), *Procurement Policies and Rules*, 2017, disponible en ligne : <https://www.ebrd.com/work-with-us/procurement/policies-and-rules.html>.

BANQUE EUROPÉENNE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DÉVELOPPEMENT (BERD), *Corporate Procurement Policy*, 2017.

BANQUE INTERAMÉRICAINNE DE DÉVELOPPEMENT (BID), *Policies for the Procurement of Goods and Works financed by the Inter-American Development Bank*, (Draft), 2019.

BANQUE INTERAMÉRICAINNE DE DÉVELOPPEMENT (BID), *Policies for the Selection and Contracting of Consultants financed by the Inter-American Development Bank*, 2019.

BANQUE INTERNATIONALE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DÉVELOPPEMENT (BIRD), Statuts, entrés en vigueur le 27 décembre 1945, modifiés le 27 juin 2012, Washington DC.

BANQUE MONDIALE, *Règlement de passation des marchés pour les emprunteurs sollicitant le financement de projet d'investissement (FPI)*, 2018, disponible en ligne : <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-new-framework#framework>.

BANQUE MONDIALE, *Dossier Type de passation de marchés. Appel d'offres Travaux Droit Civil*, 2017.

BANQUE MONDIALE, *Bank Policy : Procurement in IPF and Other Operational Procurement Matters*, Washington DC, juillet 2016, disponible en ligne : <https://policies.worldbank.org/sites/ppf3/PPFDocuments/a3656cb78847417b886f11fa0235216e.pdf>.

BANQUE MONDIALE, *Procurement Guidance: Sustainable Procurement – An introduction for practitioners to sustainable procurement in World Bank IPF projects*, Washington DC, novembre 2016, disponible en ligne : <http://pubdocs.worldbank.org/en/788731479395390605/Sustainable-Procurement-Guidance-FINAL.pdf>.

BANQUE MONDIALE, *Procurement Guidance: Project Procurement Strategy for Development – Short Form Detailed Guide*, Washington DC, juillet 2016, disponible en ligne : <http://pubdocs.worldbank.org/en/633801467334323120/PPSD-Short-Form-July-26.pdf>.

BANQUE MONDIALE, *Procurement of Health Sector Goods: Pharmaceuticals, Vaccines, and Condoms*, Washington DC, 2003.

BUREAU DE LA COOPÉRATION SUISSE AU BURKINA FASO, *Des pistes construites avec une haute intensité de main-d'œuvre. Pistes rurales – Désenclavement à l'Est (PrEst). Capitalisation de quinze ans d'appui de la Coopération au désenclavement des villages de la Région de l'Est du Burkina Faso*, Ougadougou, 2017.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL (BIT), *Burkina Faso. Vers une stratégie de travaux publics à haute intensité de main-d'œuvre. Améliorer la protection sociale et promouvoir l'emploi. Un projet BIT/UE*, 2012.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL (BIT), *Travaux de reconstruction à haute intensité d'emploi dans les pays qui sortent de conflits armés. Principes directeurs*, 2002.

CINQUIÈME PROGRAMME COMMUNAUTAIRE D'ACTION POUR L'ENVIRONNEMENT, *Recommandation. Vers un développement soutenable*, JOCE, No. C138 du 17 mai 1993.

COMITÉ DES REGIONS FRANÇAIS, *Avis du Comité des régions sur le thème « Systèmes agroalimentaires locaux »*, (2011/C 104/01), 88e session plénière, 27-28 janvier 2011.

COMITÉ EUROPEEN DES REGIONS (CdR), *Avis du Comité des régions sur le thème « Systèmes agroalimentaires locaux »*, (2011/C 104/01), 88e session plénière, 27-28 janvier 2011.

COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU PARLEMENT EUROPÉEN, *Rapport sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law)*, (2007/2028(INI)), 28 juin 2007.

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI), *Note by the Secretariat. Status of conventions and model laws*, Commission session. Fifty-first session, New York, 25 June-13 July 2018 (A/CN.9/950).

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI), *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, 2012.

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI), *Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics*, 2011.

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (CNUDCI), *Report of Working Group I (Procurement) on the work of its eighteenth session*, New York, 12-16 April 2010.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *La protection des personnes en cas de catastrophe*, texte du projet d'article 3 provisoirement adopté par le Comité de rédaction, 24 juillet 2009, A/CN.4/L.758.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006.

COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'AFRIQUE DES NATIONS UNIES, UNION AFRICAINE, BANQUE AFRICAINE DE DÉVELOPPEMENT ET PNUD, *Rapport OMD 2014 : Évaluation des progrès accomplis en Afrique dans la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement*, Addis-Abeba, Éthiopie, 2014, disponible en ligne : http://www.undp.org/content/dam/rba/docs/Reports/MDG_Africa_Report_2014_FR.pdf?download.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Cadre temporaire pour l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles dans les coopérations mises en place entre des entreprises pour réagir aux situations d'urgence découlant de la pandémie actuelle de Covid-19*, COM (2020) 3200 final, 8 avril 2020.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication. Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19*, (2020/C 108 I/01), 1 avril 2020.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Note d'orientation de la Commission aux États membres relative au règlement d'exécution (UE) 2020/402 de la Commission soumettant l'exportation de certains produits à la présentation d'une autorisation d'exportation, tel que modifié par le règlement d'exécution (UE) 2020/426 de la Commission*, 20 mars 2020, 2020/C 91 I/02.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Règlement d'exécution (UE) 2020/402 du 14 mars 2020*.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, à la Banque européenne d'investissement et à l'Eurogroupe, Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19*, Bruxelles, 13 mars 2020, COM (2020) 112 final (Annexe 2 – Mesures nationales relatives aux médicaments, aux dispositifs médicaux et aux équipements de protection personnelle).

COMMISSION EUROPÉENNE, *Plan d'investissement pour une Europe durable. Plan d'investissement du pacte vert pour l'Europe*, COM(2020) 21 final, janvier 2020.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Des marchés publics pour une économie circulaire. Bonnes pratiques et orientations*, 2018, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/cp_european_commission_brochure_fr.pdf.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation sur la professionnalisation de la passation des marchés publics. Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics*, (SWD(2017) 327 final), 3 octobre 2017.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Recueil d'outils et de bonnes pratiques accompagnant la recommandation de la Commission européenne sur la professionnalisation de la passation des marchés publics. Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics*, 2017, disponible en ligne : <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/32184>.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Support of the internal market policy for growth: Feasibility study concerning the actual implementation of a joint crossborder procurement procedure by public buyers from different Member States*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2017.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Measurement of impact of cross-border penetration in public procurement. Final report*, 2017, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks_en.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Acheter vert. Un manuel sur les marchés publics écologiques*, 3e édition, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2016.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Considerations on the legal basis and the legal nature of the Joint Procurement Agreement*, 10 avril 2014.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de Décision du Parlement européen et du Conseil relative aux menaces transfrontières graves pour la santé*, COM(2011) 866 final.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions*, COM(2011) 0078 final, *Réexamen du «Small Business Act» pour l'Europe*, 2011.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Résumée du rapport final. Étude sur les Méthodes à Haute Intensité de Main d'œuvre dans les Infrastructures et autres Programmes de Secteurs Non-Sociaux*, 2009/220452/1, octobre 2010.

COMMISSION EUROPÉENNE - HEALTH PROTECTION AGENCY, *Assessment Report on EU-wide Pandemic Vaccine Strategies*, 2010.

COMMISSION EUROPÉENNE - CAPACITY4DEV, *Note d'orientation. Normes de travail et conditions de travail dans les infrastructures*, 2010, disponible en ligne : <https://europa.eu/capacity4dev/public-employment-social-protection/documents/note-orientation-2010-normes-de-travail-et-conditions-de-travail-dans-les-infrastructures>.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Étude sur les Méthodes à Haute Intensité de Main d'œuvre dans les Infrastructures et autres Programmes de Secteurs Non-Sociaux / Study on Employment-Intensive Methods in Infrastructure and other Non-Social Sector Programmes*, 2009/220452/1, Rapport Final, octobre 2010 – commanditée par l'AIDCO E3/ESIP.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Stratégie de planification générale de la préparation. Guide technique de la planification générale de la préparation aux urgences sanitaires*, 2009.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Contribuer au développement durable: le rôle du commerce équitable et des systèmes non gouvernementaux d'assurance de la durabilité liés au commerce*, COM(2009) 215, 5 mai 2009.

COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2008) 394 final, «*Think Small First*»: *Priorité aux PME. Un «Small Business Act» pour l'Europe*, 2008.

COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM (2008) 400, *Communication relative à des marchés publics pour un environnement meilleur*.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Un agenda social renouvelé: opportunités, accès et solidarité dans l'Europe du XXIe siècle*, COM(2008) 412 final, juillet 2008.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Background Document to the Consultation on the Action Plans on Sustainable Consumption and Production and Sustainable Industrial Policy*, 2007, disponible en ligne : <http://ec.europa.eu/enterprise/environment/sip.pdf>.

COMMISSION EUROPÉENNE, *GPP- How Green is your Public Procurement?*, 2007, disponible en ligne : http://ec.europa.eu/environment/gpp/green_vs_sustainable.htm.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Une politique de l'énergie pour l'Europe*, Communication du 10 janvier 2007.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Promouvoir un travail décent pour tous. La contribution de l'Union à la mise en œuvre de l'agenda du travail décent dans le monde*, COM(2006)249, 24 mai 2006.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication Pour l'Union européenne, Paix, Liberté, Solidarité*, COM (2002) 728, 04 décembre 2002.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication interprétative sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés*, COM(2001) 566 final, octobre 2001.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Manuel. Gestion du Cycle de Projet*, 2001.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Fiche thématique du Semestre Européen. Les marchés publics*, disponible en ligne : https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_fr.pdf.

COMMISSION EUROPÉENNE - CAPACITY4DEV, *Compte-rendu : les infrastructures à haute intensité de main d'œuvre*.

COMMISSION MONDIALE SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT (C.M.E.D.), *Notre avenir à tous. Rapport Brundtland, Vers un développement durable*, 1987, disponible en ligne : <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>.

COMMISSION SUR LA CROISSANCE ET LE DÉVELOPPEMENT, *The Growth Report, Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development*, la Banque Mondiale, Washington D.C., 2008, disponible en ligne : <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/6507/449860PUB0B0x3101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf>

CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT (CNUCED), *Competition policy and public procurement* (TD/B/C.I/CLP/14), 2012.

CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Organisation internationale du travail (OIT), *Déclaration du centenaire de l'OIT pour l'avenir du travail*, 21 juin 2019.

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME (CDH) DES NATIONS UNIES, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*, UN. Doc. A/HRC/17/31, 21 mars 2011.

CONSEIL DE L'ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Rapport sur la mise en œuvre de la Recommandation du Conseil sur les Marchés Publics*, C(2019)94/FINAL, 2019.

CONSEIL DE L'ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Recommandation du Conseil sur l'amélioration des performances environnementales des marchés publics*, 2002.

CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Conclusions du Conseil. Enseignements tirés de l'épidémie d'Ebola en Afrique de l'Ouest en ce qui concerne la santé publique — Sécurité sanitaire dans l'Union européenne*, (2015/C 421/04), 17 décembre 2015.

CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Conclusions du Conseil. Lessons learned from the A/H1N1 pandemic – Health security in the European Union*, 3032e Réunion du Conseil Affaires générales, Bruxelles, 13 septembre 2010.

GROUPE DE RÉFLEXION DES NATIONS UNIES SUR LE RETARD PRIS DANS LA RÉALISATION DES OBJECTIFS DU MILLENAIRE POUR LE DÉVELOPPEMENT, *Millennium Development Goal 8 Taking Stock of the Global Partnership for Development*, New York, 2015, disponible en ligne : <http://www.un.org/millenniumgoals>.

INDEPENDENT GROUP OF SCIENTISTS APPOINTED BY THE UN SECRETARY-GENERAL, *Global Sustainable Development Report 2019: The Future is Now - Science for Achieving Sustainable Development*, New York, United Nations, 2019.

ISO 10845-7:2011 portant sur les « Marchés de construction ».

MINISTÈRE FRANÇAIS DE L'AGRICULTURE, DE L'AGROALIMENTAIRE ET DE LA FORÊT, *Guide pratique. Favoriser l'approvisionnement local et de qualité en restauration collective*, 2014, disponible en ligne : https://agriculture.gouv.fr/sites/minagri/files/1506-al-gui-restaucoll-bd_0.pdf.

MINISTRE DE L'INTÉRIEUR, DE L'OUTRE-MER, DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET DE L'IMMIGRATION, LE MINISTRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE ET LA MINISTRE DU BUDGET, DES COMPTES PUBLICS ET DE LA REFORME DE L'ÉTAT FRANÇAIS, *Circulaire interministérielle du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, JORF no. 0039 du 15 février 2012 p. 2600, texte no. 16.

MINISTRES ET REPRÉSENTANTS DES DÉLÉGATIONS VENANT DE L'AFRIQUE DU SUD, BENIN, CAMEROUN, ETHIOPIE, GHANA, MADAGASCAR, MAURITANIE, MALI, LYBIE, NIGER, RWANDA, OUGANDA ET TUNISIE EN CHARGE DE L'EMPLOI, DES TRANSPORTS, DES TRAVAUX PUBLICS, DU DÉVELOPPEMENT LOCAL ET DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'ÉCONOMIE, DE L'INVESTISSEMENT ET DU PLAN, *Déclaration des Ministres*, 18e Séminaire Régional des Praticiens de l'Approche Intensive en Main d'œuvre « Vers un Développement Local Inclusif : Valorisation des Ressources Locales et Emplois Décents », 09-13 Septembre 2019, Tunis, Tunisie.

NATIONAL SCIENCE FOUNDATION, *Final Report of the 1998 National Science Foundation. Workshop on Urban Sustainability*, Rutgers University, 2000, disponible en ligne : <http://cupr.rutgers.edu/wp-content/uploads/2014/08/sustain.pdf>.

NATIONS UNIES, Accord sur le climat (Accord de Paris), adopté le 12 décembre 2015 au sein de la Conférence de Paris de 2015 sur les changements climatiques (COP21) de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques.

NATIONS UNIES, *Rapport du Sommet Mondial pour le Développement Durable – Johannesburg – 26 août-4 septembre 2002*, New-York, 2002.

NATIONS UNIES, *Charte des droits et devoirs économiques des Etats des Nations Unies*, Résolution 3281 - XXIXe session de l'Assemblée générale, 1974.

NATIONS UNIES, *Déclaration de Cocoyoc*, Mexique, 23 octobre 1974, au sein du symposium « Patterns of Resource Use, Environment and Development Strategies » organisé par les Nations Unies du 8 au 12 octobre 1974 à Cocoyoc.

NATIONS UNIES, « Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement », in *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement. Stockholm, 5-16 juin 1972*, New York, 1973.

ONU ENVIRONNEMENT, *Panorama Mondial des Achats Publics Durables*, 2017, disponible en ligne : https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/gr_2017-french.pdf.

ONU ENVIRONNEMENT, *The Impacts of Sustainable Procurement. Eight Illustrative Case Studies*, 2012, accessible au site suivant : <http://www.unep.fr/scp/procurement/docsres/ProjectInfo/StudyonImpactsofSPP.pdf>

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Stocktaking report on immediate public procurement and infrastructure responses to COVID-19*, OECD Publishing, 24 juin 2020.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE)-SIGMA, *Application des règles relatives aux marchés publics durant la crise du COVID-19 dans le cadre des directives européennes et de l'accord sur les marchés publics*, 8 avril 2020.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Policy Coherence for Sustainable Development. Towards Sustainable and Resilient Societies*, Paris, OECD Publishing, 2018.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Méthodologie d'évaluation des systèmes de passation des marchés*, 2018, disponible en ligne : <http://www.mapsinitiative.org/fr/methodologie/>.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Public Procurement for Innovation. Good Practices and Strategies*, OECD Publishing, 2017.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE)-SIGMA, *Division of Contracts into Lots*, Brief no. 36, septembre 2016, disponible en ligne : <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-36-200117.pdf>

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Preventing Corruption in Public Procurement*, OECD Publishing, 2016, disponible en ligne : <http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Going Green : Best Practices for Sustainable Procurement*, OECD Publishing, 2015.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics*, 2015.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement: Progress since 2008*, Public Governance Reviews, OECD Publishing, 2013.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Recommandation du conseil de l'OCDE sur la lutte contre les soumissions concertées dans les marchés publics*, 2012.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Études économiques de l'OCDE : Union européenne*, 2012.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, OECD Publishing, 2011.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Marchés publics : En pourcentage du PIB*, 2010.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Déclaration sur la croissance verte*, (C/MIN(2009)5/ADD1/FINAL), 2009.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *La performance environnementale des marchés publics. Vers des politiques cohérentes*, OECD Publishing, 2003.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *The environmental performance of public procurement : issues of policy coherence. Executive summary*, 2001-2002, disponible en ligne : www.oecd.org/environment/tools-evaluation/15169707.pdf.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Développement durable. Les grandes questions*, OECD Publishing, Paris, 2001.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Marchés publics et environnement : problèmes et solutions pratiques*, OECD Publishing, Paris, 2000.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), *Contribution des programmes et des approches HIMO à l'atteinte des objectifs de développement durable. Le cas de l'assistance technique du BIT au ministère des travaux publics dans le cadre des travaux d'aménagement de la route Kumba-Mamfe*, Yaoundé, 2019.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT)-EMPLOYMENT INTENSIVE INFRASTRUCTURE PROGRAMME (EIIP), *Guide. Developing the construction industry for employment-intensive infrastructure investments*, 2019.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT)-EMPLOYMENT INTENSIVE INFRASTRUCTURE PROGRAMME (EIIP), *Bid Document. ILO EIIP Contract ITB No 63/2019. Construction of a Vegetable Market in Al Qaa Municipality, Bekaa Governorate*, Lebanon, August 2019.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT)-EMPLOYMENT INTENSIVE INFRASTRUCTURE PROGRAMME (EIIP), *Bid Document. Annex E2. Guidelines Routine Road Maintenance*, Lebanon, Avril 2019.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), *Emploi et questions sociales dans le monde – Tendances pour 2018. Résumé analytique*, 2018.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), *Contractor Coaching and Mentorship. Concept Development and Overview*, septembre 2015.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), *Agreement for the implementation of Community Construction Works under the Project 'Nias Island Rural Access and Capacity Building'*, Annexe 1 (Standard Terms and Conditions), 2011, disponible en ligne : https://www.ilo.org/jakarta/whatwedo/projects/WCMS_116031/lang--en/index.htm.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), *Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, 2008, disponible en ligne : https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099767/lang--fr/index.htm.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT) - Somalia Programme - Employment for Peace and Development, *Community contracting approach*, décembre 2007.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT)-EMPLOYMENT INTENSIVE INFRASTRUCTURE PROGRAMME (EIIP), *Tanzania: Gender-responsive public works as a key building block of social protection for all*, disponible en ligne : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_675197.pdf.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), *Local Economic Development and Employment Intensive Investments*, disponible au site web suivant : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/genericdocument/wcms_099642.pdf.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), Convention no. 182 sur les pires formes de travail des enfants, 1999.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), Convention no. 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, 1973.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), Convention no. 111 concernant la discrimination (emploi et profession), 1958.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), Convention no. 100 sur l'égalité de rémunération, 1951.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), Convention no. 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), Convention no. 94 sur les clauses de travail dans les contrats publics, 1949.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), Convention no. 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS) - Office régional pour l'Europe, *Challenges and opportunities in improving access to medicines through efficient public procurement in the WHO European Region*, Copenhagen, WHO Regional Office for Europe Publications, 2016.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (OMS), *Règlement sanitaire international (RSI)*, cinquante-huitième Assemblée mondiale de la santé, 23 mai 2005.

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (OMC), *Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce*, Marrakech, 15 avril 1994.

PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Règlement no. 1907/2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une agence européenne des produits chimiques*, 18 décembre 2006.

PARLEMENT EUROPÉEN, LE CONSEIL ET LA COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer »*, 16 décembre 2003, JO C 321 du 31.12.2003.

PROGRAMME DES NATIONS UNIS POUR LE DÉVELOPPEMENT (PNUD), *Des OMD au développement durable pour tous. Ce que nous avons retenu de 15 années de pratique*, New York, 2016, disponible en ligne : https://www.undp.org/content/dam/undp/library/SDGs/French/FR_f_UNDP_MDGs-to-SDGs_web.pdf.

PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR LE DÉVELOPPEMENT (PNUD), *Guide méthodologique - Créer de l'emploi au travers des projets à haute intensité de main-d'œuvre (HIMO)*, août 2013.

PROGRAMME DES NATIONS UNIS POUR LE DÉVELOPPEMENT (PNUD), *Case Studies of Sustainable Development in Practice Triple Wins for Sustainable Development*, 2012, disponible en ligne : <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Cross-Practice%20generic%20theme/Triple-Wins-for-Sustainable-Development-web.pdf>.

PROGRAMME DES NATIONS UNIS POUR LE DÉVELOPPEMENT (PNUD), *Investir dans le développement : plan pratique de réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement*, UN Millennium Project, 2005, disponible en ligne : http://www.unmillenniumproject.org/reports/fullreport_french.htm.

PROGRAMME DES NATIONS UNIS POUR LE DÉVELOPPEMENT (PNUD), *The blue book: a hands-on approach to advocating for the millennium development goals*, New York, 2004, disponible en ligne : <https://www.undp.org/content/undp/fr/home.html>.

PROTECTION CIVILE ET OPÉRATIONS D'AIDE HUMANITAIRE EUROPÉENNES, *Mécanisme de protection civile de l'UE*, 4 mai 2020.

Rapport Cecchini (SEC (88)524 final), 1988.

Nite TANZARN et Maria Teresa GUTIERREZ (Unité HIMO du Bureau international du Travail), *Lignes directrices pour les programmes d'investissements HIMO intégrant une dimension de genre*, Genève, Bureau international du Travail (BIT), 2019.

UNION EUROPÉENNE, Règlement (CE) No 1082/2006 du Parlement Européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT), 31 Juillet 2006.

UNION EUROPÉENNE, Directive 2014/24/UE sur la passation de marchés publics.

UNION EUROPÉENNE, Décision no. 1082/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013.

UNION EUROPÉENNE, *Traité sur le Fonctionnement de l'UE (TFUE)*, Journal officiel no. C 326 du 26/10/2012 p. 0001 – 0390.

UNION EUROPÉENNE, Règlement no. 966/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union.

UNION EUROPÉENNE, Directive 2009/33/CE du 23 avril 2009 relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie.

UNION EUROPÉENNE (UE), Règlement (CE) no. 2012/2002 du Conseil du 11 novembre 2002 instituant le Fonds de solidarité de l'Union européenne, JO, L311 du 14/11/2002.

UNITED NATIONS CAPITAL DEVELOPMENT FUND (UNCDF), *Procurement for local development a guide to best practice in local government procurement in least developed countries*, 2013, disponible en ligne : <https://www.ilo.org/dyn/asist/docs/F-440941482/UNCDF%20Procurement%20guide.pdf>.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP), UNITED NATIONS OFFICE FOR PROJECT SERVICES (UNOPS), INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION (ILO), AND THE ILO'S INTERNATIONAL TRAINING CENTER

(ITC/ILO), *Buying for a Better World. A Guide on Sustainable Procurement for the UN System*, 2011.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP), *Guidelines for social life cycle assessment of products*, 2009.

UNITED NATIONS SYSTEM STAFF COLLEGE (UNSSC), *Le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, disponible en ligne : https://www.unssc.org/sites/unssc.org/files/2030_agenda_for_sustainable_development_kcsd_primer_fr.pdf.

UN Volontaires, *Les objectifs de développement durable : informations et conseils pour les organisations de volontaires*, disponible en ligne : https://www.unv.org/sites/default/files/UNV%20QA%20on%20SDGs_web_F.pdf.

JURISPRUDENCE

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS, Décision no. 2019-823, QPC du 31 janvier 2020, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2019823QPC.htm>.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS, 19 juin 2008, no. 2008-564 DC.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS, *Cahiers no. 21*, janvier 2007, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/> :

- Jacques CHEVALLIER, « La normativité – Études réunies et présentées par Jacques Chevallier »
- Gérard TIMSIT, « Normativité et régulation ».

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS, 28 avril 2005, no. 2005-514 DC.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS, décision no. 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p. 382.

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, 4 décembre 2019, décision no. 415550, *Fédération bancaire française*, (Conclusions du rapporteur public Mme Emilie Bokman), disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2019-12-04/415550>.

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, 8 février 2019, décision no. 420296, *Veolia Eau et SIIAP*.

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, 4 décembre 2017, décision no. 413366, *Min. de l'intérieur c/Région Pays de la Loire*.

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, 21 mars 2016, *Fairesta International GmbH*, disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-21-mars-2016-societe-fairvesta-international-gmbh-et-autres-conseil-d-etat-assemblee-21-mars-2016-societe-nc-numericable>.

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, 23 décembre 2009, décision no. 328827, *Établissement Public du Musée et du Domaine National de Versailles*.

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, Avis du 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*.

CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, 10 mai 1996, Féd. Nationale des travaux publics et Féd. Nationale du bâtiment, n. 159979, recueil Lebon, 1996 (conclusions Fratacci).

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 20 février 2018, *Belgique c/ Commission*, aff. C-16/16.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 2 juin 2016, *Pippo Pizzo c/ CRGT Srl*, aff. C-27/15.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 12 mai 2015, *eVigilo*, aff. C-538/13.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 14 novembre 2013, *Belgacom NV*, aff. C-221/12.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 10 octobre 2013, *Manova*, aff. C-336/12.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 10 mai 2012, *Commission / Pays-Bas (Max Havelaar)*, aff. C-368/10.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 2 décembre 2010, *Ker-Optika*, aff. C-108/09.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 23 décembre 2009, *Serrantoni Srl et Consorzio stabile edili Scrl c/ Comune di Milano*, aff. C376/08.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 15 octobre 2009, *Acoset SpA c/ Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres (ACOSET)*, aff. C-196/08.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 15 mai 2008, *SECAP SpA*, aff. C-147/06.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen*, aff. C-458/03.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 7 October 2004, *Sintesi SPA*, aff. C-247/02.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, aff. C-448/01.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 27 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, aff. C- 324/98, Rec., p. 1-10770.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 26 septembre 2000, *Commission c/France*, aff. C-225/98.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia A/S, 3-S. Danske Svineproducenters Serviceselskab*, aff. C-275/98, Rec., p. I-8305.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 3 juin 1992, *Commission c/ République italienne*, aff. C-360/89.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 20 mars 1990, *DuPont de Nemours Italiana v Unità Sanitaria No 2 di Carrara*, 1990, aff. C-21/88.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 13 décembre 1989, *Grimaldi*, aff. C-322/88.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff. C-31/87.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV / Pays-Bas*, aff. C-31/87.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 29 juin 1978, *Benzine en Petroleum*, aff. 77/77, Rec. 1513.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 7 février 1973, *Commission/Italie*, aff. 39/72, Rec. 101.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE), arrêt du 10 décembre 1969, *Commission c. France*, aff. 6 et 11/ 69, Rec. p. 540.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (CIJ), arrêt du 20 avril 2010, affaire *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), I.C.J. Reports 2010.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (CIJ), arrêt du 25 septembre 1997, affaire relative au *Projet Gabčíkovo/Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), Recueil 1997.

ORGANE D'APPEL DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AV/R, 1998.

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (OMC), *Case Japan – Procurement of a Navigation Satellite (WT/DS73)*, available at www.wto.org.

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (OMC), *Case United States – Measures Affecting Government Procurement*, submitted by European Community (WT/DS88, GPA/D2/1, 26 juin 1997) and by Japan (WT/DS95/1, GPA/D3/1, 21 juillet 1997).

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE (TPI) de l'Union Européenne, 15 septembre 1998, *BFM*, aff. T-126 et 127/96, Rec. II-3437.

SITE INTERNET, PRESENTATIONS POWER POINT, PROGRAMMES ET PROJETS

Avis d'attribution de marché (fourniture d'équipement de protection individuelle aux employés de la santé chargés des patients avec un nouveau coronavirus soupçonné ou confirmé (COVID-19)), JOUE no. S 51, 12 mars 2020, document 119976-2020 ; <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:119976-2020:TEXT:FR:HTML&src=0&tabId=0>.

Expérience de la restauration scolaire de Mouans-Sartoux vers le 100% bio : https://movilab.org/index.php?title=La_restauracion_scolaire_durable_et_la_r%C3%A9gion_agricole_municipale#Comprendre_la_ville_pour_comprendre_1.27.C3.A9volution_de_la_restauracion_scolaire.

ConPlusUltra, *Green Public Procurement in the City of Vienna. Impact Analysis*, 2014, disponible en ligne : <https://www.wien.gv.at/english/environment/protection/pdf/impact-analysis.pdf>.

Marchés publics écologiques (MPE) au sein de l'UE : http://ec.europa.eu/environment/gpp/buying_handbook_en.htm.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), Webinar « Strategic planning of infrastructure for the recovery phase » du 19 juin 2020, dans le cadre des *Series of webinars on infrastructure and public procurement experiences and responses to the coronavirus (COVID-19) crisis*, disponible en ligne : <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/infrastructure-and-public-procurement-webinar-series.htm>.

Programme du Gouvernement de Timor-Leste's dans le secteur routier « the Roads for Development Programme (R4D) » : https://www.ilo.org/jakarta/info/public/pr/WCMS_549706/lang--en/index.htm

Projet BUYDIS, *Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité dans l'emploi à travers les clauses des marchés publics. Projet BUYDIS. Un premier guide pour les collectivités*, France, 2014.

Projet HAPPI (2013–2015), *Welcome to HAPPI: Healthy Ageing – Public Procurement of Innovations*, disponible au site web : <http://www.happi-project.eu>.

Projet PREST 5 - Pistes rurales et désenclavement à l'Est, conduit par la Suisse avec la Banque Mondiale au Burkina Faso : <https://www.eda.admin.ch/deza/fr/home/activites-projets/projets.html/content/dezaprojects/SDC/en/2002/7F02218/phase5>

The Landmark Project, *Success stories in socially responsible public procurement. Using public spending to drive improvements for workers in global supply chains*, 2014, disponible en ligne : <http://www.landmarkproject.eu/>.

The Landmark Project, *Good Practice in Socially Responsible Public Procurement. Approaches to Verification from Across Europe*, disponible en ligne : <http://www.landmark-project.eu/>.

The Landmark Project, *Verifying Social Responsibility in Supply Chains. A Practical and Legal Guide for Public Procurers*, disponible en ligne : <http://www.landmark-project.eu/>.

Marc VAN IMSCHOOT et Claude Kouamé YAO, *Expériences récentes et innovations dans les programmes publics d'emploi : constats et recommandations*, présentation Power Point, Programme des investissements à forte intensité d'emplois, Ouagadougou, 2011.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	7
SOMMAIRE	11
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	13
INTRODUCTION GÉNÉRALE	19
I. L'intérêt de l'étude	24
II. Les domaines mobilisés	27
III. Circonscrire le champ de la recherche	28
IV. La thèse proposée et l'annonce du plan	29
PREMIÈRE PARTIE. LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS : UNE NOTION JURIDIQUE ?	31
TITRE I. LA DÉFINITION DE LA NOTION DE DÉVELOPPEMENT DURABLE ENTRE LA POLITIQUE ET LE DROIT	33
CHAPITRE 1. LES MULTIPLES FACETTES DE LA NOTION DE DÉVELOPPEMENT DURABLE ENTRE DIFFICULTÉS DE DÉFINITION ET HÉTÉROGÉNÉITÉ	35
Section 1 : Les définitions et les critiques de la notion de développement durable	35
Paragraphe 1 : Quelques éléments de définition du développement durable ..	37
A : Une notion « transpatiale » et « à consonance générationnelle »	38
B : Comprendre le développement durable à partir de ses composantes	42
Paragraphe 2 : Les principales critiques de la notion de développement durable	50
A : Le développement est-il « durable » ou « soutenable » ?	50
B : Le caractère flou de la notion de développement durable : faiblesse ou vertu ?.....	53
Section 2 : L'hétérogénéité externe et l'hétérogénéité interne des trois piliers du développement durable.....	56
Paragraphe 1 : Entre les trois piliers du développement durable : hétérogénéité et interdépendances	56
A : Les confrontations entre les trois piliers	57
B : Les interdépendances entre l'environnemental et le social	62
Paragraphe 2 : Au sein de chaque pilier : hétérogénéité ou conciliation ?	64
A : L'hétérogénéité des préoccupations au sein des piliers du développement durable	65
B : L'effort de conciliation entre utopie et exigence de flexibilité	67
Conclusion	69

CHAPITRE 2. LES INCERTITUDES LIÉES AU STATUT JURIDIQUE DE LA NOTION DE DÉVELOPPEMENT DURABLE	71
Section 1 : La conception du développement durable comme notion hors du droit et la remise en cause de l'approche positiviste.....	74
Paragraphe 1 : Les raisons de l'exclusion.....	75
Paragraphe 2 : L'appréhension du développement durable sur la base de la dialectique entre droit dur et droit souple	80
<i>A : La vision traditionnelle et dominante : le droit souple échappe au champ juridique</i>	83
<i>B : L'approche fonctionnelle : le droit souple relève du champ juridique ..</i>	89
Section 2 : La formulation du développement durable comme principe ou comme objectif : s'agit-il toujours d'une notion juridique ?.....	98
Paragraphe 1 : Le développement durable comme principe.....	99
Paragraphe 2 : Le développement durable comme objectif : quelle portée juridique ?	104
<i>A : Le développement durable comme objectif politique</i>	105
<i>B : Le développement durable comme objectif juridique.....</i>	107
a : L'imprécision et l'absence de force contraignante des objectifs.....	108
b : L'instabilité des objectifs	110
Conclusion.....	112
TITRE II. L'INTÉGRATION DE LA NOTION DE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS	115
CHAPITRE 1. LA QUESTION DE LA COMPLEXITÉ DES ACHATS PUBLICS DURABLES : L'INTERDISCIPLINARITÉ ET L'ÉQUILIBRE PRÉCAIRE	117
Section 1 : L'interdisciplinarité caractérisant la relation entre l'achat public et le développement durable.....	118
Paragraphe 1 : L'interdisciplinarité des marchés publics durables comme espace commun de savoirs différents	119
<i>A : L'interdisciplinarité du champ des marchés publics</i>	120
<i>B : L'interdisciplinarité des achats publics durables</i>	124
Paragraphe 2 : Les conséquences pratiques de l'interdisciplinarité des APD pour les acheteurs publics : statut et professionnalisation	127
<i>A : La reconnaissance du statut d'acheteur public.....</i>	128
<i>B : Le renforcement de la professionnalisation des acheteurs publics.....</i>	129
Section 2 : L'interaction complexe des piliers du développement durable dans les marchés publics	132
Paragraphe 1 : La multiplicité des considérations socio-environnementales dans les marchés publics durables	132
<i>A : L'éventail des aspects sociaux dans les marchés publics</i>	133

<i>B. L'éventail des aspects environnementaux dans les marchés publics</i>	137
Paragraphe 2 : Les contradictions entre les piliers du développement durable rejaillissent sur les APD.....	140
<i>A : Les superpositions des piliers : quelques exemples dans les achats publics durables</i>	141
a : Définir les circuits courts entre l'économie, l'environnemental et le social.....	141
b : Les « échos » entre la RSE et le développement durable.....	143
c : Les superpositions entre les droits de l'homme et les droits des travailleurs	145
<i>B : Les achats publics durables : manque d'homogénéité et recherche d'un équilibre</i>	150
Conclusion.....	155
CHAPITRE 2. LES OBSTACLES SUR LA VOIE DE LA RECONNAISSANCE DE L'« AUTORITÉ JURIDIQUE » DU DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS	157
Section 1 : La confrontation entre les logiques de l'« intrusion » et de l'« intégration » du développement durable dans les marchés publics	157
Paragraphe 1 : La prise en compte du développement durable dans les marchés publics selon la logique de l'« intrusion »	158
Paragraphe 2 : La prise en compte du développement durable dans les marchés publics selon la logique de l'« intégration »	160
Section 2 : L'incohérence terminologique et les implications juridiques dans les marchés publics	164
Paragraphe 1 : Du droit dur au droit souple : les exemples de l'AMP de l'OMC et de la Loi type de la CNUDCI	168
<i>A. L'AMP de l'OMC : entre ouverture mutuelle et difficulté à concilier les préoccupations asymétriques des États.....</i>	169
<i>B. La Loi type de la CNUDCI et les « politiques socioéconomiques ».....</i>	171
Paragraphe 2 : L'exemple des banques multilatérales de développement (BMDs).....	177
<i>A. La prudence des BMDs à l'égard du développement durable dans les marchés publics.....</i>	177
<i>B. Une ouverture vers la reconnaissance du statut juridique du développement durable dans les marchés publics : le cas de la BERD.....</i>	182
Conclusion.....	185
DEUXIÈME PARTIE. LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS : UNE DIMENSION LOCALE, GLOBALE OU « GLOCALE » ?	189

TITRE I. LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS SELON UNE PERSPECTIVE LOCALE.....	191
CHAPITRE 1. LA DIALECTIQUE ENTRE L'ACHAT PUBLIC DURABLE, L'ACHAT PUBLIC LOCAL, L'EFFICIENCE ÉCONOMIQUE ET L'OUVERTURE À LA CONCURRENCE.....	193
Section 1 : Confrontation ou alliance entre le local et le durable ?.....	193
Paragraphe 1 : Le durable est-il nécessairement local ?.....	194
Paragraphe 2 : L'achat public local est-il durable ?.....	197
A : <i>La question de la vertu durable de l'achat public local</i>	198
B : <i>L'achat public local comme instrument d'affirmation territoriale</i>	200
Section 2 : Le local et le durable à la lumière de l'efficacité économique et de l'ouverture à la concurrence	204
Paragraphe 1 : L'efficacité économique et l'ouverture à la concurrence : objectifs primaires des marchés publics ?.....	205
A : <i>Les trois principales classifications des objectifs des marchés publics</i>	205
B : <i>Les interconnexions entre l'efficacité économique et l'ouverture à la concurrence</i>	212
Paragraphe 2 : L'efficacité économique et l'ouverture à la concurrence comme limites à la prise en compte du durable et du local au sein des marchés publics	217
A : Les tensions traditionnelles	218
a : <i>Les tensions de nature économique</i>	218
b : <i>Les tensions découlant de la restriction de la concurrence</i>	222
B : <i>Une pondération au cas par cas</i>	227
a : <i>La logique de l'exclusion : l'exemple de la clause Molière</i>	228
b : <i>La logique de l'équilibrage : l'exemple des circuits courts</i>	230
Conclusion.....	233
CHAPITRE 2. LA VALORISATION CONJOINTE DU LOCAL ET DU DURABLE : L'EXEMPLE DES MARCHÉS PUBLICS HIMO.....	235
Section 1 : La conception de l'approche HIMO comme outil pour le développement local	236
Paragraphe 1 : Les éléments constitutifs de l'approche HIMO	236
Paragraphe 2 : La définition des marchés publics intégrant l'approche HIMO	242
A : <i>Le choix entre l'approche HIMO et l'approche HIEQ</i>	243
B : <i>Le caractère local des ressources utilisées</i>	248
Section 2 : Les marchés publics HIMO entre contraintes concurrentielles et développement durable.....	251

Paragraphe 1 : L’approche HIMO et les dérogations à la concurrence	251
<i>A : Les travaux publics HIMO effectués hors marchés publics ou avec appel d’offres non concurrentiel</i>	252
<i>B : Les dossiers d’appel d’offres favorisant l’approche HIMO</i>	255
Paragraphe 2 : Les marchés publics HIMO et le développement durable	259
<i>A : Le volet de la formation</i>	260
<i>B : La poursuite de finalités socio-environnementales</i>	263
<i>a : La création d’opportunités d’emploi</i>	263
<i>b : La réduction des impacts négatifs sur l’environnement</i>	270
Conclusion	271
TITRE II. LE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS À LA FRONTIÈRE ENTRE LE GLOBAL ET LE « GLOCAL »	273
CHAPITRE 1. LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS DANS UNE PERSPECTIVE GLOBALE ENTRE LA CONCURRENCE ET LA SOLIDARITÉ	275
Section 1 : L’extension globale du droit des marchés publics et la logique de l’ouverture	277
Paragraphe 1 : Les marchés publics et l’espace juridique « global »	277
<i>A : Du droit national des marchés publics à l’espace juridique « global »</i>	278
<i>B : Les traits caractéristiques du droit des marchés publics au sein de l’espace juridique « global »</i>	284
<i>a : Une multitude de centres générateurs du droit des marchés publics</i>	285
<i>b : La prolifération du droit portant sur les marchés publics</i>	291
Paragraphe 2 : La logique de l’ouverture des marchés publics : une tendance globale à la convergence ?	2955
Section 2 : La concurrence et la solidarité dans le droit des marchés publics au sein de l’espace juridique global : une dialectique possible ?	304
Paragraphe 1 : Les difficultés à définir la notion de solidarité au sein de l’espace juridique global	305
<i>A : La polysémie de la notion de solidarité</i>	305
<i>B : Le statut juridique de la notion de solidarité</i>	310
Paragraphe 2 : Les marchés publics et la solidarité : une compatibilité envisageable ?	316
<i>A : La confrontation entre la concurrence et la solidarité dans les marchés publics</i>	316
<i>B : La solidarité comme facteur de mise en œuvre du développement durable au niveau global : quelle place dans les marchés publics ?</i>	320
Conclusion	325

CHAPITRE 2. LA CONNOTATION « GLOCALE » DU DÉVELOPPEMENT DURABLE ET LA COOPÉRATION ENTRE ACHETEURS PUBLICS. DES VILLES INTELLIGENTES À LA SURVENUE DE LA PANDÉMIE DE COVID-19.....	327
Section 1 : Les marchés publics durables entre le « glocal » et la coopération.	328
Paragraphe 1 : L’extension « globale » du développement durable comme synergie entre les échelles spatiales.....	329
<i>A : De la logique de l’opposition à celle de l’interdépendance entre le global et le local.....</i>	329
<i>B : Les crises socio-environnementales comprises selon une triple interdépendance</i>	332
Paragraphe 2 : La coopération dans les marchés publics durables : éléments constitutifs.....	334
<i>A : Les formes de coopération entre les acheteurs publics.....</i>	334
<i>B : La passation conjointe de marchés publics à caractère transnational</i>	339
Section 2 : La passation conjointe de marchés publics : des villes intelligentes à la survenue de la pandémie de Covid-19.....	343
Paragraphe 1 : La passation conjointe des marchés publics dans l’exemple des villes intelligentes	343
<i>A : La définition des villes intelligentes entre le numérique et le durable .</i>	345
<i>B : La passation conjointe de marchés dans le cadre des villes intelligentes : une opportunité pour la plupart encore sous-utilisée</i>	347
Paragraphe 2 : La passation conjointe de marchés publics dans l’exemple de la pandémie de Covid-19 en Europe.....	353
<i>A : L’importance d’une approche commune sous l’impulsion des pandémies : de la Décision no. 1082/2013/UE au Joint Procurement Agreement de 2014.....</i>	353
<i>B : La crise sanitaire provoquée par le Covid-19 et la nécessité de s’approvisionner dans l’immédiat : quelle compatibilité avec la passation conjointe de marchés transnationaux ?</i>	361
<i>a : L’adoption de mesures unilatérales en urgence et en extrême urgence</i>	362
<i>b : La nécessité d’une approche concertée entre les États</i>	366
Conclusion.....	370
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	373
I. Le <i>statu quo</i> : l’équilibre instable autour de la notion de développement durable	373
II. L’espoir de la reconnaissance de la valeur juridique de la notion de développement durable au sein des marchés publics	375
III. La nécessité de penser <i>glocal</i> dans les achats publics durables.....	376
BIBLIOGRAPHIE	379

OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPECIALISÉS	379
ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS AUX MELANGES	398
MÉMOIRES ET THÈSES	418
ACTES DE COLLOQUES ET AUTRES OUVRAGES COLLECTIFS	419
RAPPORTS, ETUDES, PAPERS ET ARTICLES SUR INTERNET	421
LOIS, DECRETS, DOCUMENTS ET ACTES NATIONAUX.....	431
POLITIQUES, METHODOLOGIES, ACCORDS, DIRECTIVES, REGLEMENTS, CONVENTIONS, DOCUMENTS, DOSSIERS TYPE, STANDARDS, ACTES REGIONAUX ET INTERNATIONAUX.....	435
JURISPRUDENCE	449
SITE INTERNET, PRESENTATIONS POWER POINT, PROGRAMMES ET PROJETS	452
TABLE DES MATIÈRES	455