INTRODUCTION

Parmi les nombreuses branches sectorielles que recouvre le droit du marché intérieur de l'Union, les règles qui régissent la commande publique présentent un caractère central et incontournable. Depuis plusieurs années, les études économiques évaluent à 15 % du PIB de l'Union les montants couverts par la commande publique au sens large (1), marchés publics, concessions ou contrats de partenariat. Bien que ce chiffre renvoie à des réalités hétérogènes suivant les États, il rend toutefois compte de la centralité de l'achat public dans les politiques nationales et européennes, à la fois pour satisfaire les besoins des personnes publiques, mais également pour utiliser la commande publique comme levier pour la réalisation de nombreuses politiques publiques sectorielles.

Depuis plus de quatre décennies et l'adoption de la première directive sur les marchés de travaux en 1971, le droit communautaire, devenu droit de l'Union, a largement contribué à remodeler la commande publique et à lui donner de nouvelles impulsions. Avec l'adoption d'un nouveau cadre normatif en février 2014, constitué de deux directives sur les marchés publics (2014/24 et 2014/25) (2) et d'une directive sur l'attribution des contrats de concession (2014/23) (3), cette dynamique a été poursuivie et a conduit à des évolutions importantes dans les droits nationaux. La France a ainsi saisi le contexte de la transposition de ces directives pour procéder à une refonte importante du droit des marchés publics et des concessions, avec l'abrogation du Code des marchés publics au 1er avril 2016 et l'adoption de deux grandes ordonnances, l'une sur les marchés publics, l'autre sur les contrats de concession (4).

(1) Voy. S. Saussier et J. Tirole, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Les notes du Conseil d'analyse économique*, n° 22, avril 2015.

(2) Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *JOUE*, n° L 94/65 du 28 mars 2014.

(3) Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, *JOUE*, n° L 94/1 du 28 mars 2014.

(4) La France a procédé à la transposition de ces directives par deux ordonnances, à savoir l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Mais le droit européen de la commande publique va sûrement au-delà de ces directives ; bien qu'elles en constituent la traduction normative la plus connue et la plus accessible, la matière est également structurée par le droit primaire sous l'angle des principes fondamentaux d'égalité, de non-discrimination et de transparence, et par tout un ensemble de règles sectorielles. Cette diversité normative, qui s'accompagne d'une pratique et d'une jurisprudence particulièrement denses (5), conduit à faire du contentieux des contrats publics, une branche relativement homogène au sein du droit économique de l'Union, dotée de sa propre logique et traversée par des évolutions qui interfèrent avec des questions centrales, telles que la satisfaction des besoins des collectivités publiques, la délivrance d'activités liées à l'intérêt général, l'orientation des politiques d'achat en réponse à des besoins sociaux ou environnementaux, ou encore l'adaptation des exigences de mise en concurrence au regard de la spécificité de certains marchés.

Le présent manuel, qui s'inscrit dans la lignée de travaux antérieurs sur le droit de l'Union et les marchés publics (6), entend, à son échelle, contribuer à une compréhension de ce cadre normatif et de ses évolutions. Il propose une réflexion sur cette matière particulièrement dense, qui apparaît comme un point de rencontre entre des logiques propres à plusieurs ensembles normatifs, en droit de l'Union comme dans les droits nationaux : marché intérieur, droit de la concurrence, droit des contrats publics et privés, droit des marchés régulés, des collectivités, du service public ; plus largement « droit administratif européen » (7). Par ailleurs, cet ouvrage vise à rendre accessible, pour les avocats, les magistrats et les praticiens, en collectivité ou au

(5) Pour l'année 2015, le rapport annuel de la Cour de justice indique que 26 affaires ont été jugées par la Cour en matière de marchés publics, ce qui représente un volume certes inférieur à des matières telles que la concurrence (40 affaires), l'environnement (47) ou l'Espace de liberté, de sécurité et justice (47), mais supérieur aux contentieux liés aux différentes libertés de circulation (respectivement, 6 affaires en matière de capitaux, 12 pour la liberté d'établissement, 24 pour les services, 15 pour les personnes, 8 pour les marchandises), ainsi qu'aux litiges liés à la citoyenneté (6), à l'agriculture (17), voire au droit institutionnel (24).

(6) En français, voy. les ouvrages de L. Richer, *L'Europe des marchés publics*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ, 2009, et de J.-Fr. Brisson, *Les fondements juridiques des marchés publics*, coll. Essentiel experts – marchés publics locaux, Paris, Imprimerie nationale, 2004 ; en langue anglaise, voy. C. Bovis, *EU Public Procurement Law*, 2e éd., Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012, et M. Trybus, R. Caranta et G. Edelstam, *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, coll. Droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 2014.

(7) Voy. les ouvrages incontournables de J. Schwarze, *Droit administratif européen*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, et de J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, *Traité de droit administratif européen*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

sein d'entreprises, le contenu des règles européennes de commande publique ainsi que la jurisprudence, extrêmement dense, de la Cour de justice qui s'y rapporte.

Cette exigence de compréhension nécessite, à titre introductif, de revenir sur le mouvement croissant d'européanisation de la commande publique (§ 1) et sur les finalités de l'encadrement normatif de l'Union (§ 2).

§ 1. – *La commande publique saisie par le droit de l'Union*

1. Signification de la commande publique. La qualification de « commande publique » fait figure de terme générique qui s'est progressivement imposé dans la pratique et dans le droit (8) pour regrouper les instruments par lesquels les personnes publiques, au sens large, satisfont leurs besoins, assurent des missions ou associent les tiers à l'exercice d'un service d'intérêt général (9). Conçue de manière générale, la commande publique est plus large que le droit des contrats administratifs, qui se caractérise par des qualifications législatives (tels que les marchés publics) ou prétoriennes (suivant des critères organiques et matériels) et par un régime progressivement construit par le juge administratif. Elle suppose certainement de procéder à un dépassement des catégorisations usuelles des contrats administratifs (10).

De longue date, les achats des personnes publiques, de même que la délivrance d'activités d'intérêt général, renvoient à plusieurs dispositifs contractuels : les marchés publics, conclus à titre onéreux, les concessions, qui supposent que le prestataire assure un risque d'exploitation, mais également les contrats de régie, certains baux emphytéotiques, les contrats de partenariat ou encore des montages contractuels complexes. Compte tenu de ce foisonnement d'instruments, le qualificatif général de « commande publique » permet de les

(8) Dans sa décision n° 2003-473 DC du 23 juin 2003, le Conseil constitutionnel s'est pour la première fois référé au « droit commun de la commande publique » et aux « exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique ». Le Conseil d'État utilise également cette même expression : CE, 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563.

(9) Voy. la définition systématique proposée par C. Maugue, « Les EPIC face au droit de la commande publique », *JCP Adm. et coll.*, 2009, p. 2198.

(10) Voy. en ce sens les thèses de L. Marcus, *L'unité des contrats publics*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2010 ; G. Kalfèche, *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics*, thèse Paris II, 2004.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

envisager de manière relativement unitaire, en retenant une formule qui « s'impose non seulement pour sa commodité, mais aussi par discipline et par raison » (11).

2. Encastrement européen des contrats publics. Au regard de cette diversité, le droit de l'Union a progressivement défini un noyau dur, un tronc commun pour l'ensemble de ces contrats de la commande publique (12). Leur nature juridique – contrats administratifs ou contrats de droit privé – est indifférente pour le droit de l'Union. Suivant une qualification retenue par certains auteurs, il s'agit le plus souvent de contrats publics (13), qui se caractérisent par la prévalence d'un critère organique lié à la présence d'une personne publique ou d'une personne privée sous influence publique au contrat. Les différents paquets législatifs qui se sont succédé depuis 1971, de même que l'influence grandissante des principes fondamentaux de la commande publique qui ont été systématisés par l'arrêt *Telaustria* (14), ont progressivement façonné ces contrats publics. On peut ainsi, à juste titre, considérer qu'un processus « d'européanisation » des contrats publics est à l'œuvre (15), non seulement avec la définition de notions structurantes, telles que le pouvoir adjudicateur, l'onérosité du marché, le risque dans la concession, mais également avec l'ébauche d'un régime commun pour la conclusion et l'exécution des contrats.

Dans une perspective juridique, l'influence du droit de l'Union est d'autant plus remarquable qu'elle repose sur différentes formes de relations entre les droits nationaux et le droit supranational. Celui-ci agit sur ceux-là par des relations d'uniformisation des droits (par exemple pour les seuils ou pour l'identification des procédures de passation, de leurs étapes et de leurs délais), par le recours à l'harmonisation (pour la

(11) P. Delvolvé, « Les contrats de la "commande publique" », *RFDA*, 2016, n° 2, p. 200.

(12) Voy. Ph. Terneyre, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA*, 1996, n° 6, pp. 84-91.

(13) Voy. la thèse de Mathias Amilhat, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, coll. Droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 2014 ; également, Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, n° 2, p. 313.

(14) CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH*, aff. C-324/98, *Rec.*, p. I-10745.

(15) Voy. en ce sens, l'ouvrage de Ph. Flamme, M.-A. Flamme et Cl. Dardenne, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2004 ; R. Noguellou, « L'européanisation du droit des contrats administratifs », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, *Traité de droit administratif européen*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 1163-1178.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

définition des grandes notions, telles que le pouvoir adjudicateur, l'opérateur économique, l'exception public-public) ou encore par la coordination des droits nationaux (ainsi, sous les seuils de procédure formalisée, les principes fondamentaux permettent-ils de garantir des exigences minimales sans préjuger de l'application des droits nationaux).

Mais cette influence protéiforme doit composer avec des modèles juridiques très différents suivants les États. Bien que la Commission ait envisagé la refonte des directives en 2011 sous l'angle « de la modernisation de la commande publique » (16), celle-ci renvoie à des réalités hétérogènes. Les différences se vérifient, à la fois, sur le terrain de la qualification des contrats en cause (de droit privé en Allemagne ou aux Pays-Bas, de droit privé ou public selon la nature des clauses en Italie ou en Belgique, généralement de droit public en France ou au Portugal) (17), mais également au regard de leur régime juridique et du degré d'exorbitance qui les caractérise par rapport au droit commun des contrats.

Cette diversité que les règles et les principes qui forment le droit européen de la commande publique parviennent à un point d'équilibre ; qu'ils soient, d'un côté, suffisamment précis et homogènes pour former un socle normatif qui caractériserait un droit public européen des contrats publics (18) ; qu'ils soient, d'un autre côté, suffisamment souples pour préserver les spécificités et les identités propres à chaque État. Cette recherche d'équilibre, au-delà du contenu même des normes, nécessite de prendre en compte les finalités mêmes qui sont poursuivies par le droit de l'Union.

§ 2. – *Les finalités de la commande publique et le droit de l'Union*

3. Rattachement au marché intérieur. La réglementation européenne en matière de marchés publics puise son origine et sa rationalité dans le cadre de la réalisation du marché intérieur. La totalité du droit dérivé dans le champ de la commande publique a pour

(16) COM (2011) 15 final du 27 janvier 2011, *Livre vert sur la modernisation de la politique de l'Union en matière de marchés publics. Vers un marché européen des contrats publics plus performant*.

(17) Voy. le panorama dans l'ouvrage de R. Noguellou et U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des contrats publics. Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

(18) Le droit des contrats publics s'inscrit ainsi parfaitement dans le mouvement, plus général, de formation « d'un droit public européen », voy. B. Stirn, *Vers un droit public européen*, coll. Clefs, 2e éd., Paris, LGDJ, 2015.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

base juridique la libre prestation de services et la liberté d'établissement. Ce rattachement au marché intérieur trouve sa justification dans la finalité intrinsèque des directives, suivant laquelle une coordination des procédures de passation est nécessaire pour supprimer les entraves à la libre prestation des services et à la liberté d'établissement et protéger, par là même, les opérateurs économiques établis dans d'autres États membres. En posant des règles de publicité et de passation, il s'agit d'exclure le risque que le pouvoir adjudicateur donne la préférence à certains soumissionnaires et se laisse guider par des considérations autres qu'économiques. Cette rationalité économique est régulièrement réitérée dans la jurisprudence de la Cour (19). Elle n'intervient toutefois qu'à la condition que les autorités publiques décident de confier une prestation de services, un marché de travaux ou de fournitures à un tiers à titre onéreux, mais non si elles le fournissent elles-mêmes.

4. Marchés publics et concurrence. Cette vocation première des directives, liée à la suppression des entraves aux libertés de circulation, nourrit un dessein plus général, qui vise à garantir l'accès aux différents marchés pour les opérateurs et à éviter les distorsions de concurrence. 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. Ainsi que l'a souligné l'Avocat général Stix-Hackl, « les directives, tout comme le droit communautaire en général, ont pour objet, premièrement, les pratiques qui restreignent la concurrence et, deuxièmement, d'ouvrir le marché d'approvisionnement concerné à la concurrence, c'est-à-dire d'assurer un accès libre en particulier aux entreprises d'autres États membres. Le principe de concurrence remplit plusieurs objectifs de protection. En premier lieu, le principe de concurrence vise les relations des entreprises entre elles, c'est-à-dire entre candidats ou soumissionnaires. Une demande d'approvisionnement doit faire l'objet d'une concurrence parallèle entre eux. En second lieu, le principe de concurrence s'applique à la relation entre les pouvoirs adjudicateurs qui sont à qualifier d'entreprises et les entreprises, […] en position dominante […] au regard de l'article 82 CE [102 TFUE].

(19) CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding*, aff. C-360/96, *Rec.*, p. I-6821, pt 41 ; CJCE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, aff. C-380/98, *Rec.*, p. I-8035, pt 16.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

En troisième lieu, le principe de concurrence est destiné à protéger la concurrence en tant qu'institution » (20). Les règles européennes relatives aux marchés publics sont dès lors conçues comme des instruments essentiels pour garantir le fonctionnement d'un ordre concurrentiel. À travers elles, c'est bien la constitution économique de l'Union qui est mise en œuvre, en garantissant l'effectivité de lois d'accès et de fonctionnement du marché. Il est dès lors logique que l'encadrement des contrats publics accompagne les évolutions du droit économique de l'Union ; conçu initialement pour garantir l'accès aux marchés publics pour les opérateurs tiers, il est aussi envisagé comme un paramètre pour apprécier la légalité d'une intervention économique des personnes publiques. À ce titre, l'arrêt *Altmark* a conduit à établir un rapport systématique entre le droit des marchés publics et celui des aides d'État, en faisant du respect du processus d'attribution établi par les directives un critère central pour apprécier l'existence d'une compensation de service public (21).

5. Renouvellement et enrichissement des finalités. Dans la période récente, l'encadrement européen des contrats publics s'est élargi, de manière significative, à d'autres finalités que celles qui résultent de sa matrice historique, droit du marché et droit de la concurrence. En cohérence avec l'évolution qui s'observe dans la plupart des États membres, l'Union envisage de plus en plus les règles de la commande publique à d'autres fins que la circulation des opérateurs économiques. Ainsi, les directives, essentiellement depuis 2004, se sont progressivement enrichies pour intégrer de nouvelles préoccupations, telles que les exigences liées aux achats responsables, la prise en compte de l'innovation dans le marché, les conditions de l'exécution des contrats publics, les impératifs de solidarité ou encore la préservation de la marge de manœuvre des collectivités locales dans le principe même de ne pas recourir aux marchés publics (ou aux concessions) pour satisfaire leurs besoins. Il en résulte que la compréhension des principes fondamentaux et des directives doit être envisagée dans une perspective plus générale,

(20) Conclusions de l'Avocat général Mme Christine Stix-Hackl dans l'affaire *Sintesi Spa* (C-247/02), présentées le 1er juillet 2004, *Rec.*, p. I-9217.

(21) CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, *Rec.*, p. I-7747. Sur l'étude des relations entre marchés publics et droit de la concurrence, voy. A. Sanchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2e éd., Oxford, Hart Publishing, 2015.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

celle de la constitution d'une politique européenne de la commande publique, conçue comme une composante d'une politique économique européenne qui demeure fragmentée (22).

Cette tendance est associée à des évolutions sur les terrains de la pratique, de la fabrique et de l'interprétation du droit. Les praticiens doivent évoluer dans un maquis normatif de plus en plus dense, avec une matière qui est presque totalement européanisée pour des marchés importants en volume, au-dessus des seuils de passation formalisée, et des règles qui sont fortement influencées par le droit de l'Union en dessous. De leur côté, les législateurs, européen ou nationaux, ont, dans un même mouvement, simplifié et complexifié le contenu des normes applicables. La rationalisation de la commande publique autour de deux grandes familles de contrats, marchés ou concessions, apporte certainement une meilleure lisibilité et permet d'envisager la matière sous l'angle de grandes catégories. Mais cette simplification poursuit des orientations contradictoires ; d'un côté, il s'agit de garantir le droit d'accès aux marchés, l'égalité entre opérateurs, de poursuivre un mouvement d'externalisation croissant des tâches assurées par l'administration ; d'un autre côté, l'achat public est de plus en plus instrumentalisé pour parvenir à des finalités économiques et sociales que les personnes publiques ne peuvent (ou ne veulent) plus assurer directement et se rattache à un objectif de rationalisation des dépenses. Enfin, à l'échelle du juge, ces évolutions sont susceptibles d'appuyer un ajustement du cadre de l'interprétation ; s'il demeure marginal, il peut prendre la forme d'un retrait de l'interprétation fonctionnaliste des grandes notions de la commande publique (23), ou encore d'un infléchissement du régime des libertés de circulation par l'élargissement des justifications aux restrictions (24).

*

* *

(22) Sur ce mouvement de renouvellement de la notion de constitution économique, voy. l'étude de F. Martucci, « Constitution économique et concurrence. En quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence », *Concurrences*, n° 1-2015.

(23) *Infra*, voy. dans la deuxième partie (n° 182), l'évolution de la définition du marché de travaux avec le critère de l'intérêt économique direct : CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH c. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, aff. C-451/08, *Rec.*, p. I-2673.

(24) *Infra*, voy. dans la première partie (n° 34), la prise en compte d'impératifs de solidarité pour justifier l'attribution d'un marché sans publicité à un opérateur non concurrentiel ; CJUE, 11 décembre 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino »*, *Associazione nazionale pubblica assistenza (ANPAS)*, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

6. Plan. Ces développements introductifs invitent à dépasser l'approche *a priori* technique, voire technicienne, qui caractérise trop souvent les règles européennes de la commande publique. Il s'agit ici de restituer leur compréhension dans un contexte plus général, à la lumière des spécificités du système juridique de l'Union, de son incorporation par les États membres et des lignes d'évolution de la commande publique. À cette fin, le présent ouvrage se structure en cinq parties, qui présentent, successivement, les sources du droit européen de la commande publique (partie I), le champ des règles harmonisées issues des directives (partie II), les règles qui encadrent la conclusion et la passation des contrats (partie III), celles qui portent sur l'exécution des contrats (partie IV), celles, enfin, qui sont relatives aux recours contre les contrats (partie V).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Introduction
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

7. Plan. Les règles qui régissent la commande publique peuvent être présentées, de manière systématique, en suivant la typologie des sources du droit de l'Union. Comme de nombreuses branches sectorielles du marché intérieur, ces règles sont issues du droit primaire (chapitre 1), des textes internationaux ratifiés par l'Union (chapitre 2) et, surtout, du droit dérivé formé par un ensemble de directives et de règlements (chapitre 3) (25). Il convient, également, d'ajouter ce qu'il est permis de considérer comme les sources complémentaires, qualificatif général qui renvoie à un ensemble de textes d'orientations et de normes techniques qui ont vocation à structurer la pratique de la commande publique dans les États (chapitre 4). Il s'agira, dans cette partie, de présenter l'agencement et l'articulation de cet ensemble de sources.

(25) Cette structuration des sources du droit de l'Union s'explique par la prévalence, notamment dans la jurisprudence de la Cour, d'une conception hiérarchisée de l'ordre juridique de l'Union, conçu de longue date comme un ordre juridique autonome doté de ses propres spécificités. D'autres présentations des sources du droit de l'Union sont envisageables, mais celle-ci demeure la plus accessible et la plus pertinente ; voy. en ce sens la présentation proposée par D. Simon, *Le système juridique communautaire*, 3e éd., Paris, PUF, 2001, pp. 301 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
[Introduction]
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

CHAPITRE 1

LE DROIT PRIMAIRE ET LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE

8. Libertés de circulation et principes fondamentaux. À l'échelle de l'Union, l'encadrement de la commande publique s'est construit sur le fondement des dispositions du droit primaire, dans le sillage de la réalisation du marché commun – devenu marché intérieur avec l'Acte Unique Européen –, et de la mise en œuvre des libertés de circulation, essentiellement en matière de marchandises, de libre prestation de services et de liberté d'établissement. Telle est la matrice historique des règles européennes applicables, à l'origine, aux seuls marchés publics. Sur le fondement des libertés et des principes généraux contenus dans le traité, la Cour a progressivement dégagé des principes fondamentaux applicables à l'ensemble des contrats de la commande publique. Leur contenu et l'ampleur de leur champ d'application ont pour conséquence de soumettre au droit de l'Union une très grande partie des contrats associés à la commande publique. Pour comprendre ce cadre normatif, il convient de présenter l'effet d'entraînement des libertés de circulation sur les marchés publics (section 1) et la reconnaissance corrélative des principes fondamentaux de la commande publique (section 2).

Section 1. – Les libertés de circulation et la formation du droit européen de la commande publique

Dans le droit communautaire initial, l'adoption des premières règles applicables aux marchés publics est indissociable de la formation du marché commun. Elles s'inscrivent dans la réalisation de celui-ci (§ 1) et ont été comprises en ce sens par les premiers arrêts de la Cour de justice rendus dans des contentieux de marchés publics (§ 2).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

§ 1. – *L'imbrication des marchés publics dans la réalisation des libertés de circulation*

9. Triple dimension. Il existe un lien consubstantiel entre la formation du droit européen de la commande publique et la réalisation et la mise en œuvre des libertés de circulation ; ce lien procède de trois considérations : la finalité générale de réalisation du marché commun, qui a historiquement façonné le cadre d'interprétation du juge communautaire, s'est imposée aux marchés publics (A) ; les techniques suivies par la Communauté de suppression des barrières non tarifaires ont été déployées à l'égard de ceux-ci (B) ; enfin, la Cour de justice a développé dans les litiges mettant en cause des marchés publics son raisonnement classique de l'entrave aux libertés de circulation, qui s'est révélé très efficace (C).

A. *Centralité du marché commun et marchés publics*

10. Finalité du marché commun. L'objectif quasi exclusif du Traité instituant la Communauté économique européenne (ci-après TCEE), conclu à Rome le 25 mars 1957, était de réaliser un vaste marché commun, conçu par les négociateurs du traité comme la volonté de « créer une vaste zone de politique économique commune, constituant une puissante unité de production, et permettant une expansion continue, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et le développement de relations harmonieuses entre les États » (26). Présenté à la fois comme un fondement de la nouvelle Communauté (27) et comme un objectif associé à la réalisation de la quasi-totalité des politiques sectorielles en 1957 (28), le

(26) Selon les termes utilisés dans le rapport Spaak, dont la rédaction, entre 1956 et 1957, par plusieurs experts nationaux préfigure l'essentiel du contenu du Traité instituant la CEE. Voy. *Comité intergouvernemental créé par la Conférence de Messine*, *Rapport des chefs de délégations aux ministres des Affaires étrangères* (Rapport Spaak), p. 13.

(27) L'article 2 TCEE définit en ce sens les objectifs de la Communauté, lesquels doivent être atteints « par l'établissement d'un marché commun ».

(28) L'occurrence « marché commun » ressort plus de vingt fois dans le traité initial : agriculture (art. 38), mouvement de capitaux (art. 67), règles de concurrence (art. 85 et 86), harmonisation des impôts indirects (art. 99), rapprochement des dispositions législatives (art. 100), correction des distorsions économiques (art. 101), coordination des politiques monétaires (art. 101), mesures destinées à combattre les détournements de trafic (art. 115), action concertée au sein d'autres organisations internationales (art. 116), amélioration des conditions sociales (art. 117), mission de la BEI (art. 130), mission générale de la Commission (art. 155), limites apportées aux mesures d'urgence (art. 224), choix des mesures de sauvegarde exceptionnelle (art. 226), mesures complémentaires du traité (art. 235).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

marché commun est alors conçu dans une perspective plus lointaine, celle de la réalisation d'une véritable unification politique. Telle était, du moins à l'origine, le ressort de l'intégration européenne, portée par une vision fonctionnaliste suivant laquelle l'intégration politique découlerait de l'unité économique.

11. Marché commun et interprétation téléologique. Cette centralité a eu des conséquences dans l'interprétation par la Cour de justice du TCEE et des libertés de circulation associées au marché commun : liberté de circulation des marchandises (art. 30 à 36 TCEE) et des travailleurs salariés (art. 48 à 49 TCEE), liberté d'établissement (alors conçue comme étant la libre circulation des travailleurs non salariés, art. 52 TCEE), libre prestation de services (art. 59 et 60 TCEE) et libre circulation des capitaux (art. 67 à 73 TCEE). Les écrits doctrinaux de l'époque, dont les auteurs sont souvent directement impliqués dans la mise en œuvre du nouveau traité, perçoivent l'objectif général de marché commun comme la justification à une interprétation finaliste, téléologique des dispositions plus spécifiques, au premier rang desquelles celles relatives aux libertés de circulation. En ce sens, dès 1958, Pierre Pescatore présente le marché commun comme constituant « l'objectif synthétique des Communautés », signifiant par là même que la notion de marché « ne répond pas à une définition précise » et qu'il « faut la comprendre plutôt comme un renvoi à l'ensemble des finalités économiques consacrées par les dispositions des traités » (29). Pareille conception conduit à concevoir la notion de marché commun comme une orientation pour l'interprétation du traité, elle est conçue comme la justification à une interprétation finaliste du droit primaire, qui conduit à remonter aux grands objectifs du traité pour interpréter ses dispositions particulières. Cette lecture appréhende le droit issu des traités (en incluant le traité CECA) comme étant « pétri de téléologie » (30).

12. « Encerclement » des marchés publics par les libertés de circulation. Cette architecture initiale a eu des conséquences importantes

(29) P. Pescatore, « La notion du marché commun dans les traités instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le Benelux et les Communautés européennes », in *Mélanges Gohot*, 1958, repris in P. Pescatore, *Études de droit communautaire européen*, coll. Droit de l'Union européenne, série Grands écrits, n° 6, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 11, spéc. p. 14.

(30) P. Pescatore, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in *Mélanges W.J. van der Meersch*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 325 à 363, spéc. pp. 354 à 363.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

dans la construction du régime des libertés de circulation et a favorisé, à suivre Christine Bréchon-Moulènes, « une politique d'encerclement » du droit des marchés publics (31). On peut en prendre la mesure dans la référence au marché intérieur et à la mise en œuvre effective des libertés de circulation lorsque le juge de l'Union est conduit à interpréter les directives relatives aux marchés publics. De manière récurrente, la Cour rappelle que ces directives ont pour objectif de « supprimer les entraves à la libre circulation des services et des marchandises et donc à protéger les intérêts des opérateurs économiques établis dans un État membre désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre État membre » (32). Cette recherche de suppression des restrictions aux échanges s'inscrit dans un dessein plus ambitieux : le développement d'une concurrence effective dans le secteur des marchés publics, en excluant que l'organe chargé de la passation de marché se laisse guider par des considérations autres qu'économiques. En tout état de cause, ce cadre herméneutique, qui fait du marché intérieur le fondement des directives sectorielles relatives aux marchés publics, a conduit à introduire dans les droits nationaux une conception de la commande publique qui est éloignée des postulats sur lesquels se sont construits la plupart des règles internes relatives à l'achat public et aux contrats publics.

B. *L'encadrement des marchés publics et la formation du marché commun*

13. Diversité initiale du régime des libertés de circulation. L'objectif très général de marché commun a été associé à une formulation relativement évasive des libertés de circulation dans le droit primaire originaire (33). Seul le régime de la libre circulation des marchandises

(31) Chr. Bréchon-Moulènes, « Rapport introductif », in *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, Sirey, 1992, p. 3.

(32) CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem c. BFI Holding BV*, aff. C-360/96, *Rec.*, p. I-6848, pt 41 ; CJCE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, aff. C-380/96, *Rec.*, p. I-8085, pt 16 ; CJCE, 1er février 2001, *Commission c. France*, aff. C-237/99, *Rec.*, p. I-939, pt 41, CJCE, 12 décembre 2002, *Universale Bau AG*, aff. C-470/99, *Rec.*, p. I-11655, pt 51 ; la formule continue à être utilisée : voy. par exemple, dans un contentieux mettant en cause le respect des directives marchés publics dans une procédure de correction financière au titre des Fonds structurels, Trib. UE, 16 septembre 2013, *Espagne c. Commission*, aff. T-2/07, ECLI:EU:T:2013:458, pt 69.

(33) Voy. notre étude, St. de La Rosa, « L'écriture des libertés de circulation », in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, coll. Droit de l'Union européenne, série Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 9-40.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

était véritablement défini, avec l'obligation pour les États de supprimer, durant une période de transition conduisant à l'union douanière, les quotas, les droits de douane et les taxes d'effet équivalent, ainsi que l'interdiction des mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives, tant pour les importations (art. 30 TCEE) que pour les exportations (art. 34 TCEE). Ces prohibitions demeurent dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union (ci-après TFUE) et relèvent des articles 34 et 35 TFUE. En revanche, le régime de la libre prestation de services et celui de la liberté d'établissement – qui sont les libertés centrales dans la commande publique – étaient relativement évasifs à l'origine. En ce sens, l'article 52, 1, TCEE prévoyait que « les restrictions à la liberté d'établissement d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont progressivement supprimées au cours de la période de transition. Cette suppression progressive s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre ». De manière similaire, l'article 59 du TCEE reconnaissait « que les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont progressivement supprimées au cours de la période de transition à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation ». L'absence d'un régime plus précis pour ces libertés peut s'expliquer par la difficulté des rédacteurs de l'époque de définir de manière opératoire les notions de service et d'établissement et par la conviction qu'une harmonisation progressive et générale des législations nationales permettrait d'édifier, à brève échéance, un régime commun pour ces libertés.

14. Prise en compte des marchés publics dans le programme général de suppression des restrictions (1962). Ce contexte explique l'adoption par le Conseil, dès 1962, de deux programmes généraux pour la suppression des restrictions, d'une part, à la liberté d'établissement, d'autre part, à la libre prestation de services (34). Conçus de manière identique, ces programmes ont identifié une liste de restrictions à lever par les États, en suivant un échéancier associé à la période de transition de douze années prévue par le traité CEE. Sont alors envisagées comme des pratiques restrictives les exigences

(34) Respectivement : programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement (*JOCE*, n° 2/36 du 15 janvier 1962) ; programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services (*JOCE*, n° 2/32 du 15 janvier 1962).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

nationales qui excluent, limitent ou subordonnent à certaines conditions le fait pour des sociétés étrangères de présenter des offres ou de participer comme cocontractant ou sous-traitant aux marchés de l'État ou d'autres personnes morales de droit public. Mais, l'ouverture des marchés publics, alors uniquement de travaux, est sujette à certaines conditions, notamment un examen de la reconnaissance mutuelle des diplômes et des titres qui peuvent être exigés de la part des soumissionnaires à un marché public. Par ailleurs, le caractère très général et transversal de ces programmes (les marchés publics n'en constituant qu'un aspect), conjugué à une mise en œuvre reposant sur un rythme défini par chaque État, n'a guère permis une application effective de ceux-ci. Faute de concrétisation normative tangible, l'ouverture des marchés publics demeurait très théorique à la fin des années soixante.

Pour autant, l'apport de ces programmes ne doit pas être sous-estimé, et ce, pour deux raisons. Tout d'abord, ils envisagent une coordination des marchés publics fondée sur trois orientations : l'interdiction des spécifications techniques ayant un effet discriminatoire, la publicité suffisante des marchés, l'élaboration d'une procédure permettant de veiller à l'observation de ces deux exigences. Ce cadre, bien que très général, a substantiellement inspiré le contenu de la première directive d'harmonisation pour les marchés publics de travaux (35). Ces programmes ont, par ailleurs, esquissé une première définition de la notion de restriction aux échanges, notamment en envisageant que la restriction puisse renvoyer à une mesure nationale non prise en raison de la nationalité, qui gêne l'activité d'un prestataire étranger, autrement dit qu'elle puisse être indistinctement applicable (36). On a là les bases de la notion d'entrave aux échanges, qui formera le fil conducteur du régime des libertés de circulation. Dans le champ de la libre circulation des marchandises, cette conception large de l'entrave sera consacrée à partir de l'arrêt *Cassis de Dijon*,

(35) Directive 71/305/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *JOCE*, n° L 185/5 du 16 août 1971.

(36) Outre une identification sectorielle des restrictions, sont envisagées, de manière générale, comme des restrictions « les conditions auxquelles une disposition législative, réglementaire ou administrative ou une pratique administrative subordonne la prestation de services et qui, bien qu'applicables sans acception de nationalité, gênent exclusivement ou principalement la prestation de ces services par des étrangers » (Programme général relatif à l'élimination des restrictions à la libre prestation de services, *op. cit.*, partie II, A et B). On retrouve les éléments de cette première approche dans la définition de l'entrave indistinctement applicable en matière de services, systématisée à partir de l'arrêt *Säger* en 1991 (CJCE, 25 juillet 1991, *Manfred Säger*, aff. C-76/90).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

pour inclure l'entrave discriminatoire (directement ou indirectement) et l'entrave indistinctement applicable (37).

15. Apport de l'Acte unique européen (1986). Le lien entre la réalisation du marché intérieur et l'élaboration d'un droit dérivé spécifiquement applicable aux marchés publics s'est considérablement renforcé dans les années 80, dans le cadre de la réalisation du marché intérieur, qui résulte de l'Acte Unique Européen adopté en 1986 et programmé en 1992. Dès l'entrée en vigueur de l'Acte unique, la Commission a transmis au Conseil une proposition de directive concernant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires dans le domaine des procédures de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, visant notamment à mettre en place un système de recours rapide permettant d'intervenir en cours d'adjudication (38). Compte tenu des contraintes procédurales liées à la nouvelle procédure de coopération introduite, à l'époque, entre le Conseil et le Parlement, cette proposition a suscité de nombreux amendements et ne fut finalement adoptée qu'en 1989 (directive 89/665 uniquement sur les recours) (39).

16. *Vade-mecum* sur les marchés publics (1987). La recherche d'une mise en œuvre effective de la première directive relative aux marchés publics de travaux et d'une application concrète des libertés de circulation aux marchés publics est à l'origine de l'adoption par la Commission, en 1987, d'un « *Vade-mecum* sur les marchés publics dans la Communauté » (40). Informatif et non contraignant, ce document systématise les exigences matérielles et procédurales dans l'attribution d'un marché qui résultent du régime des libertés de circulation. Pour le praticien, le *Vade-mecum* est aujourd'hui

(37) CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, *Rec.*, p. 649.

(38) *JOCE*, n° C 230 du 28 août 1987.

(39) La procédure dite de coopération (ex-article 252 du traité CE) avait été introduite par l'Acte unique puis étendue par le Traité de Maastricht à la plupart des matières législatives pour lesquelles le Conseil statue à la majorité (telles que le marché intérieur). Cette procédure oblige le Conseil à prendre en considération en deuxième lecture les amendements du Parlement européen adoptés à la majorité absolue, dans la mesure où ils ont été repris par la Commission. Son introduction a marqué la naissance d'un véritable pouvoir législatif pour le Parlement. La procédure de coopération a néanmoins perdu de son importance du fait de la généralisation de la procédure de codécision au titre du Traité d'Amsterdam.

(40) Communication de la Commission, *Vade-mecum sur les marchés publics dans la Communauté* (Édition provisoire dans l'attente que les nouvelles directives concernant les marchés publics soient arrêtées par le Conseil), *JOCE*, n° C 358/1 du 31 décembre 1987.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

d'une utilité limitée dans la mesure où les directives marchés adoptées subséquemment, et plus encore celles adoptées en 2014, sont très précises sur les exigences de publicité et les règles d'attribution. Néanmoins, il demeure pertinent comme paramètre d'interprétation lorsqu'un litige de commande publique met en cause directement une liberté de circulation, en dehors du champ des directives, notamment en présence d'un marché dont le montant est inférieur aux seuils et qui présente un intérêt transfrontalier certain.

C. *Marchés publics et contentieux des libertés de circulation*

17. Effet direct des libertés. Les méthodes d'interprétation développées par la Cour de justice dans le contentieux des libertés de circulation ont été logiquement suivies lorsque celle-ci a eu à connaître de litiges relatifs aux marchés publics. Par ses célèbres arrêts *Van Binsbergen* (41) et *Reyners* (42), la Cour reconnaît, respectivement, l'effet direct de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement. Il en résulte que ces libertés peuvent être invoquées dès lors qu'une situation se trouve être dans leur champ d'application et qu'il n'existe pas de norme de droit dérivé, procédant à une harmonisation, qui régit la matière. L'invocation du droit primaire peut ainsi servir comme palliatif à l'impossibilité d'invoquer une norme de droit dérivé. Sur ce fondement, la Cour a progressivement construit tout un bloc de jurisprudence relatif aux marchés publics, notamment dans des situations où la première directive (71/305) n'était pas applicable.

18. Applicabilité des libertés en présence d'un contrat qui échappe au champ des directives. Le régime contentieux des libertés de circulation a eu des conséquences décisives dans le champ de la commande publique : dans l'hypothèse où il n'y a pas d'acte de droit dérivé applicable, soit qu'il n'existe pas, soit que l'on se situe dans

(41) CJCE, 3 décembre 1974, *J.H.M van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33/74, *Rec.*, p. 1299.

(42) CJCE, 21 juin 1974, *Reyners c. Belgique*, aff. 2/74, *Rec.*, p. 631. À la différence des libertés d'établissement et de services, la reconnaissance de l'effet direct de la libre circulation des marchandises ne résulte pas d'un arrêt de principe, mais de plusieurs décisions concernant, successivement, le contentieux de la clause de *standstill* en matière de restriction quantitative (CJCE, 19 décembre 1961, *Commission c. Italie*, aff. 7/61, *Rec.*, p. 635), celui relatif à l'interdiction des nouveaux droits de douane (CJCE, 5 février 1963, *Van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3) et l'interdiction d'introduire de nouvelles restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent (CJCE, 19 décembre 1968, *Société par actions Salgoil c. Ministère du Commerce extérieur de la République italienne*, aff. 13/68, *Rec.*, p. 661).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

le champ d'une exclusion, les libertés de circulation demeurent invocables par un justiciable, dès lors que la situation se trouve être dans le champ d'application de celles-ci. En ce sens, avant que les contrats de concession ne fassent l'objet d'une directive spécifique (directive 2014/23), la Cour énonçait régulièrement qu'« en l'absence d'une telle réglementation, c'est à la lumière du droit primaire, et plus particulièrement des libertés fondamentales prévues par le traité que doivent être examinées les conséquences du droit communautaire relatives à l'attribution de telles concessions » (43). De même, en présence d'un marché situé sous les seuils des directives, ou qui leur échappe en raison d'une exclusion, il est solidement établi que l'existence d'une réglementation spéciale « ne diminue en rien le caractère général des interdictions que comporte l'article 30 [pour les marchandises] » (44).

Il en résulte que l'invocation des libertés de circulation dans le champ de la commande publique suppose que le litige concerné ne soit pas couvert par les dispositions des directives marchés (2014/24 et 2014/25) ou concessions (2014/23). Il s'agit là d'une règle générale d'articulation entre le droit primaire et le droit dérivé, posé de longue date par la jurisprudence européenne (45). De fait, la plupart des contentieux, tels que ceux relatifs aux modalités de publicité, aux critères de choix d'une offre, au *in house*, à l'exécution des marchés, au choix des procédures, sont liés au régime de ces directives. Mais l'invocation des libertés demeure pertinente dans plusieurs cas de figure.

19. Exemples. Deux affaires, célèbres en droit des marchés publics, sont illustratives du recours aux libertés de circulation :

- L'affaire dite de « *Dundalk* », jugée par la Cour de justice le 22 septembre 1988, caractérise l'utilisation de la libre circulation des marchandises (46). Dans ce litige, la Commission, à l'appui d'une procédure en constatation de manquement, reprochait à l'Irlande d'avoir laissé, pour un marché public de travaux pour l'approvisionnement en eau, une clause dans l'appel d'offres selon laquelle les canalisations devaient nécessairement être certifiées conformes à

(43) CJCE (gr. ch.), 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/03, pt 16.

(44) CJCE, 22 septembre 1988, *Commission c. Irlande*, aff. 45/87, pt 16.

(45) CJCE, 5 octobre 1977, *Tedeschi c. Denkavit*, aff. 5/77, *Rec.*, p. 1555 ; CJCE, 8 novembre 1979, *Firma Denkavit Futtermittel GmbH c. Ministre de l'Alimentation de Rhénanie-du-Nord-Westphalie*, aff. 251/78, *Rec.*, p. 3369, pt 14.

(46) CJCE, 22 septembre 1988, *Commission (soutenue par l'Espagne) c. Irlande (affaire dite de Dundalk)*, aff. 45/87, *Rec.*, p. 4958.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

une norme irlandaise, délivrée par l'Institut irlandais de recherches et de standardisation. Il en résultait l'impossibilité d'admettre des offres utilisant des conduites conformes à des normes non irlandaises mais présentant des garanties équivalentes. L'affaire est intéressante dans la mesure où elle ne peut être jugée sur le fondement de la directive régissant les marchés publics à l'époque (la première directive travaux 71/305) car son article 3 exclut les marchés publics de travaux, de distribution, de transport d'eau et d'énergie. Il en résulte un déplacement du cadre de l'analyse : c'est au regard de la libre circulation des marchandises (art. 30 TCEE) qu'il convient d'apprécier la restriction contenue dans cette clause. Le fait qu'un marché public de travaux concerne, au final, une prestation de services ne peut avoir pour conséquence de soustraire aux interdictions prévues par le traité une limitation des matériaux à utiliser et à inscrire dans un avis d'appel d'offres. Sans se référer à l'arrêt de principe *Dassonville* (47), qui fonde la définition des mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives, la Cour constate en l'occurrence que la clause litigieuse a pour conséquence « que des opérateurs économiques produisant ou utilisant des tuyaux équivalant à ceux dont la conformité aux normes irlandaises a été certifiée s'abstiennent de répondre à des appels d'offres » (48). Écartant les raisons impérieuses d'intérêt général maladroitement avancées par l'Irlande, liées à des raisons techniques de raccordement et à la protection de la santé, elle conclut logiquement à l'incompatibilité d'une telle clause discriminatoire dans l'appel d'offres d'un marché public de travaux.

- L'affaire dite du *Pont sur « Storebælt »* (49) caractérise l'utilisation combinée d'une directive, en l'occurrence la directive 71/305 relative aux marchés de travaux, et les dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises, d'établissement et de services. Confrontée, à la fois, à un avis de marché pour la construction d'un pont, qui contient une condition prévoyant l'utilisation la plus large possible de matériaux, de biens de consommation et de main-d'œuvre nationaux et au fait que le pouvoir adjudicateur retienne pour les négociations un soumissionnaire sur la base d'une offre

(47) CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.*, p. 837, pt 5 : « attendu que toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme une mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives ».

(48) Aff. 45/87, *op. cit.*, pt 19.

(49) CJCE, 22 juin 1993, *Commission c. Danemark*, aff. C-243/89, *Rec.*, p. I-3385.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

non conforme au cahier des charges, la Cour développe un raisonnement qui fait coexister la démonstration de l'incompatibilité de la clause locale sur le fondement du traité et la violation de la directive quant au déroulement de la procédure. Il s'agit là d'une clause « non conforme au droit communautaire, de nature à avoir une incidence tant sur la composition des différents consortiums que sur le contenu des offres soumises par les cinq consortiums présélectionnés. Il en résulte que la seule suppression de cette clause au stade ultime de la procédure ne saurait être considérée comme suffisante pour mettre fin au manquement allégué par la Commission » (50).

§ 2. – *L'identification des pratiques litigieuses sur le fondement des libertés de circulation*

20. Correspondance entre l'objet des contrats et le champ des libertés de circulation. Les marchés publics ou les concessions portent généralement sur la délivrance d'un bien (fournitures) ou la réalisation d'un bien immobilier ou d'un aménagement (travaux) ou encore sur des prestations de services d'une grande diversité : conseil (informatique, juridique), transports, prestations aux personnes, restauration, assistances… ; en d'autres termes, l'objet d'une commande publique correspond très souvent au champ matériel des libertés de circulation, qui est défini de manière autonome par la jurisprudence. Ainsi, la notion de « marchandises » est considérée comme « tout produit appréciable en argent et susceptible, comme tel, de former l'objet de transactions commerciales » (51), celle de « services » comme « les prestations fournies normalement contre rémunération » (52), celle d'« établissement » comme « la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État d'origine, et d'en tirer profit » (53).

21. Conséquences de l'application du régime contentieux des libertés de circulation. À défaut de pouvoir invoquer les directives, le recours aux libertés de circulation peut être efficace pour contester une règle ou une pratique interne, discriminatoire ou indistinctement

(50) *Ibid.*, pt 26.
(51) CJCE, 10 décembre 1968, *Commission c. Italie*, aff. 7/68, *Rec.*, p. 617.
(52) Art. 57 TFUE, précisé par CJCE, 30 avril 1974, *Giuseppe Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.*, p. 409.
(53) CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, *op. cit.*, pt 21 ; CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard*, aff. C-55/94, *Rec.*, p. 4165, pt 25.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

applicable, qui gêne ou freine l'accès d'un opérateur économique à un marché public. Conformément au régime général des libertés de circulation, les États doivent, en effet, supprimer les entraves à ces libertés sauf à pouvoir les justifier, soit sur le fondement de motifs reconnus par le traité, soit sur le fondement de raisons impératives (marchandises) ou impérieuses (services et établissement) d'intérêt général. Le régime des libertés de circulation s'est ainsi montré efficace pour identifier des pratiques restrictives (A) et pour reconnaître des motifs susceptibles d'être avancés par l'État pour les justifier (B).

A. *Les pratiques incompatibles avec les libertés économiques*

22. Exemples de mesures constitutives d'une entrave. Les pratiques considérées comme incompatibles doivent être dissociées suivant la nature de la liberté de circulation invoquée. Sur le fondement de la libre circulation des marchandises, la jurisprudence a reconnu comme constitutif d'une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative (54), prohibée par l'article 34 TFUE :

– le recours à des clauses dans des appels d'offres qui contraignent les candidatures à un marché à se référer à des normes nationales en omettant de mentionner « ou équivalent », ce qui permet de recourir à des normes substantiellement équivalentes dans d'autres États (55) ;
– l'exigence, posée dans une loi régionale, d'attribuer un minimum de marchés de fournitures à des entreprises de proximité, situées dans la même région (56) ;
– des dispositions qui réservent certains marchés à des opérateurs nationaux à titre exclusif (en dehors des hypothèses d'exceptions

(54) Au sens de l'arrêt *Dassonville*, aff. 8/74, *op. cit. :* « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme une mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives ».

(55) Aff. 45/87, *op. cit.* (affaire de *Dundlack*). Dès les premières directives relatives aux marchés publics, l'indication de marques ou de normes nationales a été prohibée, dès lors qu'une telle indication n'est pas accompagnée de la mention « ou équivalent », l'objet du marché ne pouvant pas être décrit autrement au moyen de spécifications suffisamment précises et parfaitement intelligibles pour tous les intéressés.

(56) CJCE, 20 mars 1990, *Du Pont de Nemours Italiana Spa c. Unità Sanitaria locale n° 2 di Carrara*, aff. C-21/88, *Rec.*, p. I-889, pt 11 : un tel régime préférentiel, « qui favorise les marchandises transformées dans une région déterminée d'un État membre, empêche les administrations et les organismes publics concernés de s'approvisionner pour une partie de leurs besoins auprès d'entreprises situées dans d'autres États membres. Dans ces conditions, il convient d'admettre que les produits originaires d'autres États membres sont discriminés par rapport aux produits fabriqués dans l'État membre en question et qu'il est ainsi fait obstacle au cours normal des échanges intracommunautaires ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

visées par les directives), avec pour conséquence d'empêcher un opérateur situé dans un autre État d'éliminer un produit usagé (57) ;

– plus généralement, les mesures qui excluent totalement ou partiellement les fournitures de produits importés ou qui les rendent plus difficiles ou plus onéreuses que celles de produits nationaux, c'est-à-dire les mesures qui empêchent, tacitement ou expressément, les fournitures de produits étrangers, qui en limitent, quantitativement ou qualitativement, l'utilisation ou qui subordonnent l'acceptation de ces produits à des conditions qualitatives ou techniques qui ne sont pas requises pour les fournitures de produits nationaux (58) ;
– à titre surabondant, l'atteinte à la libre circulation des marchandises a pu être admise pour appuyer un constat de violation d'une pratique nationale telle que le recours à un système informatique particulier pour que les opérateurs soumissionnent à un marché (59).

Sur le fondement de la libre prestation de services, la Cour a considéré que constituait une entrave :

– le fait pour un pouvoir adjudicateur de subordonner l'attribution d'un marché à un soumissionnaire ayant son siège dans un autre État membre à la condition que celui-ci soit en possession d'une autorisation d'établissement délivrée par le gouvernement de l'État adjudicateur (60) ;
– le fait, dans le cadre d'une concession, d'étendre une convention contraire au droit de l'Union sous la forme d'une attribution directe d'une concession de services ou d'un droit exclusif, notamment pour mettre fin à un litige survenu entre les parties concernées, pour des raisons totalement indépendantes de leur volonté, quant à la portée de cette convention (61) ;
– l'exigence par le pouvoir adjudicateur, au titre des critères d'attribution du marché, d'une clause sociale ou environnementale qui est définie par renvoi à un label international mais sans définir les

(57) CJCE, 10 mars 1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage et autres c. Groupement d'intérêt économique « Inter-Huiles »*, aff. 172/82, *Rec.*, p. 556, pt 21 : « Même si l'agrément accordé par un État membre devait être considéré comme l'octroi d'un droit exclusif au sens de l'article 90, § 1, du traité CEE, ceci ne dispenserait pas pour autant cet État membre de respecter les autres dispositions du droit communautaire et, plus particulièrement, celles qui concernent la libre circulation des marchandises […] ».

(58) *Vade-mecum sur les marchés publics dans la Communauté*, 1987, *op. cit.*

(59) CJCE, 24 janvier 1995, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-359/93, *Rec.*, p. I-168, pt 27.

(60) CJCE, 10 février 1982, *SA Transporoute et Travaux c. Ministère des Travaux publics du Grand-duché de Luxembourg*, aff. 76/81, *Rec.*, p. 418, pt 7.

(61) CJUE, 14 novembre 2013, *Belgacom NV*, aff. C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736, pt 40.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

conditions d'attribution du label ni permettre la fourniture de services équivalents aux exigences de celui-ci (62) ;

– plus généralement, les restrictions qui résultent de dispositions ou de pratiques qui, bien qu'applicables sans condition de nationalité, gênent cependant exclusivement ou principalement l'activité professionnelle des ressortissants des autres États membres. Les spécifications techniques ayant un effet discriminatoire sont notamment à ranger dans cette catégorie lorsqu'elles ne sont pas justifiées par l'objet du marché (63).

B. *Les possibilités de justifications*

23. Régime des justifications. En droit du marché intérieur, le régime des libertés de circulation s'est construit sur la dialectique de l'entrave et de la justification. Lorsqu'une pratique ou une disposition interne constitue une entrave, discriminatoire ou indistinctement applicable, celle-ci doit toujours pouvoir être justifiée. Au fil du temps, la jurisprudence a procédé à un élargissement des possibilités de justification au profit des États, qui va de pair avec une extension de la notion d'entrave aux échanges. Aux justifications limitativement prévues par le traité, et reconnues aux articles 36 TFUE (marchandises) et 52 TFUE (services et établissement) (1), se sont ajoutés des motifs de justification plus contemporains, rattachés à la catégorie des exigences impératives (dans le contentieux des marchandises) ou impérieuses d'intérêt général (pour les autres libertés de circulation). Ces justifications, bien que souvent mobilisées par les États, ont été limitativement reconnues par la Cour dans le champ de la commande publique (2).

1) *Les justifications fondées sur le traité*

24. Nature des motifs. Sur le fondement du traité, l'article 36 TFUE énonce une liste exhaustive de motifs propres à la liberté de circulation des marchandises (64), tandis que l'article 52 TFUE identifie trois

(62) Voy, par analogie, l'affaire dite du « *Label Max Havelaar* », CJUE, 10 mai 2012, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284.

(63) *Vade-mecum sur les marchés publics dans la Communauté*, 1987, *op. cit.*

(64) Il s'agit des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Les interdictions ou restrictions fondées sur ces motifs ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

motifs dans le champ de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement : ordre public, sécurité publique et santé publique. S'y ajoute une exception plus générale pour les activités participant dans un État « à l'exercice de l'autorité publique » (art. 51 TFUE).

25. Sécurité publique et marchés de fournitures. En matière de marchandises, sur le fondement de l'article 36 TFUE, la Cour a admis avec précaution la possibilité pour un État d'invoquer l'ordre public et la sécurité publique, pour justifier, dans le cadre d'un marché de fournitures en pétrole, une part d'exclusivité auprès d'un seul opérateur (une raffinerie implantée dans l'État). Dans l'arrêt *Campus Oil*, elle admet qu'il « y a lieu de considérer que le but d'assurer, en tout temps, un approvisionnement minimal en produits pétroliers dépasse des considérations de nature purement économique et peut donc constituer un objectif couvert par la notion de sécurité publique ». Un tel système d'exclusivité doit toutefois remplir les exigences de la proportionnalité et ne pas conduire à un système d'obligation d'achat qui dépasserait le fonctionnement des services publics essentiels » (65).

26. Participation à l'autorité publique. Dans le cadre de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, les États ont cherché à justifier des attributions directes de marchés pour des raisons tirées de la participation à l'autorité publique, en lien avec la protection des intérêts essentiels de l'État. Ce motif a été écarté dans une affaire *Commission c. Italie* (66) mettant en cause la compatibilité avec la libre prestation de services et la liberté d'établissement, d'une législation réservant aux seules sociétés dans lesquelles l'État ou le secteur public détient une participation majoritaire la possibilité de conclure des conventions relatives à la réalisation de systèmes informatiques pour le compte de l'administration publique.

(65) CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited*, aff. 72/83, *Rec.*, p. 2730, pt 35.

(66) CJCE, 5 décembre 1989, *Commission c. République italienne*, aff. C-3/88, *Rec.*, p. I-4035, pt 13 : « Il convient de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour (voy. arrêt du 21 juin 1974, *Reyners*, 2/74, *Rec.*, p. 631), l'exception à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services prévues par l'article 55, alinéa 1, et par l'article 66 du traité CEE doit être restreinte à celles des activités visées par les articles 52 et 59 qui, par elles-mêmes, comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique. Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce, étant donné que les activités en cause concernant la conception, le logiciel et la gestion de systèmes informatiques sont de nature technique et, partant, étrangères à l'exercice de l'autorité publique ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

27. Motif de santé publique. Plus délicate est l'appréciation du motif tiré de la protection de la santé publique, qui est à la fois prévue par le traité et conçue comme une raison impérieuse d'intérêt général. Dans son arrêt *Contse*, relatif à un marché public de services sanitaires pour des thérapies respiratoires à domicile, la Cour a envisagé que le motif de la santé puisse justifier des aménagements particuliers requis du soumissionnaire (en terme de disponibilité) ; toutefois, une restriction telle que l'exigence d'une implantation physique sur un territoire donné est une atteinte disproportionnée, de même qu'un critère d'attribution du marché fondé sur une telle installation n'est pas apte à remplir l'objectif de protection de la santé (67).

2) *Les exigences impératives et impérieuses d'intérêt général*

Ces exigences ont une fonction d'ajustement : elles permettent au juge de faire évoluer le cadre de justification des entraves aux libertés de circulation, en reconnaissant, au cas par cas, des motifs de justification qui rendent compte de besoins sociétaux. Dans le champ des marchés et des concessions, trois directions ressortent de la jurisprudence : le rejet des motifs à caractère économique (a), l'admission de motifs spécifiques pour les concessions de jeux (b) et une tendance récente à l'admission de motifs de solidarité (c).

a) Rejet des motifs à caractère économique

28. Apport historique de la décision « Cassis de Dijon » et régime des exigences impératives. Par son célèbre arrêt *Cassis de Dijon* (68), la Cour a reconnu que des obstacles à la circulation intracommunautaire peuvent être acceptés dans la mesure où ils peuvent être reconnus comme nécessaires pour « satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs ». Reconnue dans le cadre de la libre circulation des marchandises, cette nouvelle voie de justification a par la suite été étendue à la libre prestation de services (69), d'établissement (70), mais également à la libre circulation

(67) CJCE, 27 octobre 2005, *Contse SA e.a. c. Ingesa*, aff. C-234/05, *Rec.*, p. I-9315.
(68) Aff. 120/78, *op. cit.*, dit « *Cassis de Dijon* ».
(69) CJCE, *Manfred Säger*, aff. C-76/90, *op. cit.*, pt 15.
(70) CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus c. Land Baden-Württenberg*, aff. C-19/92, *Rec.*, p. I-1663, pt 32.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

des capitaux (71). Telles qu'elles ont été conçues, du moins dans la logique qui était suivie dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, les exigences impératives (dans le contentieux des marchandises) ou impérieuses (pour les autres libertés) ne sont censées être prises en considération qu'à l'égard de mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés. Cette admission des exigences, qui a été précisée par l'affaire dite des « *Souvenirs d'Irlande* » (72), implique qu'une mesure présentant un caractère discriminatoire ne puisse être justifiée au titre de ces exigences impératives. À ce titre, dans l'affaire *Du Pont de Nemours Italiana*, qui mettait en cause une réglementation nationale réservant aux entreprises implantées dans certaines régions du territoire national un pourcentage des marchés publics de fournitures, le juge a refusé l'invocation d'une exigence impérieuse compte tenu du caractère manifestement discriminatoire de ladite mesure (73).

29. Rareté des admissions du fait de la prohibition des motifs à caractère économique. Dans le contentieux des marchés publics, le recours aux exigences impératives n'est guère évident car il vient généralement à l'appui de contentieux où les autorités publiques cherchent à justifier des attributions directes de marché, de nature à constituer une violation évidente des libertés de circulation et du principe de transparence. Certains avocats généraux ont d'ailleurs considéré que l'invocation des exigences impératives doit être associée à des circonstances exceptionnelles (74). Dès lors, la reconnaissance de justifications sur ce fondement est relativement limitée. La Cour a explicitement rejeté des exigences impératives invoquées par les États pour justifier des attributions directes ou des régimes préférentiels, telles que la nécessité de développer des mesures de soutien

(71) CJCE, 23 février 1995, *Procédures pénales c. Aldo Bordessa e.a.*, aff. jtes C-358/93 et C-416/93, *Rec.*, p. I-361, pt 19.

(72) CJCE, 17 juin 1981, *Commission c. Irlande*, aff. 113/80, *Rec.*, p. 1625. Était en cause dans cette affaire une législation irlandaise qui subordonnait l'accès au marché national de certains souvenirs (des bijoux, des pièces ornementales), importés d'autres États, à la condition que soit apposée à ceux-ci une mention d'origine qui n'est pas exigée des produits nationaux.

(73) CJCE, 20 mars 1990, *Du Pont de Nemours Italiana SpA*, aff. C-21/88, *op. cit.*, pt 15.

(74) En ce sens, les conclusions de l'Avocat général L.A. GEELHOED, présentées le 28 septembre 2006 dans l'affaire *Asemfo* (*Asociación Nacional de Empresas Forestales*, aff. C-295/05), pt 118 : « Une exception n'est possible que lorsque des exigences impératives d'ordre public permettent de justifier que des commandes directes soient adressées à un organe instrumental propre, même lorsque ces commandes ne relèvent pas de ses missions légales ou statutaires. Il peut s'agir, par exemple, de catastrophes naturelles ou de circonstances exceptionnelles comparables, susceptibles de requérir l'intervention immédiate de tous les moyens dont une administration dispose ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

à finalité régionale (75). Plus généralement, et en cohérence avec le régime propre aux exigences impératives, celles-ci sont écartées toutes les fois où elles présentent un motif économique, dès lors que « des motifs de nature économique ne sauraient être admis en tant que raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité » (76). En matière de concessions, doit être comprise comme un intérêt économique la mise en avant de l'intérêt des consommateurs, lorsqu'une concession bénéficie à un cercle restreint, abonnés ou clientèle spécifique (77).

b) Motifs propres au régime des concessions de jeux

30. Marge de manœuvre des États dans le contentieux des jeux de hasard. À la marge des marchés publics *stricto sensu*, les exigences impérieuses d'intérêt général qui ont été dégagées dans des litiges relatifs aux concessions de jeux de hasard ou aux monopoles exclusifs peuvent être pertinentes. Dans le contexte propre à cette activité, la Cour a en effet admis qu'un certain nombre de raisons impérieuses d'intérêt général, telles que notamment les objectifs de protection des consommateurs, de prévention de la fraude et de l'incitation des citoyens à une dépense excessive liée au jeu, ainsi que de prévention de troubles à l'ordre social au regard de particularités d'ordre moral, religieux ou culturel, peuvent justifier une restriction sous la forme d'un monopole ou d'une concession exclusive (78). La reconnaissance de ces motifs est consubstantielle à l'existence d'importantes divergences entre les États en matière de réglementation des jeux de hasard, laquelle justifie, aux yeux du juge, la nécessité de reconnaître aux États « un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne le choix du niveau de protection des consommateurs et de l'ordre social qu'ils considèrent le plus approprié » (79). Expression

(75) Aff. C-21/88, *Du Pont de Nemours Italia*, *op. cit.* et les *conclusions* de l'Avocat général Otto Lenz présentées le 28 novembre 1989, pt 45.

(76) CJUE, 16 février 2012, *Marcello Costa et Ugo Cifone*, aff. jtes C-72/10 et C-77/10, ECLI:EU:C:2012:80, pt 59.

(77) Tel est le cas en matière de télécoms, CJUE, 14 novembre 2013, *Belgacom NV*, aff. C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736, pt 42.

(78) Parmi une jurisprudence très abondante, CJCE, 21 septembre 1999, *Markku Juhani Läärä*, aff. C-124/97, *Rec.*, p. I-6104 ; CJCE (gr. ch.), 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, aff. C-42/07, ECLI:EU:C:2009:519, pts 66, 67 et 72.

(79) CJUE, 12 juin 2014, *Digibet et Albers*, aff. C-156/13, ECLI:EU:C:2014:1756, pt 24 ; CJUE, 22 janvier 2015, *Stanley International Betting Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze*, aff. C-463/13, ECLI:EU:C:2015:25, pts 51 et 52.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

tangible de la spécificité des jeux, la Cour reconnaît que ces raisons impérieuses répondent à des nécessités d'ordre administratif et de contrôle, alors que celles-ci sont usuellement écartées pour justifier des restrictions (80).

31. Régime spécifique des concessions de jeux. La marge de manœuvre ainsi reconnue a pour effet d'admettre des dispositifs qui sont *a priori* restrictifs dans l'exercice des libertés économiques, à savoir le régime du monopole et celui de la concession de jeux. Il s'agit là de deux formes d'encadrement qui diffèrent. Dans le cas du monopole, la délivrance des jeux est réservée à une entité unique, dotée d'un statut de droit public ou para public (sous contrôle de l'État), l'accès au marché des jeux étant par ailleurs interdit à tout autre opérateur. Ce cas de figure ne concerne pas directement la commande publique et a été reconnu par la Cour dans un contexte spécifique, lié au caractère caritatif de l'entité exclusive (81). En revanche, les concessions de jeux sont plus proches des problématiques propres aux contrats publics. Elles renvoient, de manière générale, à un régime d'exclusivité par lequel une autorité publique confie à un ou plusieurs opérateurs privés le soin de fournir des jeux (avec une implantation physique tel un casino ou sous forme d'achat en ligne), à charge pour lui de supporter les risques liés à son activité. Ces concessions ne sont pas des marchés publics : dans la mesure où le titulaire de la concession assure directement et intégralement le risque lié à l'exploitation des jeux, ce type de contrat caractérise le modèle concessif au sens du droit de l'Union (82). Elles entrent d'ailleurs dans la définition de la concession qui résulte de la directive 2014/23 (83). Par ailleurs, leur régime rejoint celui des autorisations au sens de la directive sur les services, en ce qu'elles constituent des actes formels, quelle que soit leur qualification en droit national, devant être obtenus par les prestataires, auprès des autorités nationales, afin de pouvoir exercer une activité économique. Il en résulte que ces mêmes autorités doivent s'assurer du respect de garanties

(80) *Arblade e.a.*, aff. C-369/96 et C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575, pt 37.

(81) CJCE (gr. ch.), 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, *Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *op. cit.* L'arrêt a nourri de nombreux commentaires.

(82) CJUE, 8 septembre 2016, *Domenico Politanò*, aff. C-225/15, ECLI:EU:C:2016:645, pts 31 et 32.

(83) Voy., sur la définition de la concession, deuxième partie (n°s 203 et s.).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

procédurales au profit du demandeur d'une telle concession (telles qu'elles résultent des principes fondamentaux) et peuvent appliquer, à l'égard de ces opérateurs, des critères proches de la commande publique, tels que des exigences d'aptitude et des motifs d'exclusion (84).

32. Jurisprudence *Sporting Exchange*. En présence d'une concession de jeux, telle qu'un agrément donné à un établissement, pour une durée limitée (un casino par exemple sur une commune, ou un opérateur dédié pour des jeux en ligne sur le territoire national), la Cour a distingué, dans son arrêt *Sporting Exchange*, entre l'attribution d'un agrément, qui permet d'accéder au marché des jeux et l'attribution du marché lui-même, pour une catégorie spécifique de jeux (par exemple les paris sportifs). À suivre son raisonnement, « il importe de distinguer les effets de l'ouverture d'une concurrence dans le marché des jeux de hasard, dont la nature préjudiciable est susceptible de justifier une restriction à l'activité des opérateurs économiques, de ceux de l'ouverture d'une concurrence pour l'attribution du marché concerné. Le caractère préjudiciable de l'instauration d'une concurrence dans le marché, c'est-à-dire entre plusieurs opérateurs qui seraient autorisés à exploiter un même jeu de hasard, provient du fait que ces derniers seraient conduits à rivaliser d'inventivité pour rendre leur offre plus attrayante et, de cette manière, à augmenter les dépenses des consommateurs liées au jeu ainsi que les risques de dépendance de ces derniers. En revanche, de telles conséquences ne sont pas à craindre au stade de la délivrance de l'agrément » (85).

Dès lors, lorsqu'est en cause le renouvellement d'un agrément au profit d'un opérateur unique, une restriction à la libre prestation de service peut être considérée comme justifiée si l'État membre procède à ce renouvellement au profit d'un opérateur soumis à un contrôle étroit pour garantir le respect des exigences impératives, propres aux jeux, et précédemment énoncées (86). Il faut toutefois que l'attribution initiale des concessions ait respecté les exigences du principe de transparence, par des mesures de publicité (appel d'offres) et une

(84) Tel que par exemple la production de déclarations émanant d'établissements bancaires pour justifier la capacité économique et financière et contrôler l'origine des fonds ; en ce sens, CJUE, *Domenico Politanò*, aff. C-225/15, *op. cit.*, pt 47.

(85) CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exhange*, aff. C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307, pt 58.

(86) *Ibid.*, pt 59.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

impartialité dans le traitement des demandes (87). En revanche est incompatible un régime de prorogation automatique d'une concession – telle qu'une concession pour l'exploitation d'une plage – en dehors du champ spécifique des jeux (88).

33. Régimes restrictifs. En s'appuyant sur les exigences impératives, la Cour a admis la compatibilité de législations ou de réglementations internes par lesquelles les États soumettent l'attribution ou le renouvellement des concessions à des exigences spécifiques. Tel est par exemple le cas :

– de l'exigence d'une autorisation de police, en plus d'une concession délivrée par l'État, pour exercer une activité de jeux de hasard (courses hippiques) (89) ;
– de la limitation du nombre de concessions, afin que les consommateurs se déplacent pour se rendre dans les locaux pour pouvoir participer aux jeux de hasard (90) ;
– de la limitation dans le temps de la durée des concessions, la durée de quinze ans ayant été jugée proportionnée et suffisante pour permettre un retour sur investissement (91) ;
– d'une législation interne qui prévoit l'organisation d'un nouvel appel d'offres portant sur des concessions d'une durée inférieure à celle des concessions précédemment octroyées en raison d'une réorganisation du système au moyen d'un alignement temporel des échéances des concessions ; cette réorganisation étant justifiée par les objectifs légitimes de la réduction des occasions de jeux ou de la lutte contre la criminalité liée à ces jeux (92).

c) Vers une prise en compte renforcée d'impératifs de solidarité ?

34. Apport de l'arrêt *Azienda Sanitaria locale*. Il convient de souligner une tendance, récente, favorable à l'admission de

(87) CJUE, 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, aff. C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506, pt 50.

(88) CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl c. Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro*, aff. jtes C-458/14 et C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, pt 74.

(89) CJUE, 12 septembre 2013, *Daniele Biasci e.a. c. Ministero dell'Interno*, aff. jtes C-660/11 et C-8/12, ECLI:EU:C:2013:550, pts 24 à 29.

(90) CJUE, 8 septembre 2010, *Carmen Media Group Ltd c. Land Schleswig-Holstein*, aff. C-46/08, *Rec.*, p. I-8149, pt 84.

(91) CJCE, 9 mars 2006, *Commission c. Espagne*, aff. C-323/03, *Rec.*, p. I-2161, pt 45.

(92) CJUE, 22 janvier 2015, *Stanley International Betting Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze*, aff. C-463/13, *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

certaines exigences impérieuses au nom d'impératifs de solidarité. L'arrêt *Azienda Sanitaria locale*, prononcé le 11 décembre 2014 (93), mérite ici une attention particulière. Si la position suivie par la Cour dans cette espèce se confirmait – ce qui se dégage d'un arrêt confirmatif *Casta* du 28 janvier 2016 (94) – il pourrait s'agir d'une inflexion significative dans le régime des libertés de circulation, en lien avec le droit des marchés publics. Le litige met en cause, en Italie, l'attribution de marchés de fournitures de services de transport sanitaire d'urgence et d'extrême d'urgence, dont les montants se situent sous les seuils des directives. Ils doivent, dès lors, respecter les articles 49 TFUE et 56 TFUE, ainsi que le principe de transparence qui en découle. Saisie par le Conseil d'État italien, la Cour est amenée à se prononcer sur la compatibilité d'une loi nationale qui permet à des autorités publiques d'attribuer directement le marché à des associations de bénévolat, notamment à la Croix Rouge, dans le cadre d'un conventionnement.

De manière inédite, la Cour admet la compatibilité de ce dispositif en mobilisant des raisons impérieuses préalablement reconnues en matière de mobilité des patients et d'accès aux soins. En dissociant le champ des libertés de circulation et le cadre de la répartition des compétences, le juge mobilise, dans cette affaire inédite, des raisons telles que le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale, le maintien d'un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous, ainsi que la préservation d'un système d'assistance sociale à finalité exclusivement sociale (95). Bien que l'attribution directe soit une atteinte évidente au principe de transparence, elle peut être justifiée sur le fondement de ces

(93) CJUE, 11 décembre 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino »*, *Associazione nazionale pubblica assistenza (ANPAS) – Comitato regionale Liguria*, *Regione Liguria c. San Lorenzo Soc. coop. sociale*, *Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440. A.-L. Durviaux, « L'attribution directe de services de transports sanitaires à des organismes de bénévolat », *RTDE*, 2015, n° 2, p. 389.

(94) CJUE, 28 janvier 2016, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) c. Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4)*, aff. C-50/14, ECLI:EU:C:2016:56.

(95) Il s'agit là, pour l'essentiel, des mêmes raisons que celles qui ont été mobilisées dans le contentieux de l'accès aux soins transfrontaliers, depuis les célèbres arrêts CJCE, 28 avril 1998, *Raymond Kohll c. Union des caisses de maladie*, aff. C-158/96, *Rec.*, p. I-1931 ; CJCE, 28 avril 1998, *Nicolas Decker c. Caisse de maladie des employés privés*, aff. C-120/95, *Rec.*, p. I-1831. Voy. St. de La Rosa, « The Directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law », *CMLR*, vol. 49, n° 1, pp. 15-46.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

raisons spécifiques. Il y a dans le raisonnement du juge une filiation évidente avec le raisonnement développé dans des affaires liées à la santé, telles que le régime d'ouverture des pharmacies ou les règles d'établissement pour une clinique. Ainsi que la Cour le rappelle, « si le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence dont disposent les États membres pour aménager leurs systèmes de santé publique et de sécurité sociale ; dans l'exercice de cette compétence, les États ne peuvent pas introduit des restrictions injustifiées à l'exercice des libertés fondamentales dans le domaine des soins […] toutefois, il doit être tenu compte du fait que la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le traité, et qu'il appartient aux États membres, qui disposent d'une marge d'appréciation, 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 » (96). Le conventionnement adopté en Italie suppose toutefois que le caractère non lucratif des associations de bénévolat soit clairement établi et qu'il n'ouvre pas la voie à un abus de droit.

Un tel raisonnement, qui conduit à appliquer aux marchés publics les raisons impérieuses d'intérêt général reconnues dans d'autres branches du marché intérieur, doit être approuvé. Il permet de préserver la spécificité d'un système national d'assistance sociale fondé sur la solidarité et l'implication des citoyens par le bénévolat (97). Il permet, surtout, de veiller à un meilleur équilibre entre l'intégration économique et la sauvegarde des dispositifs nationaux et locaux de solidarité. Cet équilibre, nécessaire pour garantir l'accès aux droits sociaux auxquels l'Union prétend garantir l'accès, implique une évolution du raisonnement dans le contentieux des libertés de circulation, notamment par une mobilisation plus fréquente de certaines exigences impérieuses d'intérêt général (telles que celles de l'espèce, en lien avec la solidarité et l'équilibre du système de sécurité sociale) (98), afin d'admettre des crans d'arrêt au champ matériel des

(96) Aff. C-113/13, *op. cit.*, pts 55 et 56.

(97) Aff. C-113/13, *op. cit.*, pt 59. Ce qui est au demeurant cohérent avec la Constitution italienne dont l'article 18 prévoit que les citoyens, agissant individuellement ou en association, participent aux activités d'intérêt général avec l'appui des autorités publiques, sur la base d'un principe de subsidiarité.

(98) St. de La Rosa, « La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l'Union européenne », in Ch. Boutayeb (dir.), *La solidarité en droit européen*, coll. Thèmes et Commentaires, Paris, Dalloz, 2011, pp. 165-190.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

libertés de circulation (99). En d'autres termes, il convient de reconnaître, dans certains cas, un retrait du marché pour admettre la fourniture de biens ou de services en lien avec les besoins fondamentaux de la population.

Section 2. – La consécration de principes fondamentaux de la commande publique

35. Égalité, non-discrimination, transparence. Le cœur de la construction prétorienne en matière de commande publique repose sur un bloc de principes qualifiés par le juge de principes fondamentaux de la commande publique (100). Ces principes sont désormais formellement reconnus par les directives ; pour les concessions, la directive 2014/23 prévoit que « les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent de manière transparente et proportionnée » (101) ; pour les marchés publics, les directives 2014/24 et 2014/25 affirment que leur passation par les autorités des États doit être conforme aux principes du traité, aux libertés de circulation et aux principes qui découlent de celles-ci « comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence » (102).

36. Large applicabilité. Depuis l'arrêt de principe *Telaustria* (103), le cadre fondamental de la commande publique est ainsi associé à trois grands principes : égalité, non-discrimination et transparence des

(99) En ce sens, l'affaire *Spezzino* peut être rattachée à la recherche d'une catégorisation, dans le raisonnement juridictionnel, de la notion générale d'économie sociale de marché. Elle illustre certainement une volonté du juge de chercher un équilibre entre l'intégration économique et des impératifs sociaux ; voy. F. Martucci, « Faut-il des catégories de l'économie sociale de marché ? », in B. Bertrand (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 331-360. En revanche, il ne s'agit pas pour autant d'un blanc-seing de la Cour pour reconnaître l'attribution directe des marchés dans le secteur social : si une telle attribution peut être admise, ce qui n'est qu'à la condition qu'elle soit associée à un conventionnement connu à l'avance (pour une interprétation plus large de la portée de l'arrêt *Spezzino*, voy. R. Caranta, « After Spezzino (Case C-113/13) : A Major Loophole Allowing Direct Awards in the Social Sector », *EPPPL*, 2016/1, pp. 14-21.

(100) Voy. l'analyse globale proposée par D. Dero-Bugny, « Marchés publics. Principes fondamentaux du Traité », *JurisClasseur Europe*, fasc. 1050, 2012.

(101) Directive 2014/23, art. 3.

(102) Directives 2014/24 et 2014/25, cons. 1.

(103) CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, aff. C-324/98, *Rec.*, p. I-10770.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

procédures. La compréhension du contenu et de la portée de ces principes est essentielle, non seulement car ils sont sous-jacents à l'ensemble des procédures et des règles reconnues par le droit de l'Union, mais également car ils s'appliquent aux contrats qui se situent sous les seuils de passation formalisée. À cet égard, la Cour utilise de manière récurrente la formule selon laquelle « la passation des marchés qui, eu égard à leur valeur, ne relèvent pas du champ d'application de ladite directive est néanmoins soumise aux règles fondamentales et aux principes généraux du traité FUE, en particulier aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi qu'à l'obligation de transparence qui en découle, pour autant que ces marchés présentent un intérêt transfrontalier certain » (104).

Cette formule met clairement en évidence l'importance du droit de l'Union dans le droit de la commande publique, au-delà du champ matériel des directives. La compréhension de l'influence des principes suppose de revenir sur leur origine (§ 1), leurs conditions d'applicabilité (§ 2), leur contenu (§ 3) et leur portée vis-à-vis des droits nationaux (§ 4).

§ 1. – *L'origine des principes fondamentaux*

Progressivement définis par la Cour (A), les principes fondamentaux de la commande publique forment un cadre de référence et d'analyse incontournable dans l'ensemble des litiges de commande publique portés à sa connaissance (B).

A. *Une reconnaissance jurisprudentielle progressive*

37. Une application sectorielle des principes généraux d'égalité et de non-discrimination. La reconnaissance des principes fondamentaux est indissociable de l'interprétation par la Cour des dispositions du droit primaire en matière de libre prestation de services et de liberté d'établissement, lesquelles sont considérées, selon une jurisprudence bien établie, comme des applications sectorielles des principes plus

(104) Voy. par exemple, CJUE, 15 mai 2008, *SECAP et Santorso*, aff. C-147/06 et C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277, pts 20 et 21 ; CJUE, 11 décembre 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino » e.a.*, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pts 45 et 46 ; CJUE, 18 décembre 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, aff. C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469, pt 32, CJUE, 16 avril 2015, *Enterprise Focused Solutions*, aff. C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228, pt 16 ; CJUE, ord., 7 juillet 2016, *H.M. c. ADFI*, aff. C-129/15, ECLI:EU:C:2016:540, pt 27.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

généraux d'égalité et de non-discrimination (105). Bien que la systématisation des trois principes fondamentaux soit associée à l'arrêt *Telaustria*, leur reconnaissance a été esquissée dans des affaires antérieures. Inscrite dès le traité instituant la CEE en 1957 (art. 7 TCEE) et figurant désormais à l'article 18 TFUE (106), l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité fait figure de principe central en droit de l'Union. Invocable dans des relations verticales et horizontales (et donc à ce titre doté d'un effet direct plénier) (107), il est envisagé dans une double perspective, à la fois comme le fondement de l'interdiction de l'ensemble des formes de discriminations, ostensibles ou déguisées (et donc comme prohibant le recours à des critères qui, d'apparence neutre car non liés à la nationalité, aboutissent en fait au même résultat) (108) et comme la justification de traitements différenciés, lorsque des situations ne sont pas comparables (109).

38. Lien entre les principes du traité et le principe de transparence. Ces principes classiques en droit de l'Union présentent la spécificité, dans le contentieux de la commande publique, de servir de fondement et de justification à une obligation plus générale de transparence. Le point de départ de cette reconnaissance est l'arrêt *Unitron Scandinavia et 3-S*, qui précède légèrement la décision *Telaustria*, où la Cour reconnaît une obligation de transparence qu'elle déduit du principe de non-discrimination. Saisie à

(105) Le principe général d'interdiction de toute discrimination, inscrit à l'article 18 TFUE (art. 12 TCE) n'a vocation à s'appliquer de manière autonome que dans des situations régies par le droit de l'Union pour lesquelles le traité ne prévoit pas de règles spécifiques de non-discrimination ; en ce sens, CJCE, 30 mai 1989, *Commission c. Grèce*, aff. C-305/87, *Rec.*, p. I-1461 ; plus récemment, CJUE, 16 décembre 2010, *Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht*, aff. C-137/09, *Rec.*, p. I-13019, pt 51.

(106) Art. 18 TFUE : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ».

(107) CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. Association Union cycliste internationale*, aff. 36/74, *Rec.*, p. 1406, pt 17.

(108) CJCE, 29 octobre 1980, *Boussac c. Gertsenmeir*, aff. 22/80, *Rec.*, p. 3427, pt 9.

(109) Le principe de discrimination ouvre en ce sens un cadre de comparaison pour apprécier l'adéquation d'une mesure à une situation ; cette lecture contextuelle du principe est bien ancrée dans la jurisprudence : voy. par exemple CJCE, 17 juillet 1963, *Italie c. Commission*, aff. 13/63, *Rec.*, p. 337 (la discrimination matérielle peut consister non seulement dans le fait de traiter de manière différente des situations similaires, mais aussi dans le fait de traiter de manière identique des situations non similaires) et CJCE, 8 octobre 1980, *Überschär*, aff. 810/79, *Rec.*, p. 2747, pt 16 : le principe général d'égalité, dont l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité n'est qu'une expression spécifique, est un des principes fondamentaux du droit communautaire. Ce principe veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

titre préjudiciel d'un litige relatif aux conditions que doit respecter une entité adjudicatrice, soumise à la directive secteurs spéciaux, la Cour souligne que « le principe de non-discrimination en raison de la nationalité ne saurait être interprété restrictivement. Il implique, notamment, une obligation de transparence afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de son respect » (110).

39. Apport de l'arrêt *Telaustria*. L'apport majeur de l'arrêt *Telaustria* est d'avoir procédé à une montée en généralité, en associant le principe de transparence à un ensemble de contraintes procédurales pour le pouvoir adjudicateur. L'affaire intervient dans un contentieux opposant une société privée de télécommunication (*Telaustria*) et *Telekom Austria*, qui a succédé à la société nationale qui bénéficiait, comme dans la quasi-totalité des États de l'Union, du monopole des postes et des télécommunications. La première reproche à la seconde d'avoir méconnu les exigences du droit de l'Union lors de la conclusion du contrat visant à confier à un opérateur privé un service d'annuaire téléphonique tel que les pages blanches ou les pages jaunes. La difficulté de l'espèce, qui intervient dans un domaine (les télécoms) qui est alors couvert par la directive relative aux secteurs spéciaux, tenait à la nature du contrat en cause, dans la mesure où l'opérateur sollicité pour le service de l'annuaire devait être rémunéré sur les résultats de sa propre prestation. De manière relativement inédite, la Cour procède à une interprétation suivant une méthode exégétique (111) en se référant au déroulement de la négociation de la directive 93/38 relative aux marchés de services qui aurait pu être appliquée à l'espèce. Or, au regard de la volonté des États d'écarter expressément les concessions de service du champ des règles harmonisées, la Cour conclut à l'inapplication du droit dérivé au contrat litigieux (112).

Néanmoins – et c'est là une contribution essentielle de l'arrêt –, le fait que « de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive […], les

(110) CJCE, 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia A/S*, *3-S*, *Danske Svineproducenters Serviceselskab*, aff. C-275/98, *Rec.*, p. I-8305, pt 31.

(111) Laquelle consiste à interpréter le texte au regard du contexte de sa formation et de sa négociation, par opposition à une méthode d'interprétation littérale, qui privilégie la signification première des termes contenus dans le texte, ou à une méthode finaliste, courante en droit de l'Union, qui consiste à interpréter le texte au regard des objectifs généraux qu'il poursuit ou au regard des finalités globales du système dans lequel il s'inscrit.

(112) Aff. C-324/98, *op. cit.*, pts 50 à 53.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier ». De ce principe central, la Cour systématise une obligation de transparence, qu'elle avait préalablement esquissée, qui consiste « à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (113). Une telle interprétation du principe de transparence est cohérente avec la position défendue par l'Avocat général Fennelly, qui considérait que « le respect matériel du principe de non-discrimination fondé sur la nationalité exige que l'octroi d'une concession respecte un degré minimal de publicité et de transparence », la transparence étant entendue comme le fait d'assurer « l'impartialité et l'accessibilité fondamentales des procédures d'adjudication, particulièrement à l'égard des soumissionnaires potentiels qui ne sont pas établis dans l'État membre de l'entité adjudicatrice » (114). Le raisonnement suivi repose essentiellement sur une vue synthétique des règles de droit dérivé en matière de marchés publics, qui servent de source d'inspiration pour l'interprétation du droit primaire lui-même (115). Mais cette reconnaissance du principe de transparence s'accompagne d'une incertitude quant à sa portée, dans la mesure où, selon l'Avocat général, le respect de la transparence n'implique pas une application par analogie des dispositions des directives en matière d'adjudication (116). Il en résulte une gradation de l'exigence de publicité suivant le montant du contrat.

B. *La systématisation des principes fondamentaux*

40. Récurrence des principes. À partir de cet arrêt de principe, la jurisprudence va progressivement construire un système de formules, d'expressions, utilisées de manière récurrente dans les contentieux

(113) Aff. C-324/98, *op. cit.*, pt 62.

(114) Conclusions de l'Avocat général Nial Fennelly, présentées le 18 mai 2000, pt 43.

(115) U. Stelkens, « Vers la reconnaissance de principes généraux paneuropéens du droit administratif dans l'Europe des 47 ? », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Traité de droit administratif européen*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 713-740, spéc. p. 735.

(116) Aff. C-324/98, *op. cit.* : « La transparence vise, dans ce contexte, à assurer l'impartialité et l'accessibilité fondamentales des procédures d'adjudication, particulièrement à l'égard des soumissionnaires potentiels qui ne sont pas établis dans l'État membre de l'entité adjudicatrice. Cependant, cela n'implique pas que l'entité applique par analogie les dispositions des directives communautaires en matière d'adjudications les plus pertinentes. Il en résulte, ainsi que le mentionne le gouvernement autrichien, que la publicité ne doit pas nécessairement être assimilée à la publication ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de la commande publique. Ce type de raisonnement permet de privilégier la redondance de l'interprétation par laquelle la Cour assemble et compose des formules signifiantes et récurrentes. Ce raisonnement permet de produire des arguments dans un contexte donné au soutien d'une solution d'espèce (117). Dans le champ de la commande publique, deux formules vont se détacher.

41. Distinction entre champ des directives et champ des traités. En premier lieu, le raisonnement juridictionnel repose sur une distinction centrale entre, d'une part, le champ des directives et, d'autre part, le champ des traités et les principes fondamentaux qui en résultent. Le fait qu'un contrat échappe au champ des directives d'harmonisation relatives aux marchés publics – soit parce qu'il se situe sous leurs seuils, soit car il correspond à un type de contrat qu'elles ne couvrent pas – ne signifie pas pour autant que ledit contrat soit soustrait au champ du droit de l'Union. Dans la lignée de l'arrêt *Telaustria*, la Cour affirme en ce sens que « bien que certains contrats soient exclus du champ d'application des directives communautaires dans le domaine des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs les concluant sont, néanmoins, tenus de respecter les règles fondamentales du traité » (118). Cette formule est désormais récurrente et a été utilisée dans des contentieux liés à des concessions de services (119) – qui sont désormais couvertes par la directive 2014/23 –, mais également à l'occasion de litiges mettant en cause des marchés situés sous les seuils (120), voire en présence de contrats *ad hoc*, tels que des conventions d'aménagement, requalifiés de marchés publics au sens des directives (121). Par ce raisonnement, la Cour amplifie la portée des principes fondamentaux dans la

(117) Nous reprenons ici la compréhension du système de raisonnement de la Cour proposée par Loïc Azoulai, « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », in E. Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, série Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 341.

(118) CJCE, ord., 3 décembre 2001, *Bent Mousten Vestergaard*, aff. C-59/00, *Rec.*, p. I-9507, pt 20.

(119) Ainsi, récemment, CJUE, 14 novembre 2013, *Comune di Ancona c. Regione Marche*, aff. C-388/12, ECLI:EU:C:2013:734, pt 45 : « en l'absence de réglementation, c'est à la lumière du droit primaire et, plus particulièrement, des libertés fondamentales prévues par le traité FUE, que doit être examiné le droit applicable aux concessions de services ».

(120) Notamment dans le contentieux des marchés de services qualifiés par les directives 92/50 puis 2004/18 de non prioritaires, en principe non soumis aux obligations de publicité formalisée, mais néanmoins tenus de respecter les principes fondamentaux : CJCE, 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/09, *Rec.*, p. I-9797, pt 29 ; CJUE, 17 mars 2011, *Strong Segurança SA c. Município de Sintra*, aff. C-95/10, ECLI:EU:C:2011:161, pt 35.

(121) CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a. c. Commune de Roanne*, aff. C-220/05, pt 44.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

mesure où elle dissocie le champ d'application général du traité et le champ des règles harmonisées par les directives. Ce type d'approche fonde un cadre de justifications pour les pouvoirs adjudicateurs.

42. Imbrication systématique des principes. En second lieu, les formules mobilisées 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. Cette imbrication repose sur une prémisse relativement simple : dans la mesure où le principe de transparence fonde une obligation de publicité et, plus généralement, une obligation pour le pouvoir adjudicateur de communiquer sur un projet de marché ou une concession, l'absence de ces mesures tend nécessairement à défavoriser l'opérateur qui se situe dans un autre État. Ce raisonnement ressort très clairement de l'arrêt *Coname*, relatif à une concession, qui souligne que « l'attribution en l'absence de toute transparence [d'une concession] à une entreprise située dans ce dernier État membre est constitutive d'une différence de traitement au détriment de l'entreprise située dans l'autre État membre » (122). Dans la mesure où l'absence de transparence ne permet pas à l'entreprise établie dans un autre État de manifester son intérêt, il faut y voir, à suivre la Cour, une différence de traitement qui, en excluant toutes les entreprises situées dans un autre État membre, joue principalement au détriment de celles-ci. Cette différence est, par corollaire, assimilée à une discrimination indirecte selon la nationalité. Une telle association, qui est logique en soi, explique l'association permanente entre transparence et non-discrimination dans la jurisprudence.

Mais ce lien est souvent formulé de manière changeante. Tantôt l'obligation de transparence est présentée comme découlant « des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, dont la libre prestation des services garantie par l'article 56 TFUE exige le respect » (123) ; tantôt comme un principe qui est « impliqué par les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité » (124) ; tantôt encore comme le fait que l'attribution, en l'absence de toute transparence, à une entreprise située dans l'État membre dont relève le pouvoir adjudicateur est constitutive

(122) CJCE (gr. ch.), 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de' Botti*, aff. C-231/03, *Rec.*, p. I-7310, pts 17 et s.

(123) CJUE, 17 décembre 2015, *Union des syndicats de l'immobilier c. Ministre du Travail et Beaudout Père et Fils SARL c. Ministre du Travail*, aff. jtes C-25/14 et C-26/14, ECLI:EU:C:2015:191, pt 38.

(124) CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, pt 49.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

d'une différence de traitement au détriment des entreprises potentiellement intéressées dans un autre État membre (125). Ces formulations ne changent pas significativement la portée du principe de transparence et le fait qu'il soit directement issu des libertés économiques fondamentales. Pour le juge, elles permettent essentiellement d'adapter le raisonnement au litige présenté. Si le lien entre transparence et non-discrimination ressort clairement de la plupart des arrêts, tel n'est pas nécessairement le cas entre la transparence et le principe d'égalité. L'invocation, par le juge, du principe d'égalité est généralement diluée dans une démonstration portant sur l'existence d'une discrimination indirecte du fait de l'absence de transparence.

§ 2. – *La condition d'applicabilité des principes fondamentaux : l'intérêt transfrontalier certain*

Les principes fondamentaux de la commande publique ne sont applicables qu'à la condition que le contrat présente un intérêt transfrontalier certain. Il convient de s'attacher au sens de cette notion (A), puis d'en préciser les critères (B).

A. *La signification de l'intérêt transfrontalier certain*

43. Fonction. Traditionnellement, les libertés économiques consacrées par le traité ne trouvent à s'appliquer que dans l'hypothèse où il existe un facteur de rattachement à un État distinct de l'État d'origine. En droit du marché intérieur, cette exigence permet d'exclure du champ des libertés des situations qualifiées par la jurisprudence de « situations purement interne », qui se caractérisent par un cantonnement des rapports et des flux économiques au territoire national. À défaut d'établir un élément de rattachement avec le droit de l'Union, celui-ci ne s'applique pas (126). Le critère du rattachement des échanges, qu'il faut dissocier de celui de l'affectation des échanges utilisé en droit de la concurrence, est apprécié de manière libérale par le juge, afin d'étendre l'applicabilité des libertés de circulation (127).

(125) CJCE, 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/03, pt 30 ; CJCE, 17 juillet 2008, *ASM Brescia Spa c. Comune di Rodengo Saiano*, aff. C-347/06, ECLI:EU:C:2008:416, pt 59.

(126) Sur la notion de situation purement interne, voy. l'actualisation proposée par F. Martucci, « Situations purement internes et libertés de circulation », in E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, coll. Droit de l'Union européenne, série Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 43.

(127) Il en résulte, en retour, une appréciation rigoureuse de la notion de situation purement interne ; voy. les jurisprudences fondatrices : CJCE, 28 mars 1979, *La Reine c. Saunders*, aff. 175/78, *Rec.*, p. 1129 et CJCE, 7 février 1979, *Knoors c. Secrétaire d'État à l'économie*, aff. 115/78, *Rec.*, p. 399.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans le cadre des marchés publics, la jurisprudence et la pratique décisionnelle se sont initialement référées à cette exigence classique de rattachement. Ainsi, dans un arrêt *RI.SAN c. Comune di Ischia* (128), rendu dans le cadre d'un litige mettant en cause l'absence d'appel d'offres pour le choix d'un associé privé dans la constitution d'une société d'économie mixte (SEM) chargée d'une concession en matière de déchets, la Cour s'est référée à l'analyse classique du rattachement. Constatant que la société requérante ne se prévaut pas explicitement des libertés économiques et qu'elle n'opère qu'en Italie, la Cour exclut l'application du traité dans une situation « où tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre et qui, de ce fait, ne présente aucun élément de rattachement à l'une des situations envisagées par le droit communautaire dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services ». L'application des principes fondamentaux de la commande publique, déduits du droit primaire, est ici liée à celle de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement, donc à l'exigence de rattachement.

Progressivement, la jurisprudence de la Cour a cherché à autonomiser un critère propre au contentieux des marchés publics, afin de caractériser la spécificité de l'exigence de rattachement dans ce domaine. Il en a résulté une raréfaction des références à la notion de situation purement interne et la mise en avant d'un critère spécifique : l'intérêt transfrontalier certain du marché. La fonction de l'intérêt transfrontalier certain est de mesurer le degré d'ouverture du contrat aux flux d'échanges et, lorsqu'il n'est pas vérifié, d'exclure l'applicabilité du droit de l'Union. Il sert de paramètre général pour apprécier l'applicabilité du droit de l'Union à la matière (129). En l'absence d'un tel intérêt, les pouvoirs adjudicateurs ne sont plus dans le champ du droit de l'Union et donc soumis aux principes fondamentaux de la commande publique. Ils se trouvent dès lors déliés des

(128) CJCE, 9 septembre 1999, *RI.SAN Srl c. Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, *Rec.*, p. I-5219. Dans ses conclusions, l'Avocat général ALBER raisonne sous l'angle d'une situation purement interne : faute d'un élément transfrontalier, il faut considérer « une situation purement interne à un État membre, les règles de droit communautaire relatives à la liberté d'établissement ne sont en définitive pas applicables, de sorte qu'il n'est pas non plus possible de vérifier si la dérogation figurant à l'article 55 du traité est pertinente » (conclusions présentées le 18 mars 1999, pt 38). L'affaire *RI.SAN* est, à la connaissance de l'auteur, le seul cas où la Cour n'a pas répondu à une question préjudicielle en présence d'une affaire relative à un contrat public.

(129) Voy. l'étude systématique proposée par S. TREUMER, « Cross-border Interest and Application of EU Law Principles in the Public Procurement Context at National Level », in D. DRAGOS et R. CARANTA (dir.), *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaty ?*, Copenhague, DJOF, 2012, p. 335.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

obligations qui leur sont inhérentes, telles que la mise en œuvre d'une publicité adéquate et la garantie de l'impartialité. Les règles de publicité et de passation sont alors régies par le seul droit interne.

44. Reconnaissance progressive. C'est par son arrêt *Coname* (130) que la Cour a commencé à se référer à la spécificité du critère du rattachement dans le contentieux de la commande publique. Elle a souligné en ce sens que, dans certains cas, « en raison de circonstances particulières, telles qu'un enjeu économique très réduit », l'attribution d'un marché ne représente aucun intérêt pour les opérateurs économiques situés dans d'autres États membres. Dans ce cas de figure, « les effets sur les libertés fondamentales […] devraient […] être considérés comme étant trop aléatoires et trop indirects » pour justifier l'application du droit de l'Union (131). Dans la lignée de l'affaire *Coname*, la référence à « l'intérêt transfrontalier certain du marché » apparaît pour la première fois en 2007 dans un arrêt *Commission c. Irlande* : en présence d'un tel intérêt, « l'attribution, en l'absence de toute transparence, d'un marché à une entreprise située dans l'État du pouvoir adjudicateur est constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par ce marché » (132). Il en résulte, *a contrario*, que l'absence de cet intérêt conduit à une situation qui échappe au droit de l'Union et donc à l'obligation de se conformer au principe de transparence au sens de la jurisprudence *Telaustria*.

B. *Les critères de l'intérêt transfrontalier certain*

45. Pluralité d'indices. L'appréciation de l'intérêt est une opération délicate qui fait intervenir plusieurs indices. Après quelques hésitations, la formulation de ceux-ci est désormais clairement établie. Une première systématisation des critères figure dans l'arrêt *SECAP* relatif à un litige mettant en cause une législation italienne qui prévoyait le rejet automatique d'une offre anormalement basse sur la base d'une formule mathématique pour les marchés situés sous les seuils. Dans le raisonnement suivi par le juge, ces critères combinent

(130) CJCE (gr. ch.), 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de Botti*, aff. C-231/03, *Rec.*, p. I-07287 ; W. Zimmer, *Contrats et Marchés publics*, 2005, n° 11, comm. 280.

(131) *Ibid.*, pts 16 à 19.

(132) CJCE (gr. ch.), 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/03, *Rec.*, p. I-9797, pts 29 et 30.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

à la fois le montant, la nature du marché et sa localisation ; doit être pris en compte « le montant d'une certaine importance du marché en cause, en combinaison avec le lieu d'exécution des travaux. Il serait également possible d'exclure l'existence d'un tel intérêt dans le cas, par exemple, d'un enjeu économique très réduit du marché en cause […]. Toutefois, il est nécessaire de tenir compte du fait que, dans certains cas, les frontières traversent des agglomérations qui sont situées sur le territoire d'États membres différents et que, dans de telles circonstances, même des marchés de faible valeur peuvent présenter un intérêt transfrontalier certain » (133). La référence à la localisation doit être soulignée car elle implique que le pouvoir adjudicateur procède à une approche *in concreto*, voire *in situ*, de l'intérêt en prenant en compte la proximité d'une frontière et la possibilité pour des opérateurs frontaliers de manifester leur intérêt pour le marché.

À partir de l'arrêt *SECAP*, les critères de l'intérêt transfrontalier certain vont être progressivement clarifiés, même si la Cour a parfois recours, de manière isolée, à d'autres qualificatifs, tels que l'existence d'une entreprise située dans un autre État et susceptible d'être intéressée par le contrat (134). Il résulte des décisions récentes que l'appréciation de l'intérêt transfrontalier fait intervenir un ensemble de critères pertinents, qui sont liés à l'importance économique du marché, à son lieu géographique d'exécution, à ses caractéristiques propres, ou encore à l'existence de plaintes introduites par des opérateurs situés dans d'autres États membres, à condition qu'il soit vérifié que ces dernières sont réelles et non fictives (135). Cette référence est

(133) CJCE, 15 mai 2008, *SECAP Spa c. Comune di Torino*, aff. jtes C-147/06 et C-148/06, *Rec.*, p. I-3583, pt 31.

(134) Voy. par exemple, CJUE (gr. ch.), 13 avril 2010, *Wall AG c. La ville de Francfort-sur-le-Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, aff. C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182, pt 34 : l'obligation de transparence s'applique « au cas où la concession de services concernée est susceptible d'intéresser une entreprise située dans un État membre autre que celui dans lequel cette concession est attribuée ». Cette qualification est restée isolée et n'a pas été reprise dans la jurisprudence ultérieure, qui privilégie la référence à la notion d'intérêt transfrontalier certain.

(135) CJUE, 14 novembre 2013, *Belgacom NV c. Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (Integan)*, aff. C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736, pt 29 : « s'agissant de l'existence d'un intérêt transfrontalier certain, celle-ci peut résulter, notamment, de l'importance économique de la convention dont la conclusion est projetée, du lieu de son exécution ou encore de caractéristiques techniques » ; également, CJUE, 11 décembre 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino » e.a. c. San Lorenzo Soc. coop. sociale*, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt 49 ; CJUE, 16 avril 2015, *SC Enterprise Focused Solutions SRL c. Spitalul Judeţean de Urgenţă Alba Iulia*, aff. C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228, pt 20.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

logique dès lors que l'appréciation de l'intérêt transfrontalier incombe au pouvoir adjudicateur qui souhaite conclure le marché et à la juridiction nationale saisie en cas de litiges.

46. Appréciation par le juge. Ces critères (qui sont plutôt ici des indices) ont été volontairement conçus avec souplesse, afin de permettre, au cas par cas, d'apprécier la nécessité de respecter les principes fondamentaux de la commande publique. Dans des affaires récentes, la Cour souligne que ces critères doivent être préalablement vérifiés par la juridiction nationale, avant toute question préjudicielle (136). Aussi, tant le pouvoir adjudicateur que le juge national doivent bénéficier d'une marge de manœuvre pour adapter leur propre appréciation des indices au contexte, à la nature et à la localisation du marché. En effet, certains indices tels que le montant du marché doivent être mis en perspective avec la structure du marché économique. Par exemple, un marché de fourniture de matériel informatique, même de faible montant, peut avoir un effet transfrontalier dès lors qu'il implique l'utilisation d'un logiciel d'une marque internationale (137). Le fait que l'intérêt doive être « certain » suppose d'apprécier l'existence d'opérateurs établis dans d'autres États membres qui seraient en mesure de proposer une offre pour le marché ou la concession, ce qui va au-delà de la simple hypothèse d'entreprises étrangères susceptibles d'être intéressées (138). Au regard du type de marché en cause et de son environnement concurrentiel, l'opération considérée doit être « objectivement susceptible » d'intéresser des opérateurs économiques établis dans des États membres autres que celui dont relève l'autorité qui les attribue (139). La pertinence de ces critères en présence de contrats de concession situés

(136) L'identification des données factuelles (montant et nature du marché, localisation, existence de plaintes) et l'appréciation de l'intérêt transfrontalier certain sont des opérations qui incombent aux juridictions nationales, préalablement à un renvoi préjudiciel. À défaut de telles informations, la Cour peut solliciter des demandes d'éclaircissements sur le fondement de l'article 101 du règlement de procédure, voire prononcer l'irrecevabilité d'une question préjudicielle pour méconnaissance de l'article 94 du même règlement, qui identifie les informations qui doivent figurer dans l'ordonnance de renvoi. Voy., pour un exemple récent, CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl* et *Mario Melis e.a.*, aff. jtes C-458/14 et C-67/14, *op. cit.*, pts 68 et 69 : irrecevabilité d'une question préjudicielle faute de précisions factuelles dans l'ordonnance de renvoi.

(137) CJUE, 16 avril 2015, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, aff. C-278/14, *op. cit.*

(138) En ce sens, A. Brown, « EU primary law requirements in practice : advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *Public Procurement Law Review*, 2010, n° 5, p. 169.

(139) CJUE, 17 décembre 2015, *Union des syndicats de l'immobilier (UNIS) c. Ministère du Travail*, *Beaudout c. Ministère du Travail*, aff. jtes C-25/14 et C-26/14, pt 27.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

sous les seuils doit toutefois être interrogée ; tels qu'ils sont formulés, ils n'intègrent pas la spécificité des services assurés dans le cadre d'une concession, et notamment les exigences de qualité et de continuité, qui sont de nature à rehausser le seuil d'appréciation de l'intérêt transfrontalier certain (140).

47. Systématisation des critères. Par une communication relative « au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics » (141), la Commission a proposé une systématisation des critères qui interviennent dans l'appréciation de l'intérêt transfrontalier certain. L'approche qui est suivie s'inspire largement de la jurisprudence de la Cour. Selon ce document, il appartient « à chaque entité adjudicatrice de déterminer si l'attribution du marché prévu présente ou non un intérêt potentiel pour les opérateurs économiques situés dans d'autres États membres », cette appréciation doit être fondée 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), ainsi que le lieu géographique de l'exécution du marché. Depuis l'adoption de la directive 2014/23 relative à l'attribution des contrats de concession, la fonction de l'intérêt transfrontalier s'est déplacée. Dans la mesure où des exigences normalisées de publicité et d'attribution s'appliquent désormais aux concessions, de services et de travaux, supérieures au seuil de 5.186.000 € HT, la détermination de l'intérêt transfrontalier sert désormais exclusivement à apprécier la portée des principes fondamentaux aux marchés et aux concessions dont les montants sont inférieurs aux seuils des procédures formalisées.

§ 3. – *Le contenu des principes fondamentaux*

48. Dissociation. L'existence de règles fondamentales, constituées par les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et par l'obligation de transparence qui en résulte, est désormais solidement établie dans la jurisprudence. Même s'ils sont généralement utilisés

(140) P. Bogdanowicz, « Cross-border Interest and Concession Contracts : a Critical Approach », *EPPP*, 2015/2, pp. 83-91.

(141) Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » (2006/C 179/02), *JOCE*, n° C 179/2 du 1er août 2006.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

conjointement par le juge, la portée de chacun de ces principes doit être délimitée dans la mesure où ils remplissent des fonctions complémentaires et qu'ils fondent des obligations distinctes pour les autorités contractantes, qu'il s'agisse de l'égalité (A), de la non-discrimination (B) ou de la transparence (C). Ces principes ont fait l'objet d'une systématisation par une communication spécifique de la Commission (D).

A. *L'application du principe d'égalité de traitement à la commande publique*

49. Acception traditionnelle du principe. L'égalité de traitement exige, de manière générale, que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié (142). Le caractère comparable de situations différentes s'apprécie eu égard à l'ensemble des éléments qui les caractérisent. Ces éléments doivent être déterminés et appréciés à la lumière de l'objet et du but de l'acte de l'Union qui institue la distinction en cause. Doivent, en outre, être pris en considération les principes et objectifs du domaine dont relève l'acte en cause (143). Cette approche contextuelle de l'égalité permet d'admettre des possibilités de différenciation dès lors que des opérateurs économiques ou des marchés ne sont pas dans une situation comparable. Dans le champ de la commande publique, l'égalité de traitement des soumissionnaires à un marché est conçue comme la traduction du principe plus général d'égalité (144) (1), il implique que ceux-ci doivent disposer des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et dans l'accès à la candidature aux marchés ou aux concessions (145) (2).

1) *Fondement du principe d'égalité en matière de commande publique*

50. Affaire dite « *Pont sur Storebælt* ». En matière de commande publique, le fondement juridique du principe d'égalité a pu

(142) CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, *Rec.*, p. I-11893, pt 70.

(143) CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, aff. C-127/07, *Rec.*, p. I-9895, pts 23, 25 et 26 ; CJUE, 12 mai 2011, *Luxembourg c. Parlement et Conseil*, aff. C-176/09, *Rec.*, p. I-3727, pts 31 et 32.

(144) Sur l'articulation de la conception générale du principe d'égalité et sa traduction dans le contentieux des contrats publics, voy. P. Cassia, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *RTDE*, 2002, n° 3, p. 413.

(145) CJCE, 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, aff. C-87/94, *Rec.*, p. I-2043, pt 54 (affaire des *Autobus wallons*).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

être discuté, selon qu'il est envisagé comme une expression spécifique des exigences qui figurent dans le droit primaire ou comme une exigence inhérente à la finalité des directives de coordination. L'affaire dite du *Pont sur Storebælt* (146), jugée en 1993, a fait prévaloir la seconde interprétation. Dans le cadre d'un recours en manquement, la Commission reprochait au gouvernement danois d'avoir autorisé un pouvoir adjudicateur à modifier le contenu du cahier des charges durant la discussion entre le choix des candidatures et la sélection des offres. Une telle modification heurte à l'évidence le principe de l'égalité de traitement, qui n'était toutefois pas reconnu dans la directive applicable à l'espèce (directive 71/305). En s'appuyant sur une interprétation finaliste du droit de l'Union, l'Avocat général Tesauro défend une mise en perspective du principe d'égalité avec le cadre général du traité. À l'inverse du gouvernement danois, qui considère ce principe comme une « nouvelle base juridique » qui va au-delà du contenu formel de la directive, l'Avocat général le conçoit comme la finalité de la directive et, plus largement, comme étant « à la base de toute réglementation des procédures d'adjudication des marchés dans la mesure où il en constitue l'essence même » (147). L'argumentation est reprise intégralement par la Cour (148), qui tire plusieurs conséquences du principe d'égalité, telles que la nécessité d'apprécier uniquement des offres conformes aux prescriptions du cahier des charges afin de garantir une comparaison objective entre les offres soumises par les différents soumissionnaires, l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de retenir une offre alternative (en l'occurrence un pont en béton, non mentionné dans le cahier des charges), ou encore l'identification des conditions relatives au calcul des prix.

51. Consubstantialité de l'égalité de traitement aux directives sur les marchés publics. La logique suivie par la Cour dans l'affaire *Pont sur Storebælt* sera ultérieurement précisée et affinée. Dans l'affaire *Frutta*, portant sur la conclusion d'un marché de l'Union, la Cour a considéré en ce sens que « le principe d'égalité de traitement entre

(146) CJCE, 22 juin 1993, *Commission c. Danemark*, aff. C-243/89, *op. cit.*

(147) Conclusions de l'Avocat général Giuseppe TESAURO, présentées le 17 novembre 1992, aff. C-243/89, pt 18 : « de fait, il est certain que la directive 71/305 […] ne codifie expressément le principe de l'égalité de traitement ; cela n'implique pas, toutefois, que le droit national puisse régir tous les éléments liés aux marchés sans tenir compte d'un principe aussi fondamental […] dans le cadre d'une adjudication de marché, parce qu'il s'agit d'une procédure de mise en concurrence, il faudra nécessairement garantir l'égalité de tous les participants à la procédure : autrement il ne s'agirait pas d'une adjudication de marché mais plutôt d'une négociation privée ».

(148) Aff. C-243/89, *op. cit.*, pt 40.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

les soumissionnaires, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs » (149). Le fait que le principe d'égalité soit considéré comme constituant « l'essence même des directives » a des conséquences sur l'ensemble du processus de conclusion du marché ; ainsi, les « soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées » (150).

2) *Implications du principe d'égalité*

52. Prise en compte de la situation des candidats. Le respect du principe d'égalité implique que la situation relative des candidats soit prise en compte dans les exigences posées par le pouvoir adjudicateur pour la soumission des offres. Cette considération se vérifie, notamment, lorsqu'un opérateur ayant participé à un marché préparatoire, prenant la forme d'études prospectives et techniques sur un marché à conclure, est admis à déposer une offre dans les mêmes conditions que celles qui s'appliquent à ses concurrents, de fait écartés des diagnostics préparatoires. En ce sens, l'arrêt *Fabricom* du 3 mars 2005, relatif à la conclusion en Belgique d'un marché de travaux pour des canalisations, doit être mentionné pour avoir souligné l'incompatibilité d'une législation au regard du principe de l'égalité de traitement qui traite de la même manière des offres. Confronté à une situation différente des candidats, le pouvoir adjudicateur doit prévoir que l'offre déposée par l'opérateur ayant participé aux études initiales doit contenir la preuve que l'expérience acquise n'a pas pu fausser la concurrence (151). Cette compréhension du principe d'égalité se retrouve dans les litiges relatifs aux marchés de maîtrise d'ouvrage (152), lorsque ceux-ci sont imbriqués dans un marché de services et ne font pas l'objet d'une publicité ; également, dans les litiges relatifs aux

(149) CJCE, 29 avril 2004, *Commission c. CAS Succhi di Frutta Spa*, aff. C-496/99 P, *Rec.*, p. I-3836, pt 72.

(150) CJCE, 24 novembre 2005, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc e.a. c. ACTV Venezia Spa*, aff. C-331/04, *Rec.*, p. I-10122, pt 22.

(151) CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA c. État belge*, aff. jtes C-21/03 et C-34/03, *Rec.*, p. I-01559 pt 36.

(152) CJCE, 14 octobre 2004, *Commission c. France*, aff. C-340/02, *Rec.*, p. I-9845, pt 34.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

marchés de définition (153), qui ont existé en France jusqu'en 2010. Dans les deux cas, la Cour a mobilisé le principe d'égalité pour souligner que l'objet de chaque marché ainsi que ses critères d'attribution doivent être clairement définis, ce qui exclut que les critères de l'un servent à l'attribution d'un marché de services (maîtrise d'ouvrages) ou que les soumissionnaires à un marché d'exécution doivent préalablement candidater à un marché de définition.

53. Information sur les critères de sélection et d'attribution et sur la pondération. Le principe d'égalité implique que la situation des candidats à un marché ne soit pas altérée du fait de l'insuffisance de l'information concernant les critères de sélection et d'attribution. Tel est le sens de la formulation itérativement employée : « le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, qui a notamment pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public, impose que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les soumissionnaires » (154). Il en résulte donc un ensemble d'exigences, étudiées dans la troisième partie de l'ouvrage, qui portent sur la préparation et l'information des candidats au contrat. La détermination du niveau d'information des soumissionnaires est également liée à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de prévoir une information sur les critères de pondération qui interviennent pour l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans l'arrêt

(153) CJUE, 10 décembre 2009, *Commission c. France*, aff. C-299/98, *Rec.*, p. I-11587. Selon l'article 73 du Code des marchés publics, en vigueur jusqu'en avril 2010, « Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de préciser les buts et performances à atteindre, les techniques à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre, il peut recourir aux marchés de définition. Ces marchés ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur, le cas échéant au moyen de la réalisation d'une maquette ou d'un démonstrateur. Ils permettent également d'estimer le niveau du prix des prestations, les modalités de sa détermination et de prévoir les différentes phases de l'exécution des prestations ». Les anciens marchés de définition sont toutefois réintroduits par la directive 2014/24 sous la forme des partenariats d'innovation ; voy. *infra*, sur la problématique du *sourcing* et des consultations préalables (troisième partie, chapitre 1, section 1, n° 318).

(154) CJCE, 11 octobre 2001, *SIAC Construction*, aff. C-19/00, *Rec.*, p. I-7725, pt 34 ; CJCE, 12 décembre 2002, *Universale Bau e.a.*, aff. C-470/99, *Rec.*, p. I-11617, pt 93. On trouve des formulations similaires dans le contentieux des marchés publics de l'Union : TPICE, 17 décembre 1998, *Embassy Limousines & Services c. Parlement*, aff. T-203/96, *Rec.*, p. II-4239, pt 85 ; TPICE, 24 février 2000, *ADT Projekt c. Commission*, aff. T-145/98, *Rec.*, p. II-387, pt 164 ; Trib. UE, 4 juillet 2016, *Orange Business Belgium SA c. Commission européenne*, aff. T-349/13, ECLI:EU:T:2016:385, pt 49.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Viaggi Maio, la Cour a ainsi souligné qu'afin de garantir le respect des principes d'égalité de traitement, « il importe que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et, si possible, leur importance relative soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres » (155).

54. Modifications pendant la procédure – articulation avec la marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur. Le principe d'égalité fait obstacle à des modifications introduites par le pouvoir adjudicateur pendant la procédure. Dans l'affaire dite des *Autobus wallons (Commission c. Belgique)* (156), la Cour a considéré que le principe d'égalité fait obstacle à ce qu'une entité adjudicatrice prenne en compte une modification apportée aux offres initiales d'un seul soumissionnaire. Un candidat ne saurait être le seul à être autorisé à modifier son offre au motif qu'il souhaite l'améliorer (en l'occurrence, introduire des modifications sur le niveau de consommation de véhicules dans le cadre d'un marché de transport).

Plus délicate est en revanche la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'affecter des coefficients de pondération à des sous-critères qui interviennent dans l'appréciation de l'offre économique la plus avantageuse. Dans la mesure où le pouvoir adjudicateur doit mettre en œuvre des critères, procéder à leur classement et à leur hiérarchisation durant la sélection des offres, doit-il également, sur le fondement du principe d'égalité, communiquer aux soumissionnaires la méthode qu'il entend suivre ? Dans une affaire récente, et inédite sur ce point, la Cour admet qu'il est possible pour un pouvoir adjudicateur de déterminer, après l'expiration du délai de présentation des offres, des coefficients de pondération pour les sous-critères qui correspondent en substance aux critères préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires. Cette faculté d'introduire des coefficients de pondération est encadrée par trois conditions : que

(155) CJCE, 24 novembre 2005, *ATI EAC Srl e Viaggi di* Maio, aff. C-331/04, *op. cit.*, pts 24 et 25.

(156) CJCE, 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, aff. C-87/94, *Rec.*, p. I-2071. L'affaire mettait en cause un contentieux lié à la directive sur les secteurs exclus, à savoir la directive 90/531 du 17 septembre 1990. Il faut noter que l'interprétation de la Cour s'agissant de la mise en œuvre du principe d'égalité au stade de l'appréciation des candidatures s'est écartée de celle défendue, dans cette espèce, par l'Avocat général Otto Lenz, qui considérait que l'entité adjudicatrice doit, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, tenir compte à titre d'éléments valorisants, des suggestions faites par le soumissionnaire, dès lors que celles-ci répondent techniquement aux exigences minimales du cahier des charges et que le marché est attribué de façon transparente et non discriminatoire (pt 96).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

ces coefficients introduits *ex post* ne modifient pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché ; qu'ils ne contiennent pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation ; qu'ils n'aient pas été adoptés en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires (157). Pour justifier cette liberté, la Cour met en avant des « considérations d'ordre pratique », selon lesquelles le pouvoir adjudicateur doit pouvoir adapter la méthode d'évaluation qu'il appliquera afin d'évaluer et de classer les offres par rapport aux spécificités propres à chaque marché. C'est là une marge de manœuvre que la jurisprudence avait déjà reconnue, de manière ponctuelle, dans le cadre des marchés publics de l'Union, à l'occasion d'un recours dirigé contre la Commission agissant comme pouvoir adjudicateur, mais qui se trouve désormais étendue à l'ensemble des marchés qui entrent dans le champ des directives (158).

B. *La mise en œuvre du principe de non-discrimination*

55. Expression de la spécificité du principe d'égalité. 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. De jurisprudence constante, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité est conçu comme une expression spécifique du principe d'égalité ; il implique la prohibition non seulement des discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais également toutes autres formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat (159). 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.

(157) CJUE, 14 juillet 2016, *TNS Dimarso NV c. Vlaams Gewest*, aff. C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555, pt 26.

(158) CJUE, 21 juillet 2011, *Evropaïki Dynamiki c. EMSA*, aff. C-252/10 P, non publié, ECLI:EU:C:2011:512, pt 35.

(159) CJCE, 8 octobre 1980, *Überschär*, aff. 810/79, *op. cit.* ; CJCE, 5 octobre 1989, *Commission c. Italie*, aff. C-3/88, *Rec.*, p. 4035, pt 8.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

56. Lien avec le contentieux des marchés. Conséquence du traitement imbriqué des deux principes, la Cour ne se fonde que rarement à titre exclusif sur le principe de non-discrimination pour apprécier la conformité d'une disposition ou d'une pratique nationale en matière de contrats publics. Le recours au principe de non-discrimination est essentiellement conçu pour conforter un raisonnement que le juge conduit à titre principal sur le fondement des libertés de circulation ou sur celui des directives :

– en présence d'un marché ou d'une concession dont la valeur est inférieure aux seuils mais qui présente un intérêt transfrontalier certain, la mise en œuvre du principe de non-discrimination est souvent combinée à la qualification d'une entrave à une liberté de circulation. Tel est le cas en présence d'un cahier des charges contenant une exigence manifestement discriminatoire sur la nature d'un produit ou d'un service, la qualification de mesure d'effet équivalent aux restrictions quantitatives (MEERQ) peut être associée au caractère discriminatoire de la clause litigieuse (160) ;
– dans le champ des directives, la référence à la non-discrimination permet de condamner une législation nationale qui prévoit l'exclusion des candidats et des sanctions pénales lorsqu'il s'agit de candidatures déposées par un groupement stable d'entreprises alors même que l'offre n'a pas été déposée pour le compte et dans l'intérêt des entreprises : une telle disposition produit une discrimination en ce qu'elle créée un effet dissuasif pour des opérateurs économiques établis dans d'autres États membres qui souhaiteraient s'implanter sous la forme d'un groupement (161). La référence à la discrimination témoigne ici de la difficulté à saisir la notion d'entrave : bien qu'elle soit indistinctement applicable, la mesure freine l'accès au marché concerné et produit, de ce fait, un effet qui se rapproche d'une discrimination déguisée ;
– enfin, plusieurs décisions ont rappelé que les conditions générales du cahier des charges doivent respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire, et notamment les interdictions qui découlent des principes consacrés par le traité CE en matière

(160) Tel est le cas de figure dans l'affaire, déjà mentionnée, dite de *Dundalk* (canalisations en Irlande) : CJCE, 22 septembre 1988, *Commission c. Irlande*, aff. 45/87.

(161) CJCE, 23 décembre 2009, *Serrantoni Srl e.a. c. Comune di Milano*, aff. C-376/08, *Rec.*, p. I-12169, pts 42 et 43. Les directives prévoient la possibilité pour plusieurs opérateurs économiques distincts de se constituer en groupements pour candidater à un marché (directive 2014/24, art. 19, § 2).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de droit d'établissement et de libre prestation de services, ainsi que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité (162).

C. *La portée du principe de transparence*

57. Diversité des implications du principe. Tel qu'il a été conçu par l'arrêt fondateur *Telaustria* (163), le principe de transparence est associé à la garantie de la publicité du marché (1) et à l'impartialité de la procédure d'attribution (2). Cette lecture, qui continue de prévaloir dans la jurisprudence, s'est progressivement enrichie pour associer à la transparence des exigences relatives à la protection des soumissionnaires contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur (3).

1) *La garantie d'une publicité adéquate*

58. Impératif de publicité. Le fait que le pouvoir adjudicateur garantisse un degré suffisant de publicité est, pour celui-ci, une obligation essentielle qui se rattache au principe de transparence. Il ne peut y avoir de transparence en cas de défaut ou de déficit de publicité, qui affectent les intéressés potentiels pour un marché. Cette exigence est régulièrement rappelée par la jurisprudence, dès lors que le contrat présente un intérêt transfrontalier certain. Elle est essentielle, ne serait-ce que parce que les contrats situés sous les seuils des directives et présentant un tel intérêt sont quantitativement les plus nombreux dans l'Union.

Bien qu'elle soit évidente, l'exigence de publicité peut soulever des difficultés, notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier la portée du degré

(162) CJCE, 9 juillet 1987, *CEI et Bellini*, aff. 27/86 à 29/86, *Rec.*, p. 3347, pt 15 ; CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff. 31/87, *Rec.*, p. 4635, pts 29 et 30.

(163) Pour reconnaître, dans l'affaire *Telaustria*, un principe général de transparence, les juges se sont sûrement inspirés (sans s'y référer) au *Vade-mecum de la Commission sur les marchés publics* de 1987 (*op. cit.*), dans lequel « des propositions pour l'ouverture des marchés publics d'ici 1992 » (Annexe I) systématisent les conséquences de la transparence, à la fois au stade de la mise en concurrence des marchés (par l'instauration d'une procédure de préinformation comportant l'obligation, pour les pouvoirs adjudicateurs, de publier annuellement, au moyen d'un avis, leur programme et leur calendrier d'achats, et l'obligation de publier un avis comportant toutes les informations utiles sur chaque marché attribué) et dans les procédures (avec l'obligation de justifier le rejet de la candidature, de rédiger un procès-verbal et de publier le résultat de chaque marché passé). Si cette conception de la transparence a surtout influencé le contenu des directives ultérieures (notamment la directive 92/50), elle a également servi de cadre pour associer au principe de transparence un certain nombre d'exigences concrètes pour les pouvoirs adjudicateurs.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

« suffisant » ou « adéquat » de la publicité (164). Telle qu'elle est conçue, la publicité qui est exigée ne doit pas être assimilée, par le pouvoir adjudicateur, à la forme formalisée qui est prévue par les directives. À cet égard, plusieurs conclusions d'avocats généraux ont souligné, à plusieurs reprises, l'absence d'analogie entre le principe de transparence et le régime de publicité prévu par le droit dérivé (165). Telle qu'elle est conçue, l'exigence de publicité caractérise, pour les marchés situés sous les seuils, une extension de la rationalité générale des directives, mais non un alignement sur leur régime. Mais le fondement de l'exigence de publicité, pour ces marchés, fait l'objet de lectures divergentes. Certains auteurs ont pu voir un « effet de levier » du régime contenu dans les directives, dans la mesure où la Cour a étendu à des contrats sous les seuils une exigence de publicité inhérente à celles-ci (166). D'autres y voient l'obligation pour les États d'appliquer leur droit interne de la commande publique dans le respect des règles issues du traité (167). En tout état de cause, l'application des principes fondamentaux aux contrats qui échappent aux directives est à l'origine de contraintes procédurales pour les pouvoirs adjudicateurs. Dans la mesure où ces contrats ne sont pas encadrés par une procédure qui contient une présomption de respect de ces principes, les pouvoirs adjudicateurs doivent anticiper et s'approprier les exigences inhérentes à leur observation, en étant en mesure de justifier le respect de l'impartialité, l'absence de conflits d'intérêts, le respect des critères fixés tout au long de la procédure et bien sûr le caractère adéquat de la publicité retenue.

59. Détermination du caractère « adéquat » de la publicité. Une implication du principe de transparence est l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de retenir un degré de publicité adéquat pour faire

(164) Le terme retenu dans l'arrêt *Telaustria* est « suffisant » (aff. C-324/98, pt 61), les conclusions ultérieures d'avocats généraux ont apprécié cette exigence de suffisance sous la forme de l'adéquation.

(165) Conclusions de l'Avocat général Kokott, présentées le 1er mars 2005, aff. C-458/03, pt 37 ; également, les conclusions de l'Avocat général Bot dans l'affaire *Sporting Exchange*, présentées le 17 décembre 2009, aff. C-203/08, pt 141 : « une entreprise située sur le territoire d'un autre État membre doit donc pouvoir avoir accès aux informations adéquates relatives au marché ou à la concession en cause avant que celui-ci ou celle-ci ne soit attribué de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir ce marché ou cette concession » ; conclusions de l'Avocat général Jääskinen, présentées le 19 mars 2015, aff. jtes C-25/14 et C-26/14, pt 68.

(166) S. Treumer et E. Werlauff, « The Leverage Principle : Secondary Law as a Lever for the Development of Primary Community Law », *ELR*, 2003, n° 1, pp. 124-133.

(167) M. Trybus, « Public Contracts in European Union Internal Market Law : Foundations and Requirements », in R. Noguellou et U. Stelkens (dir.), *Comparative Law on Public Contracts Treaty*, *op. cit.*, pp. 81-221.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

connaître le contrat. Ce caractère adéquat renvoie à la cohérence entre le support de publicité utilisé par le pouvoir adjudicateur et la nature du marché ou de la concession à attribuer. Dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Coname*, l'Avocat général Stix-Hackl a souligné en ce sens que l'appréciation de « l'adéquation », renvoie à deux questions complémentaires : d'une part, le mode de publication (qui concerne la portée géographique – local, régional, national ou européen –, et le média lui-même – imprimés, internet) ; d'autre part, le contenu minimal de la publication. Cette seconde dimension est sûrement la plus délicate à apprécier, dans la mesure où le respect du principe de transparence ne doit pas être entendu comme obligeant les pouvoirs adjudicateurs à respecter les modèles d'avis de marché prévus par les directives, qui prévoient de nombreux détails. Dans son arrêt *Coname* (168), rendu en matière de concession, la Cour a précisé de manière incidente qu'en l'absence de toute transparence, une entreprise située dans un autre État membre « n'a aucune possibilité réelle de manifester son intérêt pour obtenir ladite concession ». La publicité adéquate est donc celle qui doit offrir la possibilité pour une entreprise de manifester effectivement son intérêt. Il en résulte que la diffusion du support utilisé doit être suffisamment large pour être susceptible de faire porter à la connaissance d'une entreprise implantée dans un autre État le projet de marché ou de concession (169).

60. Application par le juge interne. Le juge interne doit veiller à cette exigence d'adéquation et doit pouvoir censurer le choix du pouvoir adjudicateur de recourir à un support de publicité manifestement inadapté avec la nature du contrat. Tel est le sens du raisonnement suivi par le Conseil d'État français dans son arrêt *Région Nord-Pas-de-Calais*, en date du 7 octobre 2005 (170). Saisi des conditions de passation d'un marché en procédure adaptée, le Conseil d'État précise que le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence

(168) CJCE (gr. ch.), 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/03, *op. cit.*, pt 18.

(169) Certains avocats généraux ont défendu une conception minimale de l'obligation de garantir un degré de publicité adéquat. Par exemple, pour l'Avocat général SHARPSTON, le terme « publicity » n'implique pas nécessairement une obligation de publier. Cependant, « il implique une obligation de faire plus que contacter simplement un soumissionnaire potentiel individuel et attribuer le marché à ce dernier » (aff. C-195/04, Conclusions de l'Avocat général E. SHARPSTON présentées le 18 janvier 2007, pt 82).

(170) CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 278732.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

des procédures, de même que le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence implique que le pouvoir adjudicateur, sous le contrôle du juge, détermine « des modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées aux caractéristiques de ce marché » et notamment « à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées ». Toutefois, en présence d'un contrat situé sous les seuils des directives mais qui peut intéresser des opérateurs situés dans d'autres États, le juge n'exige pas nécessairement l'utilisation d'un support bénéficiant d'une diffusion européenne. Ainsi, pour une délégation de service public susceptible d'intéresser des opérateurs installés dans d'autres États, l'absence d'une telle publication n'a pas été regardée comme constituant une irrégularité dans la mesure où les annonces effectuées n'avaient pu « échapper à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants », « y compris ceux implantés dans d'autres États membres de l'Union » (171).

2) *La garantie d'une impartialité des procédures*

61. Garantie procédurale de critères connus à l'avance et non discriminatoires. Le principe de transparence est également le fondement de l'exigence d'une procédure impartiale dans l'attribution du contrat. La problématique de l'impartialité se retrouve essentiellement dans les contentieux mettant en cause l'existence d'un droit exclusif, attribué par une autorité publique à un opérateur économique pour la gestion d'un service ou la réalisation d'un marché. Il s'agit là d'une problématique qui a été au centre de l'affaire *Sporting Exchange* (172), jugée par la Cour le 3 juin 2010, déjà évoquée sur le régime des concessions en matière de jeux, loteries et paris en ligne. Dans cette espèce, la Cour était interrogée par le Conseil d'État néerlandais sur la compatibilité avec le droit de l'Union d'une réglementation réservant une autorisation à un opérateur unique et sur la compatibilité avec le principe de transparence d'un renouvellement de l'agrément sans remise en concurrence. L'arrêt n'innove guère pour reconnaître une restriction : selon une jurisprudence bien établie, un régime d'autorisation pour exercer une activité de jeux en ligne constitue une restriction à la libre présentation de service, quand

(171) CE, 1er avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux*, n° 323585.

(172) CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange LtD c. Ministère de la Justice*, aff. C-203/08, *op. cit.*, pt 57.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

bien même celle-ci pourrait être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général dont l'appréciation nécessite, dans ce domaine, une certaine souplesse de la part des États compte tenu des particularités « d'ordre moral, religieux ou culturel » liées aux jeux.

L'intérêt de l'arrêt s'apprécie essentiellement sur le terrain de l'impartialité inhérente à la transparence au sens de la jurisprudence *Telaustria*. Alors même qu'il s'agit ici d'une autorisation, la Cour considère que « l'obligation de transparence apparaît comme une condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer à un opérateur le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur » (173). Dès lors, il ne peut être admis que le renouvellement d'un agrément unique n'obéisse pas une procédure connue à l'avance et non discriminatoire. À défaut, il faut y voir une atteinte au principe d'impartialité. Ces implications de la transparence doivent être reliées plus généralement à la jurisprudence de la Cour relative aux autorisations qui réservent l'accès ou l'exercice d'une activité économique. Dans le champ des libertés de circulation, il résulte d'une jurisprudence établie qu'un régime d'autorisation préalable, alors même qu'il déroge à une liberté fondamentale, doit, pour pouvoir être justifié, être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales afin que celui-ci ne soit pas exercé de manière arbitraire. Dès lors, la transparence s'accompagne de garanties procédurales qui doivent encadrer une autorisation, il s'agit d'établir « un système procédural aisément accessible et propre à garantir aux intéressés que leur demande sera traitée dans un délai raisonnable et avec objectivité et impartialité, d'éventuels refus d'autorisation devant en outre pouvoir être mis en cause dans le cadre d'un recours juridictionnel » (174). Ces formulations, récurrentes dans la jurisprudence portant sur la libre prestation de services ou la liberté d'établissement, participent de la reconnaissance de garanties procédurales au profit des opérateurs économiques, qui peuvent être reliées au principe plus général de bonne administration.

(173) *Ibid.*, pt 47.

(174) Voy. les affaires qui systématisent la dimension procédurale de la transparence : CJCE, 23 février 1995, *Bordessa*, aff. C-358/93 et C-416/93, *Rec.*, p. I-361, pt 25 ; CJCE, 20 février 2001, *Analir*, aff. C-205/99, *Rec.*, p. I-1271, pt 37 ; CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerboms*, aff. C-157/99, *Rec.*, p. I-5537, pt 90.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

62. Transparence et régimes de retraite complémentaires – arrêts *UNIS et Beaudout*. Le raisonnement suivi dans l'arrêt *Sporting Exchange* en matière d'autorisations pour jeux de hasard a été récemment suivi par la Cour dans une importante affaire relative au régime de soins complémentaire. Des contestations récurrentes s'élèvent devant le prétoire européen à l'encontre du régime français qui prévoit, sur le fondement des articles L.911-1 et suivants du Code de la sécurité sociale, l'obligation pour les travailleurs salariés d'adhérer à des couvertures de soins et de retraite complémentaires, qui sont définies par des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels (175). La question portée à la connaissance de la Cour dans l'affaire *UNIS et Beaudout* (176) porte plus particulièrement sur le régime de l'extension de ces accords, par lequel un arrêté ministériel étend et rend obligatoire à l'ensemble des salariés et des employeurs relevant du champ d'une convention ou d'un accord l'affiliation à un régime de complémentaire santé (en l'occurrence, dans cette espèce, l'affiliation à AG2R prévoyance).

En s'inscrivant dans le raisonnement développé dans l'affaire *Sporting Exchange*, la Cour tire ici les conséquences du principe de transparence : dans la mesure où la création d'un droit exclusif implique le respect de l'obligation de transparence, l'exercice par une autorité publique, de son pouvoir d'étendre le caractère contraignant d'un accord collectif portant désignation d'un organisme unique pour la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire requiert que les opérateurs potentiellement intéressés puissent faire connaître leur intérêt. Dans ce cas de figure, la garantie de l'impartialité est décisive : le respect du principe de transparence au stade de l'extension par voie de décret de la convention doit permettre de s'assurer que la désignation de l'opérateur chargé de la gestion du régime complémentaire est intervenue en toute impartialité. Le raisonnement suivi dans cette espèce par la Cour associe le défaut de publicité et l'atteinte à l'impartialité. L'absence de publicité adéquate sur l'extension de l'accord, conjuguée à un délai réduit à

(175) Ce contentieux était déjà au centre de l'affaire AG2R, mettant en cause, en droit de la concurrence, d'une part, la qualification d'entreprise d'une entité chargée de gérer, sur le fondement de conventions de branche, un régime complémentaire, d'autre part, la compatibilité du droit exclusif attribué par les pouvoirs publics sur le fondement de l'article 106, § 2, TFUE ; voy. CJUE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance c. Beaudout Père et fils SARL*, aff. C-437/09, *Rec.*, p. I-973.

(176) CJUE, 17 décembre 2015, *UNIS c. Ministère du Travail*, *Beaudout c. Ministère du Travail*, aff. jtes C-25/14 et C-26/14, ECLI:EU:C:2015:821.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

quinze jours pour permettre à tout intéressé de présenter des observations, est de nature à entraîner une violation de l'exigence d'impartialité dans le déroulement de la procédure d'extension (177).

3) *La protection contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur*

63. Lutte contre les pratiques frauduleuses. Le principe de transparence s'est enrichi, dans la pratique récente, d'une garantie générale contre les pratiques frauduleuses. Des litiges spécifiques, portant sur les marchés publics de la Communauté puis de l'Union, ont engagé une lecture de la transparence sous l'angle de la protection contre les conflits d'intérêts. Significative est à ce titre l'affaire *Succhi di Frutta* (178) portant sur le recours en annulation d'un opérateur économique contre des décisions d'adjudication de la Commission pour l'achat de lots alimentaires dans le cadre d'actions humanitaires engagées au titre de la politique extérieure. Saisie d'un pourvoi, la Cour avait alors proposé une définition plus précise des principes d'égalité et de transparence, ce dernier étant associé à une garantie contre « l'absence de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur ».

Ponctuelle jusqu'alors, cette conception du principe de transparence a été récemment étendue à des contentieux plus généraux (en dehors de l'hypothèse spécifique des marchés de l'Union), dans des affaires où sont en cause les règles européennes de la commande publique et le respect d'une exigence plus générale de régularité dans l'usage, par une autorité publique, de Fonds structurels européens (179). En ce sens, la jurisprudence tire deux conséquences du lien entre l'exigence de transparence et l'absence d'arbitraire :

(177) *Ibid.*, aff. C-25/14 et C-26/14, pt 45 : ni le fait que les conventions et les accords collectifs ainsi que les avenants à ceux-ci font l'objet d'un dépôt auprès d'une autorité administrative et peuvent être consultés sur Internet, ni la publication dans un journal officiel d'un avis selon lequel il est envisagé d'engager une procédure d'extension d'un tel avenant, ni la possibilité pour tout intéressé de faire connaître ses observations à la suite de cette publication ne présentent, même pris ensemble, un degré de publicité adéquat, permettant d'assurer que les opérateurs intéressés puissent, conformément aux objectifs de l'obligation de transparence, manifester leur intérêt quant à la gestion du régime de prévoyance en cause au principal avant que la décision d'extension intervienne en toute impartialité.

(178) CJCE, 29 avril 2004, *Commission c. CAS Succhi di Frutta SpA*, aff. C-496/99 P, *Rec.*, p. I-3835.

(179) CJUE, 14 novembre 2013, *Comune di Ancona c. Regione Marche*, aff. C-388/12, ECLI:EU:C:2013:734 ; CJUE, 6 novembre 2014, *Cartierra dell'Adda Spa*, aff. C-42/13, ECLI:EU:C:2014:2345. Une formulation similaire s'observe lorsqu'est en cause la portée du principe de transparence en présence d'un marché qui entre dans le champ des directives, par exemple dans le contentieux sur la communication des motifs de rejet en cas d'offre anormalement basse : CJUE, 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, aff. C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191, pt 25.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– que toutes les conditions et les modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, afin de permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière ;
– de mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement que les offres correspondent aux critères régissant le marché en cause (180).

64. Conception large de l'irrégularité. De telles formulations vont au-delà de la notion de transparence, conçue, au sens de la jurisprudence *Telaustria*, comme la garantie de l'impartialité d'une procédure d'attribution. Cette approche, plus large, est cohérente avec le contentieux des Fonds structurels qui correspond aux arrêts. En effet, la violation des principes de la commande publique est conçue comme une irrégularité au sens des règlements relatifs aux Fonds structurels ; la notion d'irrégularité se définit de manière neutre et objective, comme toute méconnaissance, par le bénéficiaire de Fonds structurels ou de subventions, du droit de l'Union résultant d'un acte ou d'une omission qui pourrait porter préjudice au budget général de l'Union (181). La détermination d'une irrégularité est essentielle en ce qu'elle fonde le pouvoir de la Commission et, par délégation, des autorités de gestion, à procéder à une correction financière prenant la forme d'une réduction totale ou partielle des fonds ou des subventions alloués. Ce contexte spécifique est susceptible d'expliquer la tendance, dans certains arrêts, à élargir la notion de transparence à l'arbitraire ou au favoritisme. La question de savoir si une telle conception a vocation à se développer dans des contentieux plus classiques de marchés publics demeure ouverte ; elle impliquerait, en tout état de cause, un renforcement des exigences qui pèsent sur les pouvoirs adjudicateurs.

65. Lutte contre les conflits d'intérêts. En lien avec la protection contre l'arbitraire, il s'observe également, dans certaines affaires récentes, une corrélation entre le principe de transparence et la volonté de protéger les soumissionnaires contre les conflits d'intérêts. Significatif est à cet égard l'arrêt *Cartiera dell Ada* relatif

(180) Aff. C-42/13, *op. cit.*, pt 44.
(181) Définition de l'irrégularité au sens de la réglementation relative aux Fonds structurels (règlement n° 1260/1999, art. 38, § 1) et régulièrement rappelée par la jurisprudence (CJUE, 3 septembre 2014, *Baltlanta UAB c. Lietuvos valstyé*, aff. C-410/03, ECLI:EU:C:2014:2134, pt 49).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

à un marché de services pour l'entretien de la voirie, où la Cour s'appuie sur le principe de transparence pour justifier la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de ne pas régulariser l'offre présentée par un opérateur lorsque celui-ci a, au stade du dépôt des offres, omis d'indiquer des documents obligatoires qui sont nécessaires pour apprécier la probité des candidats (déclaration relative à l'absence de condamnation pénale) (182). Cette évolution est intéressante en ce qu'elle permet, par l'intermédiaire du principe de transparence, d'intégrer la prise en compte de la fraude au-delà de son acception stricte au sens de la Convention sur les intérêts financiers de l'Union. Ce que vise ici la Cour est plutôt le conflit d'intérêts, à savoir le fait pour une personne publique de disposer d'intérêts privés qui peuvent influer ou paraître influer sur la manière dont elle s'acquitte de ses responsabilités et, en l'occurrence, sur la conclusion des contrats publics. Un lien peut ici s'établir avec la fraude, dans la mesure où le conflit d'intérêts comporte le risque que le pouvoir adjudicateur public se laisse guider par des considérations étrangères au marché en cause et qu'une préférence soit donnée à un soumissionnaire de ce seul fait. La directive 2014/24 intègre de manière incidente cette évolution, lorsqu'elle prévoit, à l'article 24, que « La notion de conflit d'intérêts vise au moins toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché ».

D. *La systématisation du cadre juridique des marchés inférieurs aux seuils*

66. Communication interprétative. À des fins de clarification, la Commission a adopté le 23 juin 2006 une communication interprétative se rapportant au « droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux

(182) CJUE, 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda Spa*, aff. C-42/13, *op. cit.*, pt 44.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

directives “marchés publics” » (183). Ainsi que son intitulé l’indique, cette communication concerne les marchés dont le montant est inférieur aux seuils d’application des directives marchés publics ainsi que les marchés de services qui étaient, jusqu’en 2014, qualifiés de non prioritaires et visés à l’annexe II.B de la directive 2004/18 et à l’annexe VVII.B de la directive 2004/17. Pour l’essentiel, la communication rappelle les normes fondamentales applicables à la passation des marchés publics qui résultent directement des règles du traité, telles qu’interprétées par la Cour.

La communication, déjà évoquée au sujet de l’intérêt transfrontalier certain, différencie les marchés publics non pertinents pour le marché intérieur, auxquels les normes découlant du traité ne s’appliquent pas, et les marchés présentant un rapport suffisamment étroit avec le fonctionnement du marché intérieur, qui doivent respecter ces normes. Le caractère pertinent de chaque marché public pour le marché intérieur doit être évalué au cas par cas par les entités adjudicatrices. Si l’examen du marché public révèle que celui-ci présente un intérêt pour le marché intérieur, alors l’attribution devra être conforme aux normes fondamentales du droit communautaire. Selon la communication, qui propose une interprétation des normes fondamentales et du principe de transparence, la seule façon de respecter les exigences définies par la jurisprudence consiste dans la diffusion d’une publicité suffisamment accessible avant l’attribution du marché. Un certain nombre de formes concrètes sont avancées : internet, journaux officiels nationaux, bulletins nationaux spécialisés dans la publication d’avis de marchés publics, quotidiens à diffusion nationale ou régionale, publications spécialisées, voire la base TED du *JOUE*. Concernant l’attribution des marchés publics, la communication procède également à un rappel de la jurisprudence ; pour veiller à un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l’impartialité des procédures d’adjudication, il convient de retenir une description non discriminatoire de l’objet du marché, d’admettre la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres, de prévoir des délais appropriés et une approche transparence et objective.

67. Contestation de la communication. Par un recours en annulation introduit devant le Tribunal, l’Allemagne, soutenue par la

(183) Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » (2006/C 179/02), *JOCE*, n° C 179/2 du 1er août 2006.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

France, l'Autriche, la Pologne, les Pays-Bas, le Parlement européen, la Grèce et le Royaume-Uni, a contesté la légalité de cette communication, en invoquant une violation du traité (184). Pour les États, l'obligation de mettre en œuvre une publicité adéquate pour les marchés *infra* seuils et l'identification d'obligations concrètes de publicité, relatives aux pièces exigées et au type de support, irait au-delà des obligations contenues dans le traité. S'agissant d'une communication, donc d'un acte réputé ne pas faire grief, l'analyse du Tribunal s'est concentrée sur le fait de savoir si celle-ci contenait des règles de droit nouvelles, et donc si elle est allée au-delà du sens donné par la Cour aux principes fondamentaux de la commande publique. L'affaire est l'occasion pour le Tribunal de proposer une analyse systématique et globale des principes fondamentaux, quitte à solliciter excessivement la jurisprudence de la Cour pour ne pas reconnaître l'existence de règles nouvelles. L'obligation de transparence dans le sens d'une publicité adéquate doit comprendre une forme de publicité avant l'attribution du marché public en cause, donc nécessairement une publicité préalable. Dès lors, la référence à une telle publicité dans la communication ne va pas au-delà de l'interprétation des principes fondamentaux du traité ; au demeurant, une publicité *ex post* ne saurait suffire pour garantir ces mêmes principes (185). Plus généralement, à suivre le Tribunal, la communication ne comprend pas de nouvelles règles de passation des marchés publics et ne va pas au-delà des obligations découlant du droit communautaire existant, de telle sorte qu'elle ne saurait être vue comme produisant des effets juridiques obligatoires (186).

68. Contestation de la différence de traitement selon les marchés. Le raisonnement de la Cour sur la portée des principes fondamentaux, conjugué à la logique des seuils qui impliquent le déclenchement des procédures prévues par les directives, conduit à une différence de traitement entre les marchés. Cette distinction est à l'origine d'un recours devant la Cour constitutionnelle belge sur le fondement du principe d'égalité (187), afin d'obtenir l'annulation de la loi-programme du 9 juillet 2004 relative aux marchés publics. Le recours fut toutefois rejeté, au terme d'un raisonnement peu convaincant

(184) Trib. UE, 20 mai 2010, *Allemagne c. Commission*, aff. T-258/06, ECLI:EU:T:2010:214.
(185) *Ibid.*, pts 79 à 81.
(186) *Ibid.*, pt 162.
(187) Cour constitutionnelle belge, 7 décembre 2005, n° 179/2005.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

par lequel la Cour a souligné qu'il ne lui appartenait pas de substituer un jugement à celui du législateur et indiqué que la loi incriminée se bornait à la réglementation de la protection juridique des marchés publics qui entrent dans le champ d'application des directives.

§ 4. – *La réception dans les droits nationaux des principes fondamentaux*

69. Appropriation par les États. La reconnaissance, à l'échelle de l'Union, de principes fondamentaux de la commande publique a profondément modifié le cadre normatif de la commande publique. Les principes fondamentaux reconnus par la Cour ont naturellement vocation à s'articuler avec ceux qui ont pu être préalablement reconnus par les juridictions internes, généralement sur le fondement de dispositions constitutionnelles. La situation est ici variable selon les États, elle dépend de la construction et des spécificités propres au droit de la commande publique. De manière générale, ces principes sont à l'origine d'une montée en généralité des droits nationaux, en ce sens qu'ils ont contribué – sans toutefois être le seul facteur explicatif – à ce que l'encadrement de la commande publique ne relève plus seulement du domaine réglementaire mais entre également dans le champ des compétences législatives, voire constitutionnelles.

70. Articulation avec les principes préalablement reconnus par le juge administratif. En France, la reconnaissance de principes encadrant la commande publique est historiquement l'œuvre du juge administratif (188). Le principe d'égalité est de longue date mobilisé pour protéger les candidats à un marché de l'arbitraire des pouvoirs, dans le déroulement de la négociation ou au stade de l'attribution du contrat. Dans ses conclusions présentées sur l'arrêt *Ballande*, qui confirmera l'arrêt *Martin* (189) relatif aux recours dirigés par les tiers contre les clauses détachables du contrat, le commissaire du gouvernement Romieu soulignait que « le soumissionnaire évincé a le droit de demander l'annulation de l'adjudication pour inobservation des règles fondamentales, même si elles ont été édictées dans l'intérêt de l'administration, du moment où une inégalité a été

(188) On rappellera que le principe d'égalité est conçu comme un principe général du droit, CE, sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, n° 92004, *Rec. Lebon*, p. 151.

(189) CE, 4 août 1905, *Martin*, *Rec. Lebon*, p. 749. Cet arrêt de principe admet que les tiers au contrat puissent contester, pour leur part, les actes administratifs dits détachables du contrat, à savoir les actes préalables à la conclusion du contrat, qui l'ont préparée et rendue possible.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

créée entre les concurrents ». La référence au principe d'égalité, en lien avec le contentieux des contrats publics, a par la suite été systématisée par la jurisprudence du Conseil d'État, laquelle considère que « les règles de concurrence et d'égalité sont la substance de l'adjudication » (190). Elle sera, ensuite, inscrite dans le Code des marchés publics en 1992, puis associée aux « principes généraux de la commande publique », applicables à tous les marchés publics, quels que soient leur montant et la procédure de passation. Tel est le sens de l'avis *Société MAJ de Pantin*, délivré par le Conseil d'État à propos des marchés sans formalités préalables, par lequel la haute juridiction souligne que ces marchés « demeurent […] soumis aux principes généraux posés [par le code], selon lesquels 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 et l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins » (191).

71. Acclimatation des principes par le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision d'examen de la loi Sapin en 1993, a tiré des articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789, qui proclame le principe d'égalité des citoyens devant la loi et d'égalité devant les charges publiques, un principe d'égalité d'accès à la commande publique. En revanche, à la même époque, il considère qu'il n'existe pas de principe constitutionnel de transparence : « la transparence des activités publiques ou exercées pour le compte de personnes publiques ne constitue pas en elle-même un principe général de valeur constitutionnelle » (192). La décision de principe par laquelle le juge constitutionnel systématise son appréciation des principes fondamentaux applicables à la commande publique est incontestablement celle du 26 juin 2013, par laquelle le Conseil est conduit à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi habilitant

(190) Concl. Romieu sur CE, 30 mars 1906, *Ballande*, *Rec. Lebon*, p. 281.

(191) CE, avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin*, n° 246927. Ces marchés demeurent du reste soumis aux principes généraux posés aux deuxième et troisième alinéas du I de l'article 1er du Code, selon lesquels 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 et l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

(192) Conseil constitutionnel, décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

le gouvernement à simplifier le droit, qui prévoit la création des contrats de partenariat par la voie d'ordonnances de l'article 38 de la Constitution. Par cette décision, le juge constitutionnel fait découler des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme les principes rappelés par l'article 1er du Code des marchés publics aux termes duquel « les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures. L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse » (193). Par cette lecture, le Conseil constitutionnel inscrit le droit commun de la commande publique dans le cadre d'exigences constitutionnelles spécifiques à l'achat public, et qui sont dérivées du principe d'égalité et du consentement à l'impôt. Pour autant, il serait excessif de voir dans cette interprétation une consécration du caractère constitutionnel des principes de la commande publique, tels qu'ils sont envisagés par la Cour de justice. Il s'agit plutôt d'une adaptation d'exigences constitutionnelles, tirées du bloc de constitutionnalité, au contexte propre de l'achat public.

72. Systématisation par le Code et les ordonnances. En France, les principes fondamentaux systématisés par le Conseil constitutionnel ont été repris à l'article 1er du Code des marchés publics, puis par l'article 1er de l'ordonnance du 23 juillet 2015, dont il ressort que « les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures » ; en cohérence avec l'article 1er du Code des marchés publics (qui n'est plus en vigueur depuis mars 2016), cette disposition précise que « ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » (194).

(193) Conseil constitutionnel, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*.

(194) Une formule similaire figure à l'article 1er de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 sur les contrats de concession : « Les contrats de concession soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

73. Principes fondamentaux et convention d'occupation domaniale. La mise en œuvre des principes fondamentaux de la commande publique – et notamment du principe de transparence – s'est révélée plus difficile pour la conclusion des conventions d'occupation du domaine public, par lesquelles les personnes publiques créent un avantage économique pour leur titulaire. En France, la question a été soulevée au sujet de l'attribution d'autorisations d'occupation du domaine public. Dans son arrêt du 3 décembre 2010, *Stade Jean Bouin*, le Conseil d'État a rejeté l'application, en l'état du droit, des principes fondamentaux de la commande publique aux autorisations portant occupation du domaine public. À cet égard, la haute juridiction administrative a énoncé qu'« aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel » (195). Cette position a été ultérieurement confirmée au sujet d'une convention du domaine public par laquelle la Ville de Paris confiait à un opérateur (JCDecaux) l'installation de colonnes publicitaires (196). Indépendamment du principe de transparence, elle participe plus généralement d'un retrait des exigences concurrentielles et des impératifs de la liberté du commerce et de l'industrie lorsque la mesure en cause s'assimile à une autorisation, et non à un marché, et ne repose pas, en principe, sur une contre-prestation qui caractérise l'onérosité (197). Sous l'angle du droit de l'Union, cette position paraît difficile à justifier, dès lors que, ainsi que cela a été souligné, l'application du principe de transparence ne dépend pas de l'existence d'un contrat, ni *a fortiori* du

(195) CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, n° 338272 ; G. Eckert, *Contrats et Marchés publics*, 2011, comm. 25 ; C. Maugüé, *RJEP*, 2011, comm. 20 ; F. Brenet et F. Melleray, *Dr. adm.*, 2011, comm. 17 ; C. Devès, *JCP A*, 2011, p. 2043.

(196) CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*, req. n° 364593.

(197) Voy. ainsi l'arrêt *RATP*, par lequel le Conseil d'État, rappelant l'importance du pouvoir discrétionnaire à octroyer ou non une autorisation d'occupation du domaine public (en l'occurrence la possibilité de l'utiliser pour diffuser dans le métro des journaux gratuits), considère que « la décision de délivrer ou non une telle autorisation, que l'administration n'est jamais tenue d'accorder, n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie » ; CE, 23 mai 2012, *RATP*, n° 348909 ; E. Glaser, *AJDA*, 2012, p. 1151 ; concl. N. Boulouis, *BJCP*, 2012, p. 291 ; S. Nicinski, *RFDA*, 2012, p. 1181 ; M. Ubaud-Bergeron, *RJEP*, 2012, comm. 49.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

caractère onéreux qui s'y attache. Ainsi que l'illustrent les arrêts *Sporting Exchange* et, plus récemment, *Promoimpresa* (au sujet d'une concession de plage), la transparence doit accompagner toute mesure publique qui établit un avantage économique au profit d'une personne, qu'il s'agisse d'un contrat, d'une convention d'autorisation ou d'un acte unilatéral qui habilite à occuper le domaine public. À terme, il paraît souhaitable que les exigences de publicité adéquate, d'impartialité, de même que l'absence de mesure arbitraire, qui découlent de la transparence, régissent également ces mesures (198). Une voie possible consisterait à mieux identifier la nature et l'ampleur de l'avantage économique qui résulte d'une convention d'occupation ou d'une autorisation, ainsi que la nature du risque supporté par l'opérateur pour envisager la qualification de concession. Avec l'adoption récente de la loi dite « Sapin 2 » (199), l'adaptation du droit français à ces exigences devrait intervenir rapidement, dans la mesure où l'article 34 de celle-ci habilite le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance, dans un délai de douze mois, pour définir les règles d'occupation et de sous-occupation du domaine public, en vue « notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalable applicables à certaines autorisations d'occupation et de préciser l'étendue des droits et obligations des bénéficiaires de ces autorisations ».

74. Mise en œuvre dans d'autres États. Dans d'autres États, la mise en œuvre des principes fondamentaux est souvent associée au contrôle de la matérialité d'une sollicitation suffisante de soumissionnaires. Tel est par exemple le raisonnement suivi par le juge danois : pour un marché de services de soins de santé complémentaires, le fait de solliciter uniquement six candidats n'est pas une violation du principe de transparence ; *a contrario*, le fait d'en convier un ou deux aurait pu l'être (200). Un raisonnement similaire caractérise l'approche des juges en Pologne ou en Hongrie. En Allemagne, la Cour de Karlsruhe considère que l'existence de deux procédures

(198) Voy. aussi, en ce sens, Ch. VAUTROT-SCHWARZ, « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *AJDA*, 2009, p. 568 ; plus récemment, J.-C. VIDELIN, « Exploitation commerciale de la voirie et droit de la concurrence », *JCP Adm. coll. territoriales*, juillet 2016, n°s 29-33.

(199) Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* du 10 décembre 2016.

(200) Danish Complaints Board for Public Procurement, décision of December 14, 2007, *Thomas Borga v. The Municipality of Skive*, accessible sur www.klfu.dk.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

distinctes, selon le montant du contrat par rapport aux seuils, ne méconnaît pas le principe constitutionnel d'égalité. Il en résulte que les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de garantir un même niveau de protection juridictionnelle (*primary legal protection*) pour les soumissionnaires à ces contrats (201). Pour autant, pour les contrats sous les seuils, leur procédure d'attribution, qui relève du droit privé, doit garantir une protection juridictionnelle suffisante pour permettre d'exercer un droit de recours effectif et rendre possible l'introduction de mesures provisoires devant le juge civil (202). Enfin, d'autres États ont une approche plus « inclusive » des contrats sous les seuils, dans la mesure où ils établissent des règles presque similaires à celles qui régissent les contrats couverts par les directives. Tel est le cas de l'Italie : le Code des contrats publics établit une liste de règles procédurales à respecter pour l'attribution de contrats situés sous les seuils ; pour le Conseil d'État italien l'existence de ces règles est une conséquence directe de principes fondamentaux contenus dans la Constitution, la traduction logique (*predicato*) de la transparence et de l'impartialité (203).

(201) BVergGE 116, 135 (149 passim). Voy. F. Wollenschläger, « Germany », in *Public Procurement Law FIDE*, 2014, *op. cit.*, pt 389.

(202) Voy. décision de la Cour administrative fédérale du 2 mai 2007, BVerwGE (NvwZ) 820 passim (2007), § 19.IV : « *Should any person's right be violated by public authority, recourse to the court shall be open to him. If no other court has juridiction, recourse shall be to the ordinary courts* ».

(203) Consiglio di Stato, *adunanza plenaria*, décision du 7 mai 2013, n° 13. Pour la haute juridiction, les règles contenues à l'article 84, § 4 et § 10, du Code des contrats publics italiens, issu de la loi du 12 avril 2006, sont une expression d'un principe général du Code qui constitue une traduction logique (*predicato*) de la transparence et de l'impartialité.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le droit primaire et les principes fondamentaux de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

CHAPITRE 2

LES SOURCES INTERNATIONALES DU DROIT EUROPÉEN DE LA COMMANDE PUBLIQUE

75. Plan. Le droit de l'OMC – historiquement droit du GATT – établit un nombre limité de dispositions en lien avec les marchés publics. La plupart d'entre elles sont issues de l'Accord relatif aux marchés publics, dernièrement modifié en mai 2012. Il s'agit du seul accord international à lier l'Union européenne en matière de commande publique. Son influence sur le contenu matériel des règles européennes se vérifie essentiellement dans le calcul des seuils (qui sont calculés par référence aux DTS, Droits de Tirage Spéciaux), dans l'identification des procédures de conclusion et à travers la généralisation de l'exigence de non-discrimination (section 1). Dans un contexte de concurrence internationale et d'essoufflement du système de l'OMC à faire respecter l'interdiction des pratiques non discriminatoires et la clause de la nation la plus favorisée, la problématique de la réciprocité des engagements a été récemment réintroduite (section 2).

Section 1. – L'Accord sur les marchés publics et son intégration

Il convient de présenter le contenu général de cet accord (§ 1), puis ses modalités de mise en œuvre en droit de l'Union (§ 2).

§ 1. – *Le contenu de l'accord relatif aux marchés publics*

76. Évolution de l'accord. L'accord sur les marchés publics (ci-après AMP) est un accord évolutif. Le premier accord, signé en avril 1979 et entré en vigueur en janvier 1981, a fait l'objet de plusieurs révisions, pour aboutir à une refonte sous la forme d'un nouvel Accord sur les marchés publics signé le 15 avril 1994, en même temps que

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Les sources internationales du droit européen de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

l'accord instituant l'OMC. Ces révisions régulières de l'AMP se justifient par son contenu même, qui prévoit que dans un délai de trois ans à compter de la date de son entrée en vigueur, et par la suite de façon périodique, les Parties engageront de nouvelles négociations en vue de réduire et d'éliminer progressivement les mesures discriminatoires et d'étendre le plus possible son champ d'application. Cette exigence de renégociation a conduit à une modification substantielle de l'accord en 2012, laquelle est entrée en vigueur en avril 2014.

77. Champ d'application. S'agissant de son champ d'application *ratione materiae*, l'accord de 1994 élargit substantiellement l'accord initial, dans la mesure où il concerne aussi bien les marchés de fournitures que les marchés de services ou de travaux conclus par l'État, mais également les collectivités locales et les entreprises publiques. Il clarifie les procédures que doivent introduire les États partis, en distinguant les procédures : ouverte, restreinte, négociée après mise en concurrence ou encore de gré à gré. Mais l'AMP ne s'applique qu'aux marchés publics de marchandises ou de services. L'AMP modifié, entré en vigueur en 2014, précise la qualification de marché et son mode d'acquisition : achat, crédit-bail, location, location-vente, avec ou sans option d'achat (204). En ce qui concerne le champ territorial, l'accord-cadre est un accord plurilatéral en ce sens qu'il n'engage pas tous les membres de l'OMC, mais uniquement les États qui l'ont expressément accepté et signé. En janvier 2016, l'AMP compte dix-sept parties représentant quarante-cinq membres de l'OMC. L'Union européenne représente ses vingt-huit États membres, dans la mesure où l'accord est conclu dans le cadre de sa compétence exclusive au titre de la politique commerciale commune. Tous les membres de l'OMC ne sont pas partie à l'accord (205). Enfin, le champ organique de l'accord, défini dans les annexes de l'Appendice I de l'accord,

(204) AMP Révisé, article II. L'accord prévoit également une série d'exclusions, qui se retrouvent dans les directives (art. II.3), tels que l'acquisition ou la location de terrains ou d'autres biens immeubles, les accords financiers (aide, dons, prêts, participations au capital social, garanties), les contrats d'emploi public, les contrats conclus dans le cadre d'organisations internationales.

(205) En janvier 2016, outre l'UE et ses États membres, sont partis à l'AMP révisé : l'Arménie, le Canada, la Corée, les États-Unis, la Chine, l'Islande, Israël, le Japon, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, Singapour, la Suisse, la République de Chine, ainsi que quelques micro-États. À l'heure actuelle, dix membres de l'OMC ont engagé le processus d'accession à l'Accord : Albanie, Australie, Chine, Géorgie, Jordanie, République kirghize, Moldova, Oman, Tadjikistan et Ukraine. Six autres membres ont pris, dans leur protocole d'accession à l'OMC, l'engagement de lancer le processus d'accession à l'AMP. Il s'agit de l'Arabie saoudite, de l'ex-République yougoslave de Macédoine, de la Fédération de Russie, du Kazakhstan, de la Mongolie et des Seychelles (voy. la présentation des parties à l'AMP, https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/memobs_f.htm).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Les sources internationales du droit européen de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

repose sur les entités des gouvernements centraux et les « autres entités », lesquelles renvoient, en droit de l'Union, à la notion « d'organisme de droit public ».

78. Portée – Identification de seuils. L'influence de l'AMP se vérifie essentiellement pour l'identification de seuils au-dessus desquels les Parties doivent s'engager au respect de ses dispositions. L'article I.4 prévoit que l'accord s'applique à tout marché d'une valeur non inférieure aux valeurs de seuil spécifiées en annexe. Ces valeurs de seuil sont exprimées en Droits de Tirage Spéciaux et sont déterminées suivant deux critères : d'une part, selon la nature de l'entité qui conclut le marché (administrations centrales – entités de l'annexe I –, administrations « sous-centrales » – à savoir les collectivités, entités de l'annexe II –, entités pour les marchés en réseau – annexe III) ; d'autre part, suivant l'objet des marchés (marchandises, services sauf construction, construction). Les valeurs sont réévaluées tous les deux ans.

Dans la mesure où les DTS ne constituent pas en soi une monnaie, mais plutôt un panier de monnaies qui joue le rôle d'un actif de réserve international (206), les Parties doivent traduire dans leur monnaie la valeur des seuils exprimés en DTS (207). Pour l'Union, il en résulte que, tous les deux ans, les seuils applicables et leur contre-valeur dans les monnaies nationales des États membres dont la monnaie n'est pas l'euro sont révisés selon une méthode purement mathématique, qui est indiquée dans les directives sur les marchés publics (208). La dernière révision est intervenue le 1er janvier 2016, par voie de règlement délégué (209). Pour le calcul des seuils, la directive 2014/24, à l'instar des directives précédentes, habilite la Commission à prendre, sur le fondement de l'article 290 TFUE, des

(206) La valeur du DTS a été fixée initialement à 0,888671 gramme d'or fin, ce qui correspondait alors à un dollar. Après l'effondrement du système de Bretton Woods, en 1973, la valeur du DTS a été déterminée par rapport à un panier de monnaies. Celui-ci comprend actuellement le dollar, l'euro, le yen et la livre sterling. À compter du 1er octobre 2016, le panier sera élargi pour inclure le renminbi. Les pondérations respectives du dollar, de l'euro, du renminbi (ou yuan), du yen et de la livre sont les suivantes : 41,73 %, 30,93 %, 10,92 %, 8,33 % et 8,09 %.

(207) Les seuils prévus par l'AMP sont les suivants : pour les entités de l'annexe I, 130.000 valeur DTS pour les marchés de marchandises, services et 5.000.000 pour les services de construction (marchés de travaux) ; pour les entités de l'annexe II, 200.000 pour les marchandises, services de construction et 5.000.000 pour les services de construction ; pour les entités de l'annexe 3, 400.000 pour les marchandises et les marchés de services, 5.000.000 pour les services de construction.

(208) Directive 2014/23, art. 9 ; directive 2014/24, art. 6 ; directive 2014/25, art. 17.

(209) Règlement délégué (UE) 2015/2170 de la Commission du 24 novembre 2015 modifiant la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés, *JOUE*, n° L 307/5 du 25 novembre 2015.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Les sources internationales du droit européen de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

actes délégués modifiant les seuils. En ce sens, l'article 6 de la directive indique que la « Commission calcule la valeur de ces seuils sur la moyenne de la valeur quotidienne de l'euro exprimée en droits de tirage spéciaux (DTS), sur une période de vingt-quatre mois qui se termine le 31 août qui précède la révision prenant effet le 1er janvier. La valeur des seuils ainsi révisée est arrondie si nécessaire au millier d'euros inférieur au chiffre résultant de ce calcul afin d'assurer le respect des seuils en vigueur prévus par l'AMP ».

79. Contenu matériel. Sur le fond, l'objet principal de l'AMP est de mettre en œuvre, uniquement dans le domaine des marchés publics, les règles et les principes qui fondent le droit de l'OMC. En ce sens, il a à matérialiser dans un champ sectoriel trois principes centraux de l'organisation : la non-discrimination, dans la mesure où les Parties s'engagent à ouvrir leurs marchés aux fournisseurs établis dans d'autres États parties (210) ; la transparence, en fixant des normes minimales pour la publication de la législation relative aux marchés publics, afin que les fournisseurs potentiels soient informés ; l'équité (art. V), car il comprend des prescriptions spécifiques, telles qu'un examen national indépendant des plaintes. Afin d'ouvrir les marchés, l'Accord identifie trois procédures principales de passation :

– la procédure d'appel d'offres ouverte, suivant laquelle tous les fournisseurs intéressés peuvent soumissionner ;
– la procédure d'appel d'offres sélective, dans le cadre de laquelle les fournisseurs admis à soumissionner sont ceux qui sont invités à le faire par l'entité ;
– la procédure d'appel d'offres limitée, dans le cadre de laquelle l'entité s'adresse aux fournisseurs individuellement.

La typologie de ces procédures se retrouve dans les directives marchés publics, qui vont au-delà du contenu matériel de l'AMP, en reconnaissant des procédures telles que la procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif ou encore le partenariat d'innovation (211).

(210) AMP, art. III : « En ce qui concerne toutes les lois, tous les règlements, ainsi que toutes les procédures et pratiques concernant les marchés publics visés par le présent accord, chaque Partie accordera immédiatement et sans condition, aux produits et services des autres Parties et à leurs fournisseurs qui offrent ces produits ou services, un traitement qui ne sera pas moins favorable : a) que celui accordé aux produits, aux services et aux fournisseurs nationaux, ni b) que celui accordé aux produits et services de toute autre Partie et à leurs fournisseurs ».

(211) Voy. Troisième partie, chapitre 2, nos 408 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Les sources internationales du droit européen de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

§ 2. – *La réception de l'AMP en droit de l'Union*

80. Forme. Par la décision 94/800 (212), le Conseil a conclu l'accord sur les marchés publics. Dans la mesure où cet accord contient des engagements qui relèvent de la compétence exclusive de l'Union (art. 113 TCE, devenu art. 133 TFUE relatif à la politique commerciale), ainsi que des dispositions susceptibles d'affecter des règles existantes dans le domaine du marché intérieur, du droit des sociétés et du droit fiscal, la mesure de conclusion se fonde sur une pluralité de bases juridiques : liberté d'établissement et libre prestation de services (art. 61 TFUE, anc. art. 54 TCE), liberté de circulation des capitaux (art. 64 TFUE, anc. art. 57 TCE), politique des transports et PAC (art. 95 TFUE, anc. art. 75 TCE), concurrence (art. 101 TFUE, anc. art. 81 TCE), ainsi que les bases juridiques générales du marché intérieur (art. 114 TFUE, anc. art. 100A TCE), de la politique commerciale (art. 133 TFUE, anc. art. 113 TCE) et la clause de compétence subsidiaire (art. 352 TFUE, anc. art. 308 TCE). Plus spécifiquement, pour la législation applicable aux marchés publics, l'intégration de l'AMP a nécessité l'adoption d'une directive portant modification des différentes directives relatives aux marchés publics (213). Une évolution notable a notamment dû être introduite pour identifier la liste des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'AMP.

81. Invocabilité. L'intégration de l'accord OMC dans l'ordre juridique de l'Union a soulevé, devant le juge, la question de son invocabilité par les justiciables (214). La problématique a été soulevée dans le cadre de l'exercice de recours en indemnités à travers lesquels des opérateurs économiques cherchaient à obtenir l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'Union du fait de la violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit protégeant les particuliers qu'aurait entraînée la conclusion dudit accord.

---

(212) Décision du Conseil du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994), *JOCE*, n° L 336/1 du 23 décembre 1994.

(213) Directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement, *JOCE*, n° L 328/1 du 28 novembre 1997.

(214) Ph. Manin, « À propos de l'accord instituant l'OMC et de l'Accord sur les marchés publics : la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne », *RTDE*, 1997, pp. 399-428.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Les sources internationales du droit européen de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

À l'appui d'une jurisprudence constante, la Cour considère que l'accord OMC et ses annexes ne sont pas de nature à créer pour les particuliers des droits dont ceux-ci pourraient se prévaloir en justice et que leur violation éventuelle n'est pas susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'Union (215). Peu favorable à la justiciabilité des accords internationaux, cette jurisprudence se justifie par la volonté du juge de préserver le pouvoir d'appréciation dont disposent les institutions dans la conclusion des accords internationaux. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'Union a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC, ou lorsqu'un acte de droit dérivé renvoie expressément à des dispositions précises des accords OMC, qu'il appartient à la Cour de contrôler la légalité de l'acte de droit de l'Union au regard des règles de l'OMC (216). Une telle hypothèse est difficilement admissible, dans la mesure où les directives relatives aux marchés publics, et notamment la première directive travaux 71/305 précède l'adoption de l'AMP. Par analogie avec le raisonnement suivi dans l'affaire *Biret* (217), on ne peut voir dans les directives la recherche d'une exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de cet accord. Tout au plus, la référence au droit de l'OMC peut s'avérer pertinente pour apprécier la conformité du calcul des seuils de procédure.

Section 2. – Les enjeux de la réciprocité commerciale

La problématique de la réciprocité commerciale, à savoir la prise en compte du comportement des États tiers dans l'ouverture des marchés publics pour ajuster la politique de l'Union en la matière, a été récemment inscrite à l'agenda politique, portée par une demande croissante de protectionnisme à l'échelle de l'Union. Mais la position de l'Union en la matière n'est guère établie, faute d'accord et

(215) Selon une jurisprudence bien établie, compte tenu de leur nature et de leur économie, l'accord OMC et ses annexes ne figurent en principe pas parmi les normes au regard desquelles la Cour et le Tribunal contrôlent les actes des institutions, ne sont pas de nature à créer pour les particuliers des droits dont ceux-ci pourraient se prévaloir en justice et leur violation éventuelle n'est donc pas susceptible d'engager la responsabilité non contractuelle de l'Union (voy. not. CJCE, 23 octobre 1999, *Portugal c. Conseil*, aff. C-149/96, *Rec.*, p. I-8395 ; CJCE, 14 décembre 2000, *Dior e.a.*, aff. C-300/98, *Rec.*, p. I-11307 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Biret International SA*, aff. C-93/02 P, *Rec.*, p. I-10535.

(216) Aff. C-149/96, *op. cit.*, pt 49.

(217) Aff. C-93/02, *op. cit.*, pt 54.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Les sources internationales du droit européen de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

peut-être de direction sur le sens et l'intérêt de mesures protectionnistes. Après l'échec d'un premier projet de défense commerciale qui prévoyait jusqu'à la fermeture du marché européen (§ 1), une nouvelle proposition de la Commission, centrée sur l'ajustement des prix, a été déposée en janvier 2016 (§ 2).

§ 1. – *Le projet initial de défense commerciale*

82. Contre-mesure. Dans un contexte de crise économique et sociale, conjugué à une détérioration du multilatéralisme dans le cadre de l'OMC, de nombreux États ont insisté pour que l'accès aux marchés publics de l'Union par des opérateurs situés dans des États tiers soit limité, voire exclu, lorsque ces mêmes États n'ouvrent pas leurs propres marchés. Cette situation renvoie à la problématique de la réciprocité des engagements de l'Union au titre de l'accord AMP dans le cadre de l'OMC. La prise en compte du degré d'ouverture des partenaires intervient d'ores et déjà par l'ajout de déclarations, qui figurent en appendice de l'AMP, par lesquelles l'Union se réserve la possibilité d'exclure, pour certains marchés, des opérateurs établis dans certains États.

Mais le contexte de crise a également fait naître le besoin d'adopter un instrument spécifique, permettant à l'Union d'exercer unilatéralement une contre-mesure vis-à-vis d'un État qui fermerait notoirement ses marchés publics. C'est dans cette perspective que la Commission a présenté, en mars 2012, une première proposition de règlement, rendue nécessaire par le fait que le contenu matériel des directives relatives aux marchés publics ne fournit ni de base juridique ni d'instrument spécifique pour répondre à ces enjeux (218). Cette première proposition comportait deux volets concernant, d'une part, les « marchés publics couverts » (lorsque l'Union a pris des engagements internationaux en matière d'accès aux marchés) et, d'autre part, les « marchés publics non couverts » (lorsque l'Union n'a pas pris d'engagements en la matière). Pour cette dernière catégorie, la proposition initiale prévoyait un mécanisme double : a) une procédure décentralisée, permettant à l'entité adjudicatrice d'exclure une offre après avoir demandé l'approbation de la Commission, et b) une procédure centralisée, avec

(218) COM (2012) 124 final du 21 mars 2012, Proposition de règlement concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Les sources internationales du droit européen de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

un rôle fondamental dévolu à la Commission (enquête, négociation avec le pays tiers, décision d'adopter des mesures restrictives – fermeture du marché ou pénalité de prix – si nécessaire, qui seraient ensuite appliquées par les autorités nationales dans leurs procédures de passation des marchés). En tout état de cause, le schéma retenu dans la proposition se caractérisait par un fort centralisme au profit de la Commission, qui se rapproche de la procédure prévue dans le règlement sur les obstacles au commerce, afin de mettre en œuvre une « riposte graduée » (219).

Ce premier projet a été examiné par le Parlement européen et le Conseil, mais ce dernier n'est pas parvenu à un accord en première lecture. Bien qu'une large majorité d'États membres ait reconnu le déséquilibre existant entre, d'un côté, l'ouverture des marchés publics de l'Union et, de l'autre, des problèmes graves et persistants concernant des mesures et des pratiques discriminatoires auxquelles font face les opérateurs européens dans certains pays tiers, le Conseil n'a pas été en mesure d'arrêter une position officielle concernant la proposition de la Commission. Lors de l'examen de la proposition dans le groupe « Questions commerciales », certains États membres ont exprimé des réserves quant au principe de fermeture du marché de l'Union aux produits et services originaires de certains pays tiers, même de manière temporaire et ciblée, alors que d'autres États membres ont fortement soutenu cette proposition. Plusieurs États membres ont en outre manifesté des inquiétudes concernant la charge administrative imposée par la proposition aux pouvoirs adjudicateurs et aux entreprises. Au niveau du Parlement, la proposition a été substantiellement amendée pour faire prévaloir, comme fondement du dispositif de contre-mesure, l'absence de réciprocité substantielle, définie comme l'existence de toute mesure, procédure ou pratique législative ou réglementaire restreignant l'accès aux marchés publics ou aux marchés de concessions, notamment du fait d'un manque de transparence par rapport aux normes internationales ainsi que de dispositions législatives et de pratiques administratives se traduisant par des discriminations graves et persistantes à l'égard des opérateurs économiques, des produits et des services

(219) Voy. l'analyse de la proposition par V. Bouhier, « Les contrats de concessions dans l'Union européenne : vers un accès conditionné des offres des pays tiers », in St. de La Rosa (dir.), *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique. Les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession*, coll. Trans Europe Experts, Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 73.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Les sources internationales du droit européen de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'Union (220). En tout état de cause, ces divergences n'ont pu être surmontées et la proposition n'a pas franchi le stade de l'examen en première lecture.

§ 2. – *La proposition modifiée de défense commerciale*

83. Proposition d'un mécanisme d'ajustement des prix. Dans le contexte d'enlisement des négociations sur l'instrument de défense commerciale, et de divergences entre les États sur la nature des contre-mesures à adopter à l'égard d'États tiers qui n'ouvrent pas suffisamment leurs marchés, la Commission a proposé en janvier 2016 (221) de nouvelles modalités de défense commerciale, qui excluent la possibilité d'une fermeture totale des marchés publics de l'Union en réponse à un défaut d'ouverture d'un État tiers.

Les modifications incluses dans la proposition visent à écarter les conséquences négatives qu'aurait pu entraîner la fermeture complète des marchés publics de l'Union à un partenaire commercial, tout en maintenant des dispositifs vis-à-vis des États tiers. En ce sens, la proposition envisage de supprimer la possibilité de fermeture du marché et de limiter les mesures restrictives possibles aux pénalités de prix, qualifiées de « mesures d'ajustement des prix ». Si la Commission établit, au terme de son enquête, qu'un pays applique des barrières entravant la participation européenne à des marchés publics, un ajustement des prix pourrait être appliqué aux soumissionnaires, aux produits ou aux services de ce pays. Les soumissionnaires et les produits et services étrangers faisant l'objet d'une mesure d'ajustement des prix aux fins de l'évaluation des offres pourraient néanmoins remporter le marché si, malgré cet ajustement, leur offre reste compétitive en termes de prix et de qualité. Ces pénalités seraient automatiques pour des offres émanant d'entreprises originaires du pays tiers ciblé, à moins que la valeur totale de l'offre soit constituée à moins de 50 % de produits ou de services non couverts. Il s'agirait ainsi de faire usage par les pouvoirs adjudicateurs d'une présomption réfragable. L'autre évolution introduite par la nouvelle proposition consiste à

(220) Parlement européen, Rapport sur la proposition de règlement, A7-0454/2013, 10 décembre 2013.

(221) COM (2016) 34 final du 29 janvier 2016, Proposition modifiée de règlement du Parlement et du Conseil concernant l'accès des produits et services des pays tiers au marché intérieur des marchés publics de l'Union et établissement des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des produits et services originaires de l'Union aux marchés publics des pays tiers.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Les sources internationales du droit européen de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

supprimer le pilier décentralisé en éliminant la possibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs, de décider de manière autonome d'interdire la participation de soumissionnaires étrangers à leurs appels d'offres. En tout état de cause, le devenir de la proposition demeure incertain, son examen en commission parlementaire étant toujours en cours à l'autonome 2016.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - Les sources internationales du droit européen de la commande publique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

CHAPITRE 3

LE DROIT DÉRIVÉ ET LES PAQUETS SUCCESSIFS DE DIRECTIVES « MARCHÉS PUBLICS »

84. Harmonisation progressive. Les interdictions contenues dans le droit primaire n'auraient certainement pas suffi pour permettre la réalisation d'un cadre normatif commun dans le champ de la commande publique. La volonté de garantir aux opérateurs économiques l'accès aux marchés publics dans l'ensemble de la Communauté a justifié, dès le début des années 70, l'adoption de mesures spécifiques de droit dérivé, afin de fixer des conditions égales et essentielles de participation aux marchés et de déterminer des modalités concrètes de transparence des procédures. Le droit des marchés publics est depuis lors une branche du marché intérieur qui fait l'objet d'une harmonisation (et non formellement d'une coordination, ainsi que l'indiquait le libellé des premières directives), entendue comme la définition d'une équivalence substantielle entre les droits nationaux. L'agencement des différentes directives obéit à une logique d'abrogation : les directives, au fil des différents paquets législatifs, ne s'ajoutent pas les unes aux autres ; les plus anciennes sont abrogées et remplacées par les plus récentes. L'entrée en vigueur d'une nouvelle directive dépend de l'échéance de son délai de transposition. La jurisprudence, en matière de marchés publics comme dans l'ensemble des autres branches du droit de l'Union, refuse dès lors d'admettre l'application à une situation d'une directive dont le délai de transposition n'est pas encore échu (222).

(222) Voy. pour un contentieux relatif au recours aux procédures négociées, CJCE, 15 octobre 2009, *Hochtief AG c. Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság*, aff. C-138/08, ECLI:EU:C:2009:627, pt 30 : la directive 2004/18 n'est pas applicable à une décision prise par un pouvoir adjudicateur lors de la passation d'un marché public de travaux, avant l'expiration du délai de transposition de cette directive. Il s'agit ici d'un refus d'application, qui doit être différencié du cas de figure spécifique de l'invocabilité dite d'anticipation par laquelle un requérant peut invoquer une directive dont le délai de transposition n'est pas arrivé à échéance dans le but de contester des mesures nationales qui vont à l'encontre d'une transposition correcte de celle-ci ; cette hypothèse renvoie à une jurisprudence spécifique de la Cour, engagée par la décision CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASLB c. Région Wallonne*, aff. C-129/96, *Rec.*, p. I-7411.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Si le droit de l'Union, ainsi que l'a énoncé la Cour de justice, « n'établit pas une réglementation communautaire uniforme et exhaustive » (223) et que les États membres sont libres de maintenir ou d'édicter des règles matérielles et procédurales à condition de respecter les principes du traité et les libertés de circulation, il n'en reste pas moins que la marge de manœuvre ainsi reconnue aux États s'est progressivement réduite au fil des différents paquets législatifs. Sur des aspects précis des directives, tels que le type de procédure (224), les critères d'attribution (225) ou encore la distinction entre l'appréciation des candidatures et la sélection des offres (226), certains arrêts sont formulés dans des termes qui mettent en évidence le caractère exhaustif des directives et l'impossibilité corrélative des États de s'en écarter. Compte tenu de l'extension du champ matériel des directives, la référence à celles-ci est devenue incontournable pour apprécier la légalité d'une mesure nationale. Dès lors qu'une mesure nationale entre dans un domaine qui a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive au niveau de l'Union, celle-ci doit être appréciée au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation et non pas au regard du droit primaire de l'Union.

Plan. La formation de ce cadre normatif (227), en constante édification depuis plus de quarante ans, nécessite d'être rappelée (section 1), avant de présenter les principaux traits du nouveau paquet législatif relatif à la commande publique, adopté en février 2014 (section 2).

Section 1. – La succession des paquets législatifs

85. Trois temps dans la succession des directives. Schématiquement, trois paquets législatifs se sont succédé jusqu'à l'adoption du cadre

(223) CJCE, 9 juillet 1987, *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) et Société coopérative « Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes »*, aff. jtes 27 à 29/86, *Rec.*, p. 3368, pt 15.

(224) Voy. par exemple la condamnation du marché de définition en droit français, dans lequel, revenant formellement sur l'arrêt CEI (*op. cit.*), la Cour souligne que, « dans le cadre des règles communes actuellement en vigueur, les États membres n'ont plus la liberté d'adopter des procédures de passation autres que celles énumérées par la directive 2004/18 » (CJCE, 10 décembre 2009, *Commission c. France*, aff. 299/08, pt 33).

(225) Trib. UE, 15 janvier 2013, *Royaume d'Espagne c. Commission*, aff. T-54/11, ECLI:EU:T:2013:10 ; Trib. UE, 16 septembre 2013, *Espagne c. Commission*, aff. jtes T-402/06, T-2/07, T-3/07, ECLI:EU:T:2013:445.

(226) CJUE, 9 octobre 2014, *Espagne c. Commission*, aff. C-641/13 P, ECLI:EU:C:2014:2264.

(227) Seules les directives générales sont traitées dans ce chapitre (droit commun des marchés avec la directive 2014/24 et marchés en réseau avec la directive 2014/25), les cas spécifiques tels que les marchés publics de défense (directive 2009/81)) et des marchés publics de l'Union sont traités *infra*, chapitre 5, section 2 et section 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

actuel en février 2014. Un premier encadrement des marchés publics, certes minimal, est intervenu dès les années 70 (§ 1). Partiel, car limité aux seuls marchés de travaux, et parcellaire, car omettant des questions centrales telles que les modalités de recours, il fut abrogé, au début des années 90, par un second paquet, à l'origine de la physionomie actuelle du droit européen de la commande publique (§ 2). Du fait de la complexification croissante des marchés publics, et d'un impératif plus général de simplification, cet ensemble normatif a été lui-même revu dix ans plus tard, en 2004, par un troisième paquet législatif (§ 3).

§ 1. – *La genèse : les directives 71/305/CEE et 77/62/CEE*

86. Application sectorielle des règles du marché commun. Pour compléter l'interdiction des restrictions à la libre circulation des marchandises dans le champ des marchés publics de fournitures et pour faciliter la réalisation effective à l'intérieur de la Communauté de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services lors de la passation des marchés publics de travaux, le Conseil a adopté, au début des années 70, trois directives portant sur la coordination des procédures de passation des marchés publics (228) :

– la directive 71/305 du 26 juillet 1971 pour les marchés de travaux (229) ;
– la directive 71/304 du 26 juillet 1971, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales (230) ;
– la directive 77/62 du 21 décembre 1976 pour les marchés de fournitures (231).

Ce cadre normatif, bien moins précis que ne le sont les directives actuelles, est à l'origine des principales règles et des procédures qui

(228) Avant ces directives, la Commission avait adopté en 1969, dans le cadre de ses pouvoirs propres, une première directive concernant les fournitures de produits à l'État, à ses collectivités territoriales et aux personnes morales de droit public (directive du 17 décembre 1969, *JOCE*, n° L 13/1 du 19 janvier 1970). Ce texte ne posait aucune règle d'harmonisation des marchés publics, il se limitait à lever une exception que contenait la directive 3748/66 du 7 novembre 1966, qui fondait un ensemble de prohibitions pour éliminer les différences de traitement entre les produits nationaux et les marchandises en libre circulation. Applicable à l'État, ses collectivités territoriales et aux autres personnes morales de droit public (art. 1er), cette première directive a essentiellement permis de systématiser, dans les marchés de fournitures, les pratiques prohibées au titre de l'interdiction des mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives.

(229) *JOCE*, n° L 185/5 du 16 août 1971.

(230) *JOCE*, n° L 185/1 du 16 août 1971.

(231) *JOCE*, n° L 13/1 du 15 janvier 1977.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

caractérisent le droit européen de la commande publique. Ces premières directives ont essentiellement été conçues comme des instruments de coordination (232). La Cour a ainsi reconnu qu'il « ressort de l'intitulé et du deuxième considérant de la directive [71/305/CEE] que celle-ci a simplement pour objet la coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux, si bien qu'elle ne prévoit pas un régime complet de règles communautaires en la matière » (233) ; elle n'établissait pas, de ce fait, une réglementation communautaire uniforme et exhaustive (234). Toutefois, bien qu'elles fussent minimales dans leur contenu, la Cour, dès ses premiers arrêts, a inscrit la compréhension de ces directives dans le sens de la réalisation de la libre prestation de services (235).

87. Structure et finalité des directives initiales. La coordination issue de ces textes repose sur trois principes : l'organisation d'une publicité communautaire suffisante pour le développement d'une concurrence effective parmi les opérateurs économiques des États membres ; l'interdiction des spécifications techniques ayant un effet discriminatoire ; l'application de critères objectifs de participation aux marchés et pour leur passation (236). Pour matérialiser ces critères, ces directives posent des bases matérielles et procédurales qui formeront la trame des textes ultérieurs. Ainsi, elles établissent deux catégories de procédures que les pouvoirs adjudicateurs sont libres de choisir pour la passation de leurs marchés (procédures ouvertes ou procédures restreintes), elles fixent des critères de sélection qualitatifs auxquels les pouvoirs adjudicateurs doivent impérativement se tenir pour le choix des candidats et des soumissionnaires, elles ne reconnaissent que deux critères pour justifier l'attribution

(232) CJCE, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV c. Pays-Bas*, aff. 31/87, *Rec.*, p. 4652, pt 9 : « la directive 71/305 a pour objet la coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres personnes morales de droit public ».

(233) CJCE, 27 novembre 2001, *Lombardini et Mantovani*, aff. C-285/99 et C-286/99, *Rec.*, p. I-9233, pt 33.

(234) CJCE, *Beentjes*, 31/87, *op. cit.* ; CJCE, *CEI et Bellini*, *op. cit.*, 27/86, pt 15.

(235) CJCE, 10 février 1982, *SA Transporoute et Travaux c. Ministère des Travaux publics du Grand-duché de Luxembourg*, aff. 76/81, *Rec.*, p. 418, pt 7 : « Les directives 71/304 et 71/305 visent à assurer la libre prestation des services dans le domaine des marchés publics. C'est ainsi que la première de ces directives comporte, pour chaque État membre, une obligation générale de suppression des restrictions à l'accès, à la participation et à l'exécution des marchés de travaux publics et que la seconde directive porte coordination des procédures de passation des marchés publics ». Également, dans un sens similaire, CJCE, 18 décembre 1997, *Ballast Nedam Groep NV c. État belge*, aff. C-5/97, *Rec.*, p. I-7549.

(236) Directive 71/305, art. 16.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

des marchés, soit le prix le plus bas, soit l'offre économiquement la plus avantageuse (237). Si le contenu de ces textes peut aujourd'hui paraître minimal, il n'en reste pas moins que ceux-ci sont à l'origine des principales règles et procédures de la matière, qu'il s'agisse du contenu des avis, des délais minimaux et maximaux à respecter, du choix entre plusieurs procédures (ouverte ou restreinte), des critères d'exclusion, de la vérification de l'aptitude du soumissionnaire, de la notion d'offre anormalement basse ou encore du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse.

88. Défaut d'effectivité. Plusieurs considérations expliquent le manque d'appropriation par les États de ces premières directives. Leur champ d'application était manifestement « incomplet », d'une part, car la définition des marchés publics faisait prévaloir une approche organique, fondée sur la soumission au droit public des pouvoirs adjudicateurs, d'autre part, car de nombreux marchés étaient exclus, tels que les marchés de services, les marchés pour les réseaux (eau, énergie, transports, télécommunications) et bien sûr les concessions (238). Sur le fond, il ne s'agissait « que » de directives de coordination, qui ne procédaient pas véritablement à une harmonisation des obligations de publicité et laissaient la possibilité de recourir très largement aux procédures négociées.

§ 2. – *La structuration du droit européen de la commande publique : le second paquet législatif*

89. Refonte des directives dans le contexte du marché intérieur. Au tournant des années 80, un ensemble plus conséquent de directives est adopté pour définir un socle de règles harmonisées pour la conclusion et l'attribution des marchés publics. Ces directives sont intrinsèquement liées à l'objectif du marché intérieur, porté par Jacques Delors et nouvellement inscrit dans le traité après l'adoption de l'Acte unique européen (239). Outre un renforcement des obligations de publicité et une plus grande précision sur la nature

(237) *Ibid.*, art. 23.

(238) J.-Fr. Brisson, *Les fondements juridiques des marchés publics*, *op. cit.*, p. 40.

(239) L'Acte unique européen, signé le 28 février 1986, a introduit dans le traité CEE un article 8 A qui prévoyait que la Communauté « arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992 » ; à cet effet, l'article 100 A (art. 114 TFUE) fut introduit pour permettre l'adoption à la majorité qualifiée de mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres, qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

des procédures d'attribution, elles incorporent également les modifications issues de l'Accord sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de décembre 1988 relatif aux marchés publics. La problématique de la prise en compte des entreprises de taille moyenne et des entreprises régionales (240), sous l'angle de la sous-traitance de l'allotissement, commence également à être envisagée. Bien que des mécanismes précis ne soient pas adoptés, cette question continuera à être au centre des révisions des directives sur les marchés publics, jusqu'au paquet adopté en 2014.

90. Contenu. Quatre directives substantielles sont alors adoptées ; elles sont complétées par deux directives applicables aux recours :

– pour les marchés publics de fournitures, la directive 88/295 du 22 mars 1988 (241) ;
– pour les marchés publics de travaux, la directive 89/440 du 18 juillet 1989 (242) ;
– pour les marchés publics de services, qui n'étaient préalablement pas couverts par le droit dérivé, la directive 92/50 du 18 juin 1992 (243) ;
– dans le cadre de certaines activités délivrées dans des marchés en réseau, la directive 90/351 du 17 septembre 1990 (244) ;
– en matière de recours, deux directives introduisent pour la première fois une obligation pour les États d'instituer des procédures destinées à garantir le respect des obligations de publicité et de concurrence, d'une part, pour l'ensemble des marchés publics, la directive 89/656 du 21 décembre 1989 (245), d'autre part,

(240) Voy., ainsi, Communication de la Commission du 22 septembre 1989, *Marchés publics – Aspects régionaux et sociaux*, COM (89) 400 final, *JOCE*, n° C 311/7 du 12 décembre 1989.

(241) Directive du Conseil, du 22 mars 1988, modifiant la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767 CEE, *JOCE*, n° L 127/1 du 20 mai 1988.

(242) Directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *JOCE*, n° L 1/21 du 21 juillet 1989.

(243) Directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *JOCE*, n° L 24/1 du 24 juillet 1992.

(244) Directive 90/531/CEE du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JOCE*, n° L 297/1 du 29 octobre 1990.

(245) Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, *JOCE*, n° L 395/33 du 31 décembre 1989.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

pour les marchés dans les secteurs spéciaux, la directive 92/13 du 25 février 1992 (246).

91. Apports principaux. La contribution de ce second paquet législatif à la formation des règles européennes de commande publique est essentielle. D'importantes notions qui structurent la matière sont alors introduites ou précisées par ces textes, telles que celle d'organisme de droit public (comme composante d'un pouvoir adjudicateur), de concession (de services ou de travaux) ; la base des règles régissant les recours est posée, avec l'obligation faite aux États d'introduire des procédures permettant de contester, par voie de référé, une procédure de passation ; des spécificités propres à certains secteurs sont également identifiées, telles que les activités en réseau – qualifiées de « secteurs spéciaux » – qui font l'objet d'une approche spécifique avec la qualification d'entité adjudicatrice. Ces clarifications ont produit une forme d'uniformisation du cadre normatif européen, avec l'identification de principes identiques en matière de procédures de passation, d'avis de publicité ou encore de procédures de recours (247). Mais celle-ci n'est pas totale : les marchés de travaux, les marchés de fournitures et les marchés de services sont toujours régis par des règles qui leurs sont propres. Tel est le cas en matière de services où la directive 92/50 introduit une distinction entre services prioritaires (annexe I-A) et services non prioritaires (annexe I-B) – abandonnée en 2014 –, qui introduit une distinction sur le type de publicité (les services non prioritaires étant uniquement soumis à un régime de préinformation). De son côté, la directive sur les secteurs spéciaux pose des règles particulières pour les services des industries en réseau, en envisageant avec plus de souplesse le recours à la procédure négociée.

§ 3. – *La consolidation et la simplification : le troisième paquet législatif*

92. Cadre normatif. En 2004, le troisième paquet législatif a procédé à une simplification et à une rationalisation des règles applicables. Son contexte d'adoption diffère sensiblement du paquet

(246) Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JOCE*, n° L 76/14 du 23 mars 1992.

(247) Voy. P. Delvolvé, « L'extension de la concurrence dans les marchés publics », in N. Catala (dir.), *L'Europe et les marchés publics*, Paris, Eyrolles, 1994, p. 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

précédent. En à peine dix ans, les règles européennes applicables à la commande publique se sont amplement diffusées et le contentieux issu de leur mise en œuvre a consolidé la jurisprudence. Au cours de la décennie des années 90, et au début des années 2000, les litiges portés à la connaissance de la Cour ont en effet permis une approche plus globale et systématique de la commande publique, qu'il s'agisse de la reconnaissance de principes fondamentaux spécifiques (affaire *Telaustria*), des modalités de recours aux clauses sociales ou environnementales (affaire *Bus Concordia*), ou encore de l'introduction d'exceptions aux principes fondamentaux de la commande publique avec la théorie du *in house* (affaire *Teckal*).

La simplification intervient avec l'adoption de deux directives :

– pour la quasi-totalité des marchés (travaux, services, fournitures), la directive dite « secteurs classiques », directive 2004/18 du 31 mars 2004 (248), qui est la première à regrouper dans un seul cadre les règles applicables à des marchés qui diffèrent par leur objet (tout en maintenant des différences pour chacun d'eux) ;
– pour certaines activités en réseau, la directive 2004/17 du 31 mars 2004 (249) relative aux « secteurs spéciaux » maintient des règles spécifiques dans les domaines de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

93. Apports. Un apport important du paquet législatif adopté en 2004 se mesure sur le terrain de la simplification du droit, par l'adoption d'une directive unique qui regroupe les marchés de travaux, services et fournitures. La directive 2004/18 a introduit plusieurs innovations, qui vont dans le sens d'une plus grande flexibilité et d'une ouverture à la négociation entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires. Tel est le cas de la procédure du « dialogue compétitif », mise en œuvre pour des marchés complexes, pour lesquels le pouvoir adjudicateur se trouve dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire ses besoins (250). Suivant une logique similaire est également introduite la technique des accords-cadres, qui per-

(248) Directive 2004/18/CE du Parlement et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOCE*, n° L 134/114 du 30 avril 2004.

(249) Directive 2004/17/CE du Parlement et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *JOCE*, n° L 134/1 du 30 avril 2004.

(250) Directive 2004/18, art. 30.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

met, pour quatre ans au plus, de séparer la sélection d'un ou plusieurs opérateurs susceptibles de fournir le marché pendant une période et la conclusion des marchés subséquents, selon des formalités allégées, pour préciser la quantité et le prix (251). Plus généralement, on trouve dans la directive 2004/18 l'intégration de considérations qui seront au centre du paquet adopté en 2014, telles que l'assouplissement des procédures, la prise en compte de la dimension sociale et environnementale de la commande publique, l'appui aux PME ou encore la promotion de la passation électronique des marchés. À l'échelle des États, la transposition du paquet législatif de 2004 sera à l'origine d'une profonde réorganisation du droit de la commande publique. En France, l'adoption du Code des marchés publics de 2004 renforce la portée des grands principes tout en supprimant, pour les marchés inférieurs aux seuils des directives, la nécessité d'une procédure formalisée ; le Code revalorise les principes fondamentaux dès lors que ceux-ci s'appliquent à tout contrat de commande publique qui présente un intérêt transfrontalier certain (252).

Section 2. – Le paquet législatif adopté en 2014

94. Une nouvelle génération de directives. Bien que la transposition des directives adoptées en 2004 arrivait à échéance en 2016, la Commission a lancé, dès 2010, une initiative en vue de nouvelles propositions législatives, destinées à simplifier et à actualiser la législation européenne sur les marchés publics, afin d'assouplir les procédures de passation et permettre à ceux-ci de mieux servir les autres politiques sectorielles. Alors que les directives de 2004 pouvaient continuer à servir de cadre normatif de référence, cette initiative a été justifiée dans le contexte de l'Acte pour le Marché unique (253), conçu comme un programme d'action qui vise à faire disparaître les barrières aux échanges et renforcer l'intégration positive par l'adoption de mesures communes. La révision des règles européennes de la commande publique a été précédée, à partir de 2011, d'une importante réflexion engagée par la présentation, par la

(251) Directive 2004/18, art. 33.

(252) L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8e éd., Paris, Lextenso, 2012, p. 469.

(253) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions du 27 octobre 2010 : « Vers un Acte pour le Marché unique – Pour une économie sociale de marché hautement compétitive », COM(2010) 608.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Commission, d'un Livre vert sur la modernisation du droit de la commande publique (254). La négociation qui a accompagné ce nouveau paquet législatif s'est inscrite dans le contexte d'une approche plus instrumentale de la commande publique (§ 1), à l'origine d'un renouvellement profond du cadre normatif par les directives 2014/24 (marchés classiques), 2014/25 (marchés dans les secteurs en réseau) et 2014/23 (concessions) (§ 2).

§ 1. – *Les enjeux de la négociation*

95. Trois logiques principales ont été suivies dans le processus de formation des nouvelles directives (255) : le dépassement d'une fonction strictement fonctionnelle de la commande publique pour privilégier l'articulation de ses instruments avec des finalités économiques et sociales (A), l'approfondissement corrélatif du degré d'harmonisation sur toute une série d'aspects (critères d'attribution, normes de qualité, prise en compte des services sociaux, intégration du coût du cycle de vie) (B) et, pour systématiser l'ensemble, une insistance particulière sur la flexibilité et la négociation dans la conclusion des contrats (C).

A. *L'inscription de la commande publique dans sa fonction économique et sociale*

96. Marchés publics et stratégie Europe 2020. La mise en perspective de la commande publique avec sa fonction économique et sociale a été au centre de la négociation du paquet législatif. Dans cette perspective, tout le processus d'élaboration puis de négociation des directives de 2014 a été marqué par l'adossement des règles relatives aux marchés publics à la stratégie dite « Europe 2020 ». Conçue à la fois comme une stratégie globale pour l'Union afin d'atteindre

(254) Livre vert de la Commission européenne sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics, *Vers un marché européen des contrats publics plus performant*, COM(2011) 15 du 27 janvier 2011.

(255) D'autres présentations sont tout à fait envisageables pour rendre compte du contexte dans lequel a été préparé le paquet législatif relatif à la commande publique de 2014. Par exemple, le Professeur R. Caranta identifie plusieurs considérations qui ont été au centre de la négociation des directives : l'achat « vert » (*Green procurement*), la fonction sociale des marchés, la dépense publique efficiente, l'innovation, le lien entre la commande publique et les autres politiques du traité, voy. R. Caranta, « The Changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works », *CMLR*, 2015, n° 52, pp. 391-460.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

des objectifs économiques et sociaux (256), mais également comme un cadre de rationalisation et de systématisation de différentes politiques sectorielles de l'Union (257), la stratégie Europe 2020 reconnaît un rôle essentiel aux marchés publics, qu'elle considère comme l'un des instruments de marché à utiliser pour atteindre ces objectifs. Ainsi, elle invite l'ensemble des États à utiliser les contrats publics pour :

– améliorer les conditions-cadres permettant aux entreprises d'innover, en utilisant pleinement la politique de la demande (258) ;
– encourager le passage à une économie efficace dans l'utilisation des ressources et à faibles émissions de CO_2, notamment en recourant plus largement aux marchés publics écologiques ;
– améliorer l'environnement des entreprises, en particulier pour les PME innovantes.

97. Renouvellement de la fonction de la commande publique. En inscrivant la révision des directives dans le contexte de la stratégie Europe 2020, la Commission a incontestablement contribué au renouvellement contemporain des finalités qui sont associées à la

(256) Présentée en 2010, la Stratégie Europe 2020 repose, tout comme la Stratégie de Lisbonne (2000/2010), sur une gouvernance par objectifs, tant pour les politiques de l'Union, qui sont conçues dans la perspective de certains objectifs à atteindre, que pour les politiques nationales qui se situent dans le champ d'application du droit de l'Union. Ces objectifs communs sont formulés en termes ambitieux : 75 % de la population âgée de 20 à 64 ans devrait avoir un emploi, 3 % du PIB de l'UE devrait être investi dans la R&D, réduction des gaz à effet de serre, taux d'abandon scolaire de moins de 10 % et au moins 40 % d'une classe d'âge devrait obtenir un diplôme de l'enseignement supérieur, réduction de 20 millions du nombre de personnes menacées par la pauvreté. Ces objectifs globaux se déclinent en objectifs annuels, dans le cadre de l'examen par la Commission, à l'automne, de l'examen annuel de croissance. Telle qu'elle a été formulée, la stratégie confère un rôle essentiel aux marchés publics, qu'elle considère comme l'un des instruments de marché à utiliser pour atteindre ses objectifs. En ce sens, elle invite à utiliser les contrats publics pour : améliorer les conditions-cadres permettant aux entreprises d'innover, en utilisant pleinement la politique de la demande, recourir à des marchés publics écologiques (par le jeu des clauses environnementales, à la fois au stade de la sélection et de l'attribution du marché), améliorer l'accès des PME.

(257) La stratégie Europe 2020 est en effet présentée comme un cadre général d'action pour la réalisation, par l'Union, de ses objectifs en matière de croissance économique ; voy., sur ce point, St. de La Rosa, « Le droit de l'Union et l'objectif de croissance », in St. de La Rosa, F. Martucci et E. Dubout (dir.), *L'Union européenne et le fédéralisme économique*, coll. Droit de l'Union européenne, série Colloques, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 381-407.

(258) Cette idée est reprise dans la communication de la Commission intitulée « Une Union de l'innovation » (SEC(2010) 1161), l'une des initiatives phares annoncées dans la stratégie Europe 2020, qui traite de l'utilisation stratégique des marchés publics comme instrument de promotion de la recherche et de l'innovation. Cette communication invite les États membres à réserver une partie de leur budget « marchés publics » à la recherche et à l'innovation et indique que la Commission fournira des orientations et mettra en place des mécanismes de soutien à l'intention des pouvoirs adjudicateurs.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

commande publique. À cet égard, l'expression, maintes fois utilisée, « d'utilisation stratégique de la commande publique » n'est pas neutre (259) : elle participe d'une nouvelle approche de celle-ci, qui envisage l'achat, pour les marchés, ou la délivrance d'un service d'intérêt général, pour les concessions, au-delà d'un simple acte juridique, avec d'autres enjeux que l'adéquation et l'appréciation de la régularité des processus. On peut certainement y voir une mutation de la fonction de la commande publique, qui fait elle-même écho à un renouvellement de « la conception globale de l'action publique » : « en période d'austérité budgétaire, inciter et influencer les partenaires privés est perçu comme une stratégie à la fois économique et efficace, propice à une pénétration durable des considérations sociales et environnementales dans les comportements des acteurs privés, sans oublier les possibles vertus d'exemplarité d'un comportement des acheteurs publics socialement et environnementalement responsables » (260).

98. Orientations du Livre vert sur la modernisation de la commande publique. Les pistes proposées par le Livre vert qui a précédé la proposition des directives (261) s'inscrivent indiscutablement dans une démarche d'instrumentalisation du droit de la commande publique pour servir la réalisation d'objectifs économiques, sociaux et environnementaux. En cohérence avec des études de *think tank* commandées par la Commission (262), il s'agit « de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au soutien d'objectifs sociétaux communs, par exemple protéger l'environnement, veiller à une meilleure utilisation des ressources et à une plus grande efficacité énergétique, lutter contre le changement climatique, promouvoir l'innovation, l'emploi et l'inclusion sociale et assurer les meilleures conditions possibles pour l'offre de services sociaux de grande qualité ». Ces orientations emportent d'importantes conséquences sur le

(259) Cette qualification est très présente dans les présentations générales de la Commission, voy. Commission européenne, *EU Public Procurement reform : Less bureaucracy, higher efficiency*, qui identifie cinq grandes caractéristiques du nouveau cadre législatif : « Eprocurement, increasing efficiency and helping SMES », « Modernising public services and slashing administrative burden », « Creating a culture of integrity and fair play », « Adressing social challenges », « New rules to promote single market and boost jobs, growth and investment », disponible sur http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8826.

(260) P. Idoux, « Les considérations sociales et environnementales », *RFDA*, mars-avril 2016, p. 260.

(261) COM (2011) 896 final du 20 décembre 2011, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics.

(262) W. Kahlenborn, Chr. Moser, J. Frijdal et M. Essig, *Strategic Use of Public Procurement in Europe – Final Report to the European Commission MARKT/2010/02/C*, Berlin, Adelphi, 2011.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

régime, à la fois matériel et procédural, des marchés publics : accent mis sur le principe d'une attribution par lots pour faciliter l'accès des PME (même si l'allotissement n'est pas obligatoire), reconnaissance d'une marge de manœuvre pour définir les conditions d'exécution du marché, intégration de considérations sociales et environnementales dans une notion générale de coût du cycle de vie, caractère obligatoire de passation électronique des marchés, après une période transitoire de trente mois suivant l'entrée en vigueur des directives, en prenant en compte le Code de bonne conduite pour permettre la participation des PME (263).

99. Fonction de la commande publique. De telles orientations conduisent, en retour, à s'interroger sur le périmètre et la fonction de la commande publique. Le questionnement fait certainement écho à la problématique, déjà ancienne, de l'intégration de clauses sociales et environnementales au titre de la sélection des offres, à l'origine d'une réflexion sur la finalité du droit des marchés publics. Déjà, en 2001, dans les conclusions présentées sous l'arrêt *Commune de Gravelines*, le commissaire du gouvernement n'envisageait l'achat public que « sous l'angle de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût », ce qui signifie que l'intégration d'un critère social « se révèle extérieur tant à l'objet proprement dit du marché que, plus généralement, à celui de la réglementation des marchés publics » (264). Bien que la jurisprudence ait substantiellement évolué quant à l'admission de clauses sociales, en relâchant le critère du lien avec l'objet du marché, il n'en demeure pas moins que les évolutions contemporaines, portées par les directives de 2014, participent d'une mutation fonctionnelle de la commande publique en l'éloignant de l'objectif initial de maîtrise des coûts. Enfin, au-delà du droit des marchés et des concessions, ces évolutions interrogent le cadre normatif au travers duquel l'Union entend agir en matière économique et sociale. Si l'on met de côté la fonction environnementale des marchés, qui présente un lien avec la compétence partagée dont dispose l'Union en matière environnementale, l'accent mis sur la réalisation d'objectifs sociétaux est conçu comme une traduction sectorielle de l'objectif général « d'économie sociale de mar-

(263) Voy. L. VOGEL, « Chapter 6 – Public procurement contracts », in L. VOGEL, *European Business Law*, Bruxelles, Bruylant, 2015, spéc. p. 486.

(264) D. PIVETEAU, conclusions sur CE, 7e et 5e sous-sections réunies, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, req. n° 229666, *AJDA*, janvier 2002, p. 46.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

ché » (265), selon lequel le modèle projeté de l'Union consisterait à garantir l'accès au marché et à favoriser des dispositifs de solidarité et de proximité, nécessaires à la cohésion sociale. Néanmoins, en même temps qu'elle illustre cet objectif, l'intégration de critères sociétaux à la commande publique traduit la manière d'agir sur les politiques de solidarité ; à défaut de disposer d'une compétence qui l'habilite à agir directement sur celles-ci, l'Union recourt à des dispositifs de marché, tels que les marchés publics, pour inciter les États à exercer une capacité d'agir dans ces domaines. Ce faisant, l'évolution contemporaine de la commande publique ne résout qu'imparfaitement les contradictions de l'Union et de son droit, et si les traités appréhendent l'Union comme une économie sociale de marché, la concrétisation de cette ambition est renvoyée pour l'essentiel aux États en leur donnant de nouveaux espaces d'action.

B. *L'approfondissement de l'harmonisation*

100. Nouvelles dispositions en lien avec la fonction économique et sociale. La mise en avant de la fonction économique et sociale de l'achat public a emporté des conséquences sur le contenu de l'harmonisation européenne, avec la volonté de combler les « points morts » de la réglementation. Sans qu'il soit nécessaire, à ce stade de l'ouvrage, de présenter en détail ces évolutions, on peut utilement mentionner les principales nouveautés de la directive 2014/24, telles que :

– la reconnaissance du coût du cycle de vie, qui permet aux acheteurs de fonder leurs décisions d'attribution sur le coût, en intégrant l'ensemble du cycle de vie, des produits, services ou travaux à acheter ; cette conception globale du coût emporte des conséquences sur le sens de l'offre économiquement la plus avantageuse (266), selon l'article 67 de la directive : « L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée

(265) Art. 3, § 3, du TUE : « L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique ».

(266) Certains auteurs projettent dans la notion de coût du cycle de vie une « nouvelle conception de l'attribution des marchés » ; voy. D. Dragos et B. Neamtu, « Sustainable Public Procurement : Life-Cycle Costing in the New EU Directive Proposal », *EPPPL*, 2013/1, pp. 19-30. Le « *life-cycle costing* » est une approche de l'achat public déjà bien établie en Allemagne, qui a significativement influencé la négociation des directives, voy. S. Lottermoser, « Green Public Procurement (GPP) in Germany », *EPPPL*, 2013/1, pp. 93-97.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

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, conformément à l'article 68, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné » ;

– la référence aux processus de production : les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire référence à tous les facteurs directement liés au processus de production dans les spécifications techniques et les critères d'attribution, dès lors qu'ils se réfèrent à des aspects du processus de production qui ont un lien étroit avec les éléments particuliers à produire ou la fourniture des biens ou des services en question (267) ;
– la reconnaissance des labels, qui permet aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger que les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché portent des labels spécifiques certifiant qu'ils présentent des qualités environnementales, sociales ou autres, sous réserve d'accepter des labels équivalents (268), sous réserve de conditions (« lorsque les pouvoirs adjudicateurs souhaitent acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, ils peuvent, dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché, exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises ») ;
– l'accroissement de la marge de manœuvre pour les services à caractère social, avec un régime spécifique assoupli, qui se caractérise par une liberté des États membres de déterminer les règles de procédure applicables, dans le respect des principes fondamentaux, en intégrant la spécificité de ces services, tels que la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, l'exhaustivité des services, la participation et l'innovation (269) ;
– un principe d'allotissement des marchés, pour favoriser l'accès aux PME, avec une option ouverte à l'article 46 de la directive : soit les États membres rendent obligatoire le principe de l'allotissement (cas français), soit ils sont tenus de justifier dans les documents de marché la non-subdivision du marché en lots.

(267) Directive 2014/24, art. 42.
(268) Directive 2014/24, art. 43.
(269) Directive 2014/24, art. 76.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

C. *Le renforcement de la négociation*

101. Marginalisation initiale du recours à la négociation. Le paquet législatif de 2014 se caractérise également par une forte insistance sur la recherche d'une plus grande flexibilité pour les pouvoirs adjudicateurs et par un accent particulier sur le recours à la négociation. Dans le Livre vert de 2011, la Commission envisageait d'y recourir, au-delà des petits marchés, pour les grands projets, notamment dans le cadre de partenariats public-privé. « En raison de la complexité de ces projets, il est peut-être encore plus nécessaire de disposer de procédures particulièrement souples et de marges de négociation importantes, mais aussi, du côté des pouvoirs adjudicateurs, d'une plus grande expertise technique sur laquelle s'appuyer lors des négociations » (270). Cette orientation doit également être rattachée à un mouvement général en faveur d'une plus grande flexibilité des procédures, afin de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de préciser leurs besoins et aux entreprises d'affiner leurs offres. De fait, la formule historique et classique de passation d'un marché public, celle de l'appel d'offres, est traditionnellement éloignée de la logique de la négociation : dans ce schéma, le pouvoir adjudicateur fixe un cahier des charges précis et les critères invariables de l'offre économiquement la plus avantageuse qu'il appartient aux candidats de respecter. Une fois l'offre déposée, le principe est celui de son intangibilité : une négociation ne peut s'instaurer pour permettre au candidat de modifier son offre en vue de l'améliorer (271). Dès lors, le recours à la négociation est usuellement circonscrit aux procédures qui échappent aux directives, à savoir essentiellement la procédure adaptée (ou MAPA en France). Au-dessous de ces seuils, l'acheteur est en principe libre d'organiser la procédure comme il l'entend, dans les limites posées par les principes fondamentaux de la commande publique que sont les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence. Ces procédures connaissent elles-mêmes une distinction entre les marchés sans formalisme, en dessous de 25.000 €,

(270) COM (2011) 15 final, *op. cit.*, p. 16.

(271) CE, 21 septembre 2011, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 349149. En matière d'appel d'offres, le Code des marchés publics (antérieur aux ordonnances) permet au pouvoir adjudicateur de demander aux candidats de compléter leurs dossiers de candidature (art. 52) et de compléter ou de préciser leurs offres (art. 59 et 64). Il ne s'agit pas à proprement parler de négociation, dans la mesure où ces compléments ne peuvent porter que sur la rectification d'une erreur purement matérielle.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

et ceux soumis à des exigences plus précises et d'une valeur supérieure à ce seuil (272).

102. Renforcement de la négociation pour les procédures formalisées. Dans le champ des directives, donc au-dessus des seuils de passation, la reconnaissance de la négociation était fortement limitée avant les directives de 2014. Ainsi, l'article 30 de la directive 2004/18 envisageait le recours à la procédure de négociation, avec publication d'un avis de marché, dans des hypothèses limitatives : offres irrégulières ou offres inacceptables déposées consécutivement à une procédure formalisée, exceptionnellement lorsqu'il n'est pas possible de fixer préalablement le prix (ou lorsque les spécifications ne peuvent être établies avec précision pour certains marchés de services), et pour les marchés de recherche/expérimentation. Une caractéristique du paquet législatif de 2014 est d'élargir le recours à la négociation, par l'institution de deux procédures spécifiques :

– d'une part, la procédure concurrentielle avec négociation (273), caractérisée par le fait que « tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de mise en concurrence […] en fournissant les informations aux fins de la sélection qualitative » ; seuls les opérateurs ayant reçu une invitation soumettent une offre initiale qui donne lieu ensuite à une négociation pour améliorer leur contenu ;
– d'autre part, dans le champ de la directive sur les activités en réseau, la procédure négociée avec mise en concurrence, qui est l'équivalent de la procédure précédente dans ce champ spécifique (274).

§ 2. – *La nouvelle structure du droit européen de la commande publique*

Depuis 2014, le droit européen de la commande publique présente une structure ternaire (A), progressivement mise en œuvre dans les États (B).

(272) En dessous de 25.000 € HT, les marchés sont dispensés des obligations de publicité et de mise en concurrence, en France depuis le décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015. Pour ces petits achats, les pouvoirs adjudicateurs doivent uniquement assurer une utilisation optimale des deniers publics, ce qui suppose de solliciter, selon le besoin, différents prestataires.

(273) Directive 2014/24, art. 29.

(274) Directive 2014/25, art. 50.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

A. *Triple encadrement par le droit dérivé*

Ce triple encadrement, qui constitue l'état du droit positif, résulte, d'une part, de la permanence de la distinction entre le droit commun des marchés publics (2014/24) et les secteurs spéciaux (2014/25) (1), d'autre part, de l'adoption d'une directive spécifique sur les contrats de concession (2014/23) (2).

1) *Maintien de la dualité droit commun/secteurs spéciaux*

103. Insuffisance de l'ouverture concurrentielle. Le Livre vert relatif à la modernisation de la commande publique avait soulevé la pertinence du maintien de règles spécifiques pour les activités en réseau (275). Ces règles sont historiquement justifiées par le caractère « fermé » de ces marchés, qui serait susceptible de conduire des autorités publiques à influencer le comportement des entités, de droit public ou de droit privé, qui fournissent des services sur ces réseaux. Cette justification a été légitimement interrogée compte tenu du processus de libéralisation dans de nombreux secteurs. Néanmoins (est-ce peut-être le constat d'un échec relatif ou d'un succès mitigé ?), l'analyse d'impact menée par la Commission, lors de la préparation de directive, révèle que l'ouverture à la concurrence n'a pas pour autant supprimé les risques d'interférences avec des autorités publiques, ni, plus généralement, supprimé les droits spéciaux ou exclusifs. Par ailleurs, si certaines activités ont pu être reconnues comme ouvertes à la concurrence, telles que les activités postales, les marchés demeurent peu concurrentiels dans des champs tels que l'électricité ou les transports (276). Ces considérations vont justifier le maintien de deux directives distinctes : d'un côté, la directive 2014/23, qui constitue le droit commun des marchés publics, d'un autre côté, la directive 2014/25, conçue comme une directive sectorielle et dérogatoire, dont le champ est limité aux entités adjudicatrices, pour autant qu'elles délivrent une activité couverte au titre des réseaux.

(275) COM (2011) du 27 janvier 2011, *op. cit.*, p. 12.

(276) Voy. SEC (2011) 1585 final du 20 décembre 2011, *Impact assessment accompanying the proposal for a Directive on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal sectors.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

2) *Directive spécifique sur les contrats de concession*

104. Contexte de négociation. Jusqu'à l'adoption de la directive 2014/23 du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, le régime des concessions, au niveau européen, se trouvait éclaté. Alors que les concessions de travaux n'étaient abordées que marginalement par le droit dérivé de l'Union européenne, les concessions de services n'étaient soumises qu'aux seuls principes généraux du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui ne s'imposaient, en définitive, que pour les concessions présentant un intérêt transfrontalier certain. En raison de la nouveauté de cette directive et de la spécificité des contrats de type concessif, il convient de présenter le contexte de sa négociation. Deux contraintes principales ont dû être prises en compte dans l'élaboration de la directive. Il s'est agi, tout d'abord, de concilier des impératifs très différents les uns des autres, derrière un discours général sur la sécurité juridique (a). Il a fallu, ensuite, identifier le modèle juridique applicable aux concessions (b).

a) Sécurité juridique et marge de manœuvre des collectivités

105. Sécurité juridique. Véritable *leitmotiv* de la directive, la sécurité juridique figure en bonne place dans l'étude d'impact (277) et dans les considérants introductifs. En les parcourant, il apparaît que la directive vise à remédier à une insécurité juridique, qui découlerait de l'absence de règles claires relatives aux contrats de concession et l'inexistence de seuils pour déclencher les modalités spécifiques de publicité, ou encore aux évolutions de la jurisprudence relative aux *in house*. La justification sur le terrain de la sécurité juridique est désormais courante, toutes les fois où il s'agit d'adopter une directive d'harmonisation qui entend codifier des principes et des règles issus de la jurisprudence. En matière de commande publique, la référence systématique – et sûrement excessive – à la sécurité juridique est symptomatique de l'évolution du droit de l'Union vis-à-vis des contrats de concession. Dans le projet envisagé par la Commission dans les années 90, il s'agissait de garantir une certaine cohérence entre les règles applicables aux marchés et celles relatives aux concessions. Cette recherche de cohérence s'inscrivait dans une logique de construction du marché

(277) Voy. en ce sens l'analyse d'impact jointe à la proposition de la Commission (SEC (2011) 1589 final), 20 décembre 2011, qui évoque un « manque de sécurité juridique provoquant des inefficacités économiques ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

intérieur, la commande publique paraissant insuffisamment ouverte aux échanges intracommunautaires du fait de la persistance de réflexes d'achats nationaux et d'une grande hétérogénéité de procédures applicables selon les États. Vingt ans plus tard, le discours omniprésent sur la sécurité juridique est essentiellement conçu pour justifier une entreprise de codification de tout un ensemble de règles et de procédures que la jurisprudence a déduites des principes fondamentaux de la commande publique, depuis l'arrêt *Telaustria* (278).

En déduisant des principes de non-discrimination et d'égalité un principe général de transparence, la jurisprudence fait peser sur les pouvoirs adjudicateurs de fortes contraintes procédurales et transforme l'attribution d'une concession en un processus formalisé. Outre la nécessité de donner une assise textuelle aux conséquences procédurales du principe de transparence, le besoin de sécurité juridique a, également, été mis en avant à des fins multiples : clarifier l'incertitude conceptuelle qui entoure la concession en droit de l'Union (notamment du fait que la notion de *Konzession* renvoie, en Allemagne, à des contrats et à des actes unilatéraux), limiter la diversité des règles de publicité selon les États, identifier un critère commun pour l'attribution des concessions.

106. Liberté des autorités concédantes. Le déroulement de la négociation de la directive concession a mis en lumière une exigence qui n'était pas présente dans la proposition initiale de la Commission : la nécessité de préserver la liberté des autorités concédantes pour la délivrance des services publics. De nombreuses voix se sont élevées pour dénoncer un risque de privatisation des services publics, qui aurait été la conséquence du projet initial, lequel entendait appliquer aux concessions l'essentiel du régime juridique dédié aux marchés publics. Les oppositions furent nombreuses ; des représentations permanentes d'États auprès de l'Union (279), des Parlements nationaux (280), des organes consultatifs (281) ou encore des entre-

(278) Aff. C-324/98, *op. cit.*

(279) Représentation permanente de la France, contribution de la France au questionnaire relatif à une éventuelle initiative de la Commission en matière de concession de services, Réponses à la consultation publique de la Commission, septembre 2010 ; la contribution fait part d'« une opposition à toute initiative européenne en matière de concessions de service […] déjà suffisamment encadrées par le droit national et communautaire ».

(280) Dans le cadre de l'examen de subsidiarité, réalisé par les Parlements nationaux sur le fondement du Protocole 2, le Bundersrat Allemand, le Conseil fédéral en Autriche et les Cortes en Espagne ont adressé un avis négatif sur la proposition de la Commission.

(281) Voy. respectivement les avis du Comité économique et social européen (*JOUE*, n° C 191 du 29 juin 2012) et du Comité des régions (*JOUE*, n° C 391 du 18 décembre 2012).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

prises privées (282) soulignèrent avec constance l'inutilité d'une réglementation spécifique aux concessions et l'atteinte au principe de subsidiarité. Les réserves ont été d'autant plus nombreuses que la proposition de la Commission se singularisait par son absence d'inventivité juridique (283). Alors que le domaine des concessions pouvait justifier une réglementation novatrice, fondée sur les dispositions de droit primaire relatives aux services d'intérêt économique général, la Commission s'était bornée à reproduire le cadre juridique applicable aux marchés publics et aux concessions de travaux.

Dans ce contexte, la reconnaissance d'une marge de manœuvre au profit des collectivités, ainsi que la réaffirmation de la liberté de choix des autorités publiques de recourir à la concession furent des arguments qui ont été au centre de la négociation de la directive. En ce sens, l'article 2 de la directive 2014/23 affirme un principe de « libre administration des pouvoirs publics », au terme duquel les autorités « sont libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou pour la prestation de services ». Dans le même sens, l'article 4 souligne que les États conservent la liberté de « définir les services d'intérêt économique général » ainsi que « la manière dont ces services devraient être organisés et financés conformément aux règles relatives aux États ». Il faut toutefois reconnaître que la volonté, affichée, de préserver la liberté de choix des collectivités fait essentiellement figure de discours convenu, visant à rassurer les États par la multiplication des références faites aux services d'intérêt général. La répétition des références au service public, de même que la mise en avant, dans les motifs, de l'article 14 TFUE et du protocole n° 26 relatif aux services d'intérêt économique général (SIEG), sert essentiellement à justifier un ensemble d'exclusions matérielles, en raison de leur proximité avec l'intérêt général (284). Toutefois, la directive peine à associer, de manière cohérente, l'activité concessive et le service public, les liens demeurant dispersés et non systématiques.

(282) Voy., en ce sens, les nombreuses réponses d'entreprises à la consultation de la Commission sur les concessions en 2010 : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/concessions/.

(283) L. Richer, *La concession en débat*, coll. Systèmes, Paris, LGDJ, 2014, pp. 177 et s.

(284) Voy. St. Rodrigues, « La nouvelle directive concessions et les services d'intérêt (économique) général : la fin d'un vieux couple ? », in St. de La Rosa (dir.), *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique. Les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession*, *op. cit.*, pp. 173-192 ; G. Eckert, « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », *RJEP*, n° 722, août 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

b) Choix du modèle normatif

107. Proposition initiale. La proposition de la Commission, présentée en décembre 2011, envisageait d'aligner le régime applicable aux concessions sur celui des marchés publics. Le modèle des concessions de travaux, lesquelles étaient déjà couvertes par les directives 2004/17 et 2004/18, a été envisagé comme un cadre de référence. Plusieurs conséquences en était tirées dans le régime envisagé, notamment une obligation de publicité et une indication à l'avance des critères d'appréciation et de sélection, l'établissement d'une procédure de négociation proche de celle des marchés formalisés ou encore le recours à un critère d'attribution similaire à l'offre économique la plus avantageuse, lequel caractérise l'attribution des marchés publics. Pour la Commission, l'extension du modèle du marché public présentait l'avantage de la simplicité et de la cohérence, dans la mesure où il permet de soumettre à un ensemble uniforme de procédures et de critères les principaux contrats liés à la commande publique. Le contenu de la proposition se justifiait également par la signification que revêtent les règles européennes de commande publique ; en tant qu'instrument de réalisation du marché intérieur, elles ont essentiellement vocation à garantir une égalité des entreprises selon leur État d'origine et à protéger les entreprises contre la tentation des personnes publiques à privilégier, par l'intermédiaire de normes ou de procédures complexes, les entreprises nationales (285).

108. Identification imparfaite de la spécificité concessive. Le travail mené par le rapporteur au sein de la commission marché intérieur du Parlement européen, M. Philippe Juvin, a substantiellement modifié la proposition initiale, dans un sens plus favorable au respect de la spécificité des concessions (286). D'importantes modifications sont intervenues, telles que la reconnaissance de la liberté des collectivités de choisir un mode de gestion, la substitution d'une exigence de hiérarchisation des critères de sélection à un système initialement plus rigoureux de pondération des critères de sélection, un assouplissement de l'admission des avenants au contrat et la reconnaissance de choisir librement la procédure. Au regard de ces assou-

(285) Fr. Lichère, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, 1re éd., Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 947.

(286) Résolution législative sur la proposition de directive concession, rapporteur Ph. Juvin, Commission IMCO, 2011/0437, 5 juillet 2002.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

plissements, il est possible de considérer que la spécificité des SIEG a justifié une prise de distance par rapport aux règles applicables aux marchés (287).

L'intégration de la spécificité de la concession, qui repose sur la combinaison, dans un contrat d'ensemble, de la délivrance d'un service public, du contrôle de l'autorité publique et d'une dimension lucrative pour le concessionnaire, demeure néanmoins inaboutie. De manière générale, la directive peine à identifier un modèle normatif propre à ces contrats. La tâche était sûrement ardue, compte tenu de la diversité des schémas concessifs retenus par les États. Néanmoins, en dépit des améliorations apportées à la proposition initiale, la directive 2014/13 demeure fortement influencée par le modèle des directives relatives aux marchés publics. À ce titre, l'article 38 prévoit une phase de « sélection et d'évaluation qualitative des candidats » qui reprend à l'identique les critères applicables lors de la conclusion d'un marché, au stade de l'appréciation des candidatures. Il s'agit là d'un alignement substantiel sur les règles applicables aux marchés, dans la mesure où les autorités concédantes, en qualité de pouvoir adjudicateur, sont désormais tenues de procéder à l'examen des candidatures au regard de nombreux critères d'exclusion, combinant la probité juridictionnelle, fiscale, sociale et professionnelle. Mais l'assimilation du régime de la concession avec celui du marché se vérifie également sur le terrain de la modification du contrat et de l'admission des avenants. À ce titre, l'article 43 de la directive 2014/23 reprend la distinction, issue de la jurisprudence, entre la modification substantielle et la modification non substantielle du contrat (288), la première étant prohibée sans remise en concurrence, la seconde étant admise dans des hypothèses plus limitatives que celles jusqu'à présent reconnues par la jurisprudence administrative, sur le fondement de la théorie générale du contrat administratif.

(287) En ce sens, S. Platon, « La passation des concessions : de l'eau du service public dans le vin de la concurrence ? », *AJDA*, 2014, p. 841. *Contra*, toutefois, le Professeur Eckert, qui considère que les dérogations et les assouplissements contenus dans la directive concession, par rapport au modèle standard du marché public, se justifient en raison de la nature même du contrat de concession, qui implique le transfert d'un risque d'exploitation, et non sur le fondement du service public ; en ce sens, G. Eckert, « Les procédures allégées des concessions », *Contrats et marchés publics*, juin 2014, pp. 35-39, spéc. p. 37.

(288) CJUE (gr. ch.), 13 avril 2010, *Wall AG c. Ville de Francfort-sur-le-Main*, aff. C-91/08, *Rec.*, p. I-2815 ; CJUE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c. République d'Autriche*, aff. C-454/06, *Rec.*, p. I-44041. Voy. *infra* pour l'analyse de cette jurisprudence (quatrième partie, l'exécution des contrats).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

B. *Transposition progressive par les États*

109. Problématique générale de la transposition des directives sur les marchés. La transposition des premières directives adoptées dans les années soixante-dix n'a guère soulevé de difficulté majeure, le caractère technique de ces textes permettait de recourir à des mesures strictement réglementaires. L'exercice est apparu bien plus difficile lorsqu'il s'est agi de mettre en œuvre le second paquet législatif, qui non seulement élargissait le champ d'application matériel des directives (avec l'intégration des services et des activités fournies en réseau), mais également intégrait une conception fonctionnelle des marchés publics. Une difficulté récurrente a été celle de l'organisation politique des États (289).

La transposition du paquet législatif adopté en 2014 est inégale selon les États. Sur les vingt-sept États (hors Royaume-Uni), vingt et un d'entre eux n'avaient toujours pas procédé à une transposition complète des directives à l'échéance du délai de transposition, soit le 18 avril 2016. Ce retard explique que la Commission ait transmis une lettre de mise en demeure, préalable à un avis motivé, dans le cadre de procédures en manquement (290). Pour y remédier, certains États, comme l'Espagne ou l'Italie, ont pris des mesures d'urgence sous forme de décret-loi pour assurer la transposition (291). En Belgique, les directives ont été transposées par deux lois distinctes du 17 juin 2016, l'une relative aux marchés publics, l'autre relative aux concessions (292).

110. Ordonnances. Ainsi que cela a été souligné, la France a procédé à la transposition de ces directives par deux ordonnances, à savoir l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative

(289) J.-Fr. Brisson, *Les fondements juridiques des marchés publics*, *op. cit.*, p. 66.

(290) Voy. mémo, « Public procurement : Commission requests 21 Member States to transpose new EU rules on public procurement and concessions », 26 mai 2016. Les vingt et un États membres concernés sont l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, la Croatie, la République tchèque, Chypre, l'Estonie, l'Irlande, la Grèce, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Slovénie, la Finlande, l'Espagne et la Suède. Cela signifie, *a contrario*, que seuls l'Allemagne, le Royaume-Uni, l'Italie, la Slovaquie, le Danemark, la Hongrie et la France ont notifié les mesures de transposition des directives.

(291) Decreto ley 3/2016 del 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública ; pour l'Italie, il s'agit d'une loi d'habilitation adoptée le 28 janvier 2016, Legge 28 gennaio 2016, n° 11, deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

(292) *Moniteur belge* du 14 juillet 2016, numac 2016021053.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

aux contrats de concession (293). Ces ordonnances sont elles-mêmes substantiellement précisées respectivement par le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et par le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession. Ces textes, qui se substituent au Code des marchés publics, sont complétés par d'autres décrets sur des aspects sectoriels : le décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés de défense ou de sécurité, ainsi que, pour les aspects liés aux clauses environnementales et aux spécifications techniques pour les marchés de travaux, le décret n° 2016-412 du 7 avril 2016 sur la performance énergétique.

(293) L'article 42 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014, relative à la simplification de la vie des entreprises, a autorisé le gouvernement à transposer les directives relatives aux marchés publics par voie d'ordonnance. S'agissant de la directive relative aux concessions, le recours à l'ordonnance pour sa transposition résulte de l'article 209 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - Le droit dérivé et les paquets successifs de directives « marchés publics »
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CHAPITRE 4
LA NORMALISATION ET L'HARMONISATION TECHNIQUE

111. Normalisation et marché intérieur. Outre les directives, l'influence européenne sur les droits nationaux de la commande publique résulte également de mesures de normalisation, qui prennent la forme de spécifications techniques, adoptées par un organisme de normalisation ou par la Commission agissant au titre de sa compétence d'exécution. Du fait de leur application répétée ou continue, ces normes techniques sont centrales dans la mesure où elles façonnent un cadre commun pour la mise en œuvre des règles générales de commande publique. Depuis l'adoption de la « nouvelle approche » en 1985, la réalisation du marché intérieur repose, du moins en principe, sur une combinaison entre une harmonisation qui est censée être limitée aux exigences essentielles et le renvoi à des normes volontaires, adoptées par des organismes européens de normalisation (294).

En droit des marchés publics, la méthode de la normalisation a été suivie dans les directives adoptées au tournant des années 90. Par exemple, la première directive sur les marchés publics de services (directive 92/50) prévoyait que les spécifications techniques, à savoir les prescriptions techniques contenues notamment dans le cahier des charges, devaient être définies par renvoi aux normes nationales ou par référence aux spécifications techniques contenues dans les normes européennes adoptées par le Comité européen de normalisation électronique (CENELEC). Depuis cette génération de directives, il faut toutefois constater que la fonction des normes techniques a substantiellement évolué, essentiellement en raison du caractère de plus en plus complet et exhaustif de l'harmonisation par les directives.

(294) Commission des Communautés européennes, *Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur*, COM (85) 310 final. Également, la résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation. Plus généralement, sur la « nécessité » d'une nouvelle approche, voy. D. WAELBROECK, « L'harmonisation des règles et normes techniques dans la CEE », *CDE*, 1988, pp. 243-275.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - La normalisation et l'harmonisation technique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Les normes techniques ne servent désormais plus tant de cadre pour l'exercice, par les États, de leur marge de manœuvre dans les secteurs faiblement harmonisés, elles constituent plutôt le support technique de normes communes, en matière de publicité, de procédures ou de critères d'attribution.

112. Instruments. Les normes techniques sont souvent utilisées par les États pour imposer des normes nationales, en méconnaissance du principe de non-discrimination. Bien que les litiges sur ce point se raréfient devant la Cour, c'est à travers ceux-ci que le juge a initialement appréhendé le droit des marchés publics et son articulation avec les principes du traité (295). De manière constante, les directives prévoient que les pouvoirs adjudicateurs définissent les spécifications techniques par renvoi aux normes nationales transposant des normes européennes ou, en l'absence de telles normes, par référence à des normes internes qui sont reconnues comme étant conformes aux exigences essentielles identifiées par les directives. C'est là l'un des enjeux de la reconnaissance mutuelle, qui conduit à ce que la mention « ou équivalent » figure dans les documents de consultation du marché toutes les fois où il est fait référence à des indications de marques, licences ou types. La Cour de justice a récemment rappelé l'importance de l'équivalence, inhérente à la reconnaissance mutuelle, dans l'affaire dite *Max Havelaar*, qui concernait l'exigence, formulée par un pouvoir adjudicateur, de fournir des produits conformes à un label (296).

113. Marchés publics, normalisation et harmonisation technique. Dans le champ de la commande publique, il est possible de retenir une approche relativement large de la normalisation, entendue comme une référence ou une spécification technique, adoptée par des organismes de normalisation ou par la Commission agissant au titre de ses pouvoirs d'exécution, pour préciser le cadre technique de mise en œuvre des règles harmonisées qui résultent des directives marchés et concession. Le contenu de la directive 2014/24 est illustratif de cette

(295) On rappellera ici les affaires, déjà évoquées, dite de *Dundalk* (CJCE, 22 septembre 1988, *Commission c. Irlande*, aff. C-45/87) et *Commission c. Espagne*, 17 novembre 1993, aff. C-71/92.

(296) CJUE, 10 mai 2012, *Commission c. Royaume des Pays-Bas*, aff. C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, pt 94 : le législateur européen a autorisé les pouvoirs adjudicateurs à recourir aux critères sous-jacents à un écolabel pour établir certaines caractéristiques d'un produit, mais non à ériger un écolabel en spécification technique, celui-ci ne pouvant être utilisé qu'à titre de présomption que les produits qui en disposent satisfont aux caractéristiques ainsi définies, sous réserve expresse de tout autre moyen de preuve approprié.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - La normalisation et l'harmonisation technique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

conception large. En effet, il est fait référence, de manière indistincte, aux normes ou à la normalisation, à la fois pour les exigences de publicité par renvoi à une nomenclature commune et pour les règles applicables au choix des participants et à l'attribution des marchés (au titre des critères de sélection, du document unique de marché européen ou de certificats en ligne, des normes d'assurance de la qualité et de gestion environnementale). On peut ainsi dissocier la référence aux normes techniques dans la nomenclature et la typologie des marchés (section 1) et les normes intervenant dans leur conclusion (section 2).

Section 1. – Une nomenclature commune : le vocabulaire commun des marchés publics

114. Finalité. L'établissement d'un vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV, pour *common public procurement vocabulary*) est un complément nécessaire à l'harmonisation matérielle et procédurale qui découle des directives. L'article 23 de la directive 2014/24 prévoit que les références aux nomenclatures dans le cadre de la passation des marchés publics renvoient au Vocabulaire commun pour les marchés publics (*Common Procurement Vocabulary*, CPV), prévu par le règlement (CE) n° 2195/2002 (297). Ce cadre commun établit un système unique de classification, qui est décrit à l'annexe I du règlement (CE) n° 2195/2002. Le CPV est un système de classification unique applicable aux marchés publics, dans le but d'unifier les références utilisées par les entités et les pouvoirs adjudicateurs pour la description de l'objet de leurs marchés. L'objectif du CPV est de procéder à une normalisation des références utilisées par les pouvoirs adjudicateurs toutes les fois où ils publient un avis de marché et qu'ils décrivent leurs besoins dans le cahier des charges.

115. Cadre normatif. Du fait de leur caractère d'acte législatif (les directives de 2014 ont été adoptées selon la procédure législative ordinaire et, de ce fait, par application de l'article 289 TFUE, ont un caractère législatif) (298), les directives renvoient

(297) Règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 5 novembre 2002, relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV), *JOCE*, n° L 340/1 du 16 décembre 2002.

(298) Art. 289, § 3 TFUE : « Les actes juridiques adoptés par procédure législative constituent des actes législatifs ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - La normalisation et l'harmonisation technique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

au règlement de base, adopté en 2002, lequel définit le cadre général de la nomenclature des marchés publics (299). Mais ce règlement de base, en ce qu'il contient une habilitation au profit de la Commission pour modifier les éléments non essentiels, est régulièrement modifié par des règlements d'exécution. À ce titre, des ajouts importants sont intervenus par le règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission (300).

116. Vocabulaire principal. Le vocabulaire principal repose sur une structure arborescente de codes comptant jusqu'à neuf chiffres auxquels correspond un intitulé qui décrit les fournitures, travaux ou services, objet du marché. Le code numérique comporte huit chiffres et se subdivise en divisions, identifiées par les deux premiers chiffres du code (XX000000-Y),

– groupes, identifiés par les trois premiers chiffres du code (XXX00000-Y) ;
– classes, identifiées par les quatre premiers chiffres du code (XXXX0000-Y) ;
– catégories, identifiées par les cinq premiers chiffres du code (XXXXX000-Y).

Chacun des trois derniers chiffres apporte un degré de précision supplémentaire à l'intérieur de chaque catégorie. Un neuvième chiffre sert à la vérification des chiffres précédents.

117. Vocabulaire secondaire. Le vocabulaire supplémentaire peut être utilisé pour compléter la description de l'objet des marchés. Il est constitué par un code alphanumérique auquel correspond un intitulé qui permet d'apporter des précisions additionnelles sur

(299) Issue de la jurisprudence *Koster* (CJCE, 17 décembre 1970, *Köster*, aff. 25/70, *Rec.*, p. 1161), la distinction entre acte de base et acte d'exécution est à l'origine d'une hiérarchie au sein du droit dérivé. Elle permet de distinguer les actes de droit dérivé (directives, règlements) adoptés en application des procédures législatives prévues par les traités de ceux qui sont adoptés sur le fondement des compétences d'exécution reconnues aux institutions, généralement à la Commission agissant sur le fondement d'une habilitation. Sur le plan matériel, l'acte de base contient les éléments essentiels d'une législation tandis que l'acte d'exécution contient des éléments non essentiels, qui précisent le cadre général sans ajouter de nouvelles dispositions ou définitions. Sur une clarification récente de la distinction, CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-355/10, ECLI:EU:C:2012:516.

(300) Règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission, du 28 novembre 2007, modifiant le règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) et les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relatives aux procédures en matière de marchés publics, en ce qui concerne la révision du CPV, *JOUE*, n° L 74/1 du 15 mars 2008.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - La normalisation et l'harmonisation technique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

la nature ou la destination spécifiques du bien à acheter. Le code alphanumérique comprend :

– un premier niveau constitué par une lettre correspondant à une section ;
– un deuxième niveau constitué par une lettre correspondant à un groupe ;
– un troisième niveau constitué par trois chiffres correspondant aux subdivisions. Le dernier chiffre sert à la vérification des chiffres précédents. Exemples :
  - Division 45 pour travaux, groupe 45-1 pour « préparation de sites », classe 45-11 pour « démolition et terrassements », classe 45-12 pour forages et sondages ;
  - Division 50 pour les services de réparation et d'entretien, groupe 5010 pour les véhicules, soit par exemple 50100000-7 pour réparation et entretien véhicules à moteur, 50100000-9 pour équipements connexes aux véhicules à moteur.

118. Conséquences de l'imprécision ou d'une erreur dans le code CPV. De nature très technique, la référence au code CPV dans un avis de publicité peut-elle constituer un vice susceptible d'être invoqué à l'appui d'un recours dirigé contre le contrat ? Dans l'hypothèse où il s'agirait d'introduire un référé précontractuel, la réponse nous semble devoir être négative depuis l'intervention de la jurisprudence du Conseil d'État *Smirgeomes*, qui a eu pour effet de subjectiviser le référé précontractuel (301) : seuls les manquements susceptibles d'avoir lésé ou risquant de léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente, peuvent être soulevés devant le juge des référés par une entreprise qui a participé à la procédure. Tel n'est pas le cas d'une irrégularité telle qu'une erreur dans le code CPV, qui est considérée comme inopérante, dès lors que l'entreprise a déposé sa candidature puis une offre (302).

(301) CE, sect., 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, n° 305420 ; *Contrats et Marchés publics*, 2008, comm. 264, note J.-P. Pietri.

(302) Voy. par exemple, CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, n° 317671.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - La normalisation et l'harmonisation technique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Section 2. – Les référentiels communs pour la conclusion des marchés

119. Identification. Plusieurs dispositifs ont été adoptés pour fournir un cadre technique de référence pour la conclusion des marchés. Pour la transmission des informations requises du soumissionnaire pour candidater à un marché, l'Union vient d'adopter un document unique de marché européen (DUME), qui devrait simplifier l'accomplissement des obligations administratives (§ 1). Pour l'ensemble des documents qui concernent le pouvoir adjudicateur (avis de publicité, de préinformation, etc.), des formulaires standards ont été adoptés (§ 2). Enfin, pour faciliter l'accès aux marchés situés dans d'autres États, un accès à l'information est facilité pour les opérateurs économiques par le biais de bases d'information dédiées (§ 3).

§ 1. – *Document unique de marché européen*

120. Document unique de marché européen (DUME). Selon l'article 59 de la directive 2014/24, lors de la présentation de demandes de participation ou d'offres, les pouvoirs adjudicateurs acceptent le document unique de marché européen (DUME) consistant en une déclaration sur l'honneur actualisée à titre de preuve *a priori* en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers pour confirmer que l'opérateur économique concerné remplit l'une des conditions suivantes :

– il ne se trouve pas dans une situation qui doit ou peut entraîner son exclusion (cas de figure visés à l'article 57 de la directive, tels que la fraude aux intérêts financiers, des condamnations pénales antérieures) ;
– il répond aux critères de sélection (aptitude à exercer l'activité professionnelle, capacité financière, capacités techniques et professionnelles) ;
– il répond aux critères qu'a éventuellement fixés le pouvoir adjudicateur s'il décide, en vertu de l'article 65 de la directive, de recourir à un appel d'offres restreint ; en effet, dans la procédure restreinte, le pouvoir adjudicateur peut réduire le nombre de candidats invités à participer (avec un nombre minimal de cinq), en l'indiquant dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt des critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - La normalisation et l'harmonisation technique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

121. Contenu du DUME. Le document unique de marché européen est défini par le règlement d'exécution 2016/7 de la Commission (303). Le DUME se présente sous la forme d'une déclaration sur l'honneur des opérateurs économiques pour servir de preuve *a priori* en lieu et place des certificats délivrés par les autorités publiques ou les tiers. Il s'agit d'une déclaration officielle par laquelle l'opérateur affirme qu'il ne se trouve pas dans l'une des situations qui doivent ou peuvent entraîner l'exclusion d'un opérateur, qu'il répond aux critères de sélection applicables et que, le cas échéant, il respecte les règles et les critères objectifs qui ont été établis dans le but de limiter le nombre de candidats remplissant les conditions requises et qui seront invités à participer. Il vise à atténuer les lourdeurs administratives découlant de l'obligation de produire un nombre important de certificats ou d'autres documents en rapport avec les critères d'exclusion et de sélection. Géré par un service dédié de la Commission, le DUME se présente sous la forme de quatre parties.

Structure du DUME (annexe I règlement d'exécution n° 2016/7)

- **Partie I :** informations concernant la procédure de passation de marché et le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.
- **Partie II :** informations concernant l'opérateur économique.
- **Partie III :** critères d'exclusion.
  - **A : Motifs liés à des condamnations pénales** (leur application est obligatoire en vertu de l'article 57, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE[304]. Leur application est également obligatoire pour les pouvoirs adjudicateurs en vertu de l'article 80, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2014/25/UE, tandis que les entités adjudicatrices autres que des pouvoirs adjudicateurs **peuvent** décider d'appliquer ces critères d'exclusion).
  - **B : Motifs liés au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale** (leur application est obligatoire en vertu de l'article 57, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE en cas de décision finale et contraignante. Selon les mêmes conditions, leur application est également obligatoire pour les pouvoirs adjudicateurs en vertu de l'article 80, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2014/25/UE, tandis que les entités adjudicatrices autres que des pouvoirs adjudicateurs **peuvent** décider

(303) Règlement d'exécution (UE) n° 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen, *JOUE*, n° L 3/16 du 6 janvier 2016.

(304) Les motifs d'exclusion visés à l'article 57, § 1, de la directive 2014/24 sont les suivants : participation à une organisation criminelle, corruption, fraude, infractions terroristes ou infractions liées aux activités terroristes, blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme, travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - La normalisation et l'harmonisation technique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

d'appliquer ces motifs d'exclusion. Il convient de noter que le droit interne de certains États membres peut rendre l'exclusion obligatoire même lorsque la décision n'est pas finale ni contraignante).

– **C : Motifs liés à une insolvabilité, à des conflits d'intérêts ou à une faute professionnelle (voir l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE)** (cas dans lesquels les opérateurs économiques peuvent être exclus ; l'application de ces motifs d'exclusion peut être rendue obligatoire pour les pouvoirs adjudicateurs par leur État membre. En vertu de l'article 80, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE, toutes les entités adjudicatrices, qu'il s'agisse ou non de pouvoirs adjudicateurs, **peuvent** décider d'appliquer ces motifs d'exclusion ou y être obligées par leur État membre).

– **D : Autres motifs d'exclusion pouvant être prévus par le droit interne de l'État membre du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice.**

- **Partie IV. Critères de sélection :** l'indication de ces critères est facultative pour les entités adjudicatrices ; en effet, conformément à l'article 80, paragraphe 2, de la directive 2014/25/UE, les entités adjudicatrices, qu'il s'agisse ou non de pouvoirs adjudicateurs, peuvent décider d'appliquer les critères de sélection prévus à l'article 58 de la directive 2014/24/UE. Figurent au titre de ces critères :
  – **α :** indication globale pour tous les critères de sélection ;
  – **A :** adéquation ;
  – **B :** capacité économique et financière ;
  – **C :** capacités techniques et professionnelles ;
  – **D :** dispositifs d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementale.
- **Partie V. Réduction du nombre de candidats qualifiés :** indication des critères dans l'hypothèse du recours à une procédure restreinte.
- **Partie VI. Déclarations finales :** déclaration d'intention.

122. Utilisation par les entités adjudicatrices. L'utilisation du DUME par des entités adjudicatrices en ce qui concerne les exigences liées aux dispositifs d'assurance de la qualité et aux normes de gestion environnementale (partie IV, section D) n'est pas explicitement prévue par la directive 2014/25, mais devrait néanmoins être autorisée pour des raisons pratiques, l'article 62 de la directive 2014/24 et l'article 81 de la directive 2014/25 étant en substance identiques.

Conformément à l'article 77, paragraphe 2, et à l'article 78, paragraphe 1, de la directive 2014/25, les entités adjudicatrices sélectionnent les participants sur la base de règles et de critères objectifs. Comme cela a été décrit plus haut, ces critères peuvent dans certains

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - La normalisation et l'harmonisation technique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

cas être ceux prévus par la directive 2014/24 ou comporter des dispositions essentiellement identiques. Toutefois, les règles et critères objectifs peuvent également être spécifiques à une certaine entité adjudicatrice ou à une certaine procédure de passation de marché. Ces cas de figure ne peuvent néanmoins pas être couverts par un formulaire type.

123. Caractère obligatoire ou facultatif du DUME. En vertu de l'article 59 de la directive 2014/24, le DUME doit être joint aux offres dans les procédures ouvertes ainsi que pour les demandes de participation aux procédures restreintes, pour les procédures concurrentielles avec négociation, les dialogues compétitifs, les partenariats d'innovations. C'est là une obligation toutes les fois où le marché, du fait des seuils, entre dans le champ de la directive. Pour les procédures négociées sans publication préalable, prévues par l'article 32 de la directive 2014/24 et l'article 50 de la directive 2014/25, l'exigence du DUME dépend essentiellement du contexte. Si la procédure de négociation se justifie car seul un participant prédéterminé est possible ou en cas d'urgence, il convient de considérer que le DUME n'est pas exigé. En revanche, selon les précisions apportées par le règlement d'exécution, le DUME doit être exigé dans les autres cas, à savoir lorsque plusieurs participants peuvent être associés à la procédure négociée ou en l'absence d'urgence (305).

Pour les marchés dont le montant est inférieur aux seuils des directives, ou pour ceux qui bénéficient d'un régime assoupli, tels que les services sociaux et autres services spécifiques, ou encore pour l'attribution des contrats de concession, le recours au DUME est facultatif ; en d'autres termes, les États peuvent décider ou laisser les pouvoirs adjudicateurs décider si le DUME doit être utilisé dans le cadre de ces procédures de passation (306).

§ 2. – *La standardisation des avis et des formulaires*

124. Renvoi de la directive 2014/24/UE aux avis et formulaires standardisés. Afin de garantir l'effectivité des obligations de publicité et de mise en concurrence, les directives ont été à l'origine d'un processus de standardisation des différents formulaires dont

(305) Règlement d'exécution (UE) n° 2016/7 de la Commission, du 5 janvier 2016, établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen, annexe I, note de bas de page n° 5.

(306) *Ibid.*, annexe I.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - La normalisation et l'harmonisation technique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

doivent faire usage les pouvoirs adjudicateurs, toutes les fois où ils concluent un marché (et désormais une concession) qui entre dans le champ des directives. À cet égard, l'annexe VIII de la directive 2014/24 identifie les avis qui doivent être obligatoirement envoyés par les pouvoirs adjudicateurs à l'Office des publications de l'Union (OPUE) ainsi que le contenu des informations qui doivent y figurer. Dans le cadre de la directive 2014/24, sont soumis à transmissions à l'OPUE les avis visés à l'article 48 (avis de préinformation, par lequel un pouvoir adjudicateur peut faire connaître son intention de passer un marché), à l'article 49 (les avis de marché sont utilisés comme moyen d'appel à la concurrence, sauf exception), à l'article 50 (avis d'attribution de marché, transmis au plus tard trente jours après la conclusion faisant suite à la décision d'attribution), à l'article 75 (services sociaux et services spécifiques) et à l'article 79 (concours).

125. Contenu des avis. L'annexe V de la directive 2014/24 identifie les informations qui doivent figurer dans les avis, en distinguant les informations dans les avis de préinformation sur un profil d'acheteur, les informations dans les avis de préinformation (art. 48), les informations dans les avis de marché (art. 49), les informations dans les avis d'attribution (art. 50), les informations dans les avis de concours (art. 79, § 1), les informations dans les avis de résultats de concours (art. 79, § 2), les avis de modification d'un marché en cours (art. 72, § 1), les avis pour les services sociaux et autres marchés spécifiques (art. 75, § 1), les avis de préinformation sur les services sociaux (art. 75, § 1), les avis sur l'attribution des services sociaux (art. 75, § 2). Par ailleurs, les dispositions contenues dans l'annexe VIII prévoient que le format et les modalités de transmission des avis par voie électronique sont accessibles à une adresse unique : http://simap.europa.euFR. Ce site rend accessible les différents avis visés par la directive, à savoir :

– Pour les marchés relevant de la directive 2014/24 (secteurs classiques), sont standardisés :
  - l'avis de préinformation ;
  - l'avis de marché ;
  - l'avis d'attribution de marché ;
  - l'avis sur un profil d'acheteur ;
  - l'avis de concours ;
  - le résultat de concours ;

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - La normalisation et l'harmonisation technique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

- l'avis en cas de transparence *ex ante* volontaire ;
- l'avis de modification ;
- les avis pour les services sociaux et autres services spécifiques.

– Pour les marchés relevant de la directive 2014/25, sont standardisés :
- l'avis périodique indicatif ;
- l'avis de marché ;
- l'avis d'attribution de marché ;
- le système de qualification ;
- l'avis sur un profil d'acheteur ;
- les résultats du concours ;
- l'avis en cas de transparence *ex ante* volontaire ;
- l'avis de modification.

– Pour les contrats de concession relevant de la directive 2014/23 :
- l'avis de concession ;
- l'avis d'attribution de concession ;
- l'avis de concession pour les services sociaux et autres services spécifiques ;
- l'avis de modification.

§ 3. – *La facilitation de l'accès à l'information*

126. E-certis. L'article 61 de la directive 2014/24, relatif à la base de données de certificats en ligne (e-Certis), prévoit qu'« en vue de faciliter la soumission d'offres transnationales, les États membres veillent à ce que les informations relatives aux certificats et aux autres formes de pièces justificatives introduites dans la base e-Certis créée par la Commission soient tenues à jour en permanence ». Ce système d'information est conçu comme un outil d'information qui permet de déterminer et de reconnaître les certificats et attestations les plus fréquemment demandés dans le cadre des procédures de passation de marchés publics des différents États membres. Sa mise en place, à partir de 2011, résulte du Livre vert sur le développement des marchés électroniques dans l'Union (307). Il distingue des catégories de documents (certificat exigible en vue de la participation à un marché public, certificat exigible après l'achèvement

(307) COM (2010) 571 final du 18 octobre 2010, *Livre vert sur le développement des marchés électroniques dans l'Union*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - La normalisation et l'harmonisation technique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

d'un marché public, informations générales sur les systèmes de certification, listes sectorielles des opérateurs agréés) et des types de document qui peuvent être consultés (notamment les différentes formes de preuves requises : absence de condamnation pénale, de régularité fiscale, de capacité économique et financière, d'habilitation à exercer une activité, etc.).

127. La normalisation sociale et environnementale. Les directives prévoient également un renvoi aux normes européennes lorsque les pouvoirs adjudicateurs demandent la production de certificats qui attestent que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de la qualité. Ils doivent, en vertu de l'article 62 de la directive 2014/24, se référer aux systèmes d'assurance de la qualité basés sur les séries de normes européennes en la matière et certifiés par des organismes accrédités. Ils reconnaissent les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Ils acceptent également d'autres preuves de mesures équivalentes d'assurance de la qualité lorsque l'opérateur économique concerné n'avait pas la possibilité d'obtenir ces certificats dans les délais fixés pour des motifs qui ne lui sont pas imputables, pour autant que ledit opérateur économique établisse que les mesures d'assurance de la qualité proposées sont conformes aux normes d'assurance de la qualité requises.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs demandent la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale, ils se réfèrent au système de management environnemental et d'audit (EMAS) de l'Union ou à d'autres systèmes de gestion environnementale reconnus conformément à l'article 45 du règlement (CE) n° 1221/2009 ou à d'autres normes de gestion environnementale fondées sur les normes européennes ou internationales en la matière et élaborées par des organismes accrédités. Ils reconnaissent les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres (308).

(308) Directive 2014/24, art. 67, § 2. Règlement (CE) n° 1221/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), *JOUE*, n° L 342/1 du 22 décembre 2009.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - La normalisation et l'harmonisation technique
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

128. Plan. Le champ d'application des règles harmonisées issues des directives relatives aux marchés publics (2014/24 et 2014/25) ainsi que de la directive relative aux concessions (2014/23) peut être présenté, de manière classique, sous l'angle du champ personnel, qui renvoie aux parties à ces contrats (chapitre 1), et sous l'angle du champ matériel, qui implique d'identifier leur objet (chapitre 2). Une fois délimités les parties et l'objet, les directives ne sont applicables que si le marché ou la concession dépasse le montant des seuils de publicité (chapitre 3).

Mais le respect des conditions formelles d'applicabilité des directives n'exclut pas certaines spécificités. Tout d'abord, certains marchés, notamment dans le cadre de marchés en réseau, présentent un certain nombre de particularismes, qui ont trait à la nature du marché et des parties et aux procédures de conclusion. Le droit de l'Union prévoit en ce sens des réglementations spécifiques (chapitre 4). Enfin, les directives ne sont applicables qu'à la condition de ne pas se situer dans le champ d'une hypothèse d'exclusion (chapitre 5).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
[Introduction]
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CHAPITRE 1
LES PARTIES AUX CONTRATS DE MARCHÉS ET DE CONCESSIONS

129. Champ d'application *ratione personae*. La conclusion d'un contrat de marché public ou de concession résulte d'un accord de volonté entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique. Ces deux notions ont la même signification dans les directives relatives aux marchés publics et dans la directive relative à l'attribution des contrats de concession. Les marchés (ou les concessions) relatifs aux activités qui entrent dans le champ de la directive secteurs spéciaux (eau, énergie, transports, services postaux) présentent toutefois une spécificité en ce qu'ils sont conclus entre une entité adjudicatrice et un opérateur économique, l'entité renvoyant soit à un pouvoir adjudicateur au sens des directives sur les marchés, soit à une entreprise publique sur laquelle un ou des pouvoirs adjudicateurs exercent une influence dominante. Sous réserve de cette spécificité, présentée ci-après dans le chapitre 4, la délimitation du champ personnel des directives nécessite de définir et de préciser la portée des notions de pouvoir adjudicateur (section 1) et d'opérateur économique (section 2).

SECTION 1. – LE POUVOIR ADJUDICATEUR

130. Diffusion progressive. En droit de l'Union, la notion de pouvoir adjudicateur (*contracting authority*) est centrale pour désigner la personne ou l'entité, publique ou privée, qui conclut le marché. Présente dès la première directive relative aux travaux (309), sa diffusion dans les droits nationaux fut lente et progressive, dans la mesure où la plupart d'entre eux n'y font pas historiquement référence. Le droit allemand recourt à la notion « d'autorité

(309) Directive 71/305 du 26 juillet 1971, art. 1, b).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

administrative » pour désigner la personne publique au contrat, que le marché soit de droit privé (dans la plupart des cas) ou de droit public (sur le fondement d'une loi spéciale ou si son objet est l'exercice de la puissance publique) (310). De son côté, le droit espagnol faisait longtemps référence à « l'administration publique », avec une énonciation de tout un ensemble d'entités qui s'y rattachent pour les marchés (autorités de l'État, des communautés autonomes, entreprises publiques, etc.), traduisant ainsi une approche essentiellement organique de la commande publique (311).

En France, le Code des marchés publics s'est longtemps référé à la notion de personne responsable du marché, définie comme la personne « chargée de mettre en œuvre les procédures d'exécution des marchés » (312). Dans le cadre de la transposition des directives 2004/17 et 2004/18, cette qualification sera écartée par le décret n° 2006-975 du 1er août 2006 à l'origine de nombreuses modifications dans le Code des marchés publics en 2006. La seule qualification de pouvoir adjudicateur, en droit de l'Union et en droit interne, ne préjuge pas de différences quant à la signification que ceux-ci accordent à cette notion. Ainsi, jusqu'à l'adoption de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, le droit français continuait à distinguer entre les pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés, assumant la maîtrise d'ouvrage du marché, et les pouvoirs adjudicateurs non soumis à celui-ci mais répondant à la définition communautaire de pouvoir adjudicateur. Ceux-ci étaient couverts par un texte de transposition spécifique : l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics et ses deux décrets

(310) Voy. P.M. Hube, « The Europeanization of Public Procurement in Germany », *Eur. Pub. L.*, 2001, vol. 7, n° 1, p. 33, qui considère que l'européanisation de la commande publique en Allemagne est « *a painful farewell to the traditional approach which considered contracts placed by an authority as ordinary contracts under civil law without specific obligations under public law* ».

(311) C'est essentiellement avec la transposition des directives 2004/17 et 2004/18, par la loi n° 30/2007 du 30 octobre 2007 – *Ley Contratos del Sector Público* – que le droit espagnol a développé une approche plus fonctionnelle des contrats publics, fondée sur l'objet du contrat et non sur les parties. Voy. la présentation du dossier législatif, https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-18874.

(312) Art. 20 du Code des marchés publics de 2001 (décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics). Cette personne était l'autorité compétente en vertu des textes ou principes applicables au pouvoir adjudicateur concerné (ministres et préfets pour l'État, chefs des exécutifs pour les collectivités territoriales, personnes désignées par les statuts pour les établissements publics), mais aussi la personne à laquelle cette autorité donnait, le cas échéant, une délégation de pouvoir ou une délégation de signature précisant les catégories et les montants des marchés pour lesquels elle était donnée.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

d'application (décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 pour les entités adjudicatrices et décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 pour les pouvoirs adjudicateurs). En s'inscrivant dans un mouvement d'unification du droit de la commande publique, l'ordonnance de juillet 2015 contribue à simplifier l'état du droit en faisant coïncider le champ personnel des règles nationales et européennes.

131. Composantes du pouvoir adjudicateur. Le contenu même du pouvoir adjudicateur appelle une clarification dans la mesure où le droit dérivé associe cette qualification à plusieurs cadres. Aux termes de l'article 2 de la directive 2014/24, doivent être considérés comme pouvoirs adjudicateurs : « l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public ». Cette définition est similaire dans la directive 2014/25 relative aux secteurs spéciaux (313) et dans la directive 2014/23 relative à l'attribution des contrats de concession (314). Une telle approche, qui envisage le pouvoir adjudicateur dans trois cas de figure principaux (État, collectivités, organismes de droit public), est constante dans le droit dérivé depuis le second paquet législatif et la directive 89/440 (315). Cette définition est complétée par l'identification « d'autorités publiques centrales », qui correspondent à des pouvoirs adjudicateurs identifiés à l'annexe I de la directive. En tout état de cause, cette définition ouvre une distinction entre les pouvoirs

(313) Sous la réserve, importante et déjà évoquée, que la directive 2014/25 envisage la notion d'entité adjudicatrice pour désigner la personne qui conclut le contrat, laquelle recouvre un pouvoir adjudicateur ou une entreprise publique.

(314) La directive sur les concessions s'applique à l'attribution de concessions de travaux ou de services à des opérateurs économiques par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices (directive 2014/23, art. 1er, § 2, a et b).

(315) La directive 71/305 qualifiait de « pouvoirs adjudicateurs » (art. 1, b), l'État, les collectivités territoriales et certaines personnes morales de droit public. Ces personnes étaient définies à l'annexe II : en Allemagne : les « bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts » ; en France : les établissements publics à caractère administratif (à l'échelon national, départemental ou local) ; en Italie : les universités d'États, les instituts scientifiques, les « Entiti di riforma fondiaria », les institutions d'assistance et de bienfaisance ; en Belgique : le Fonds des routes, la régie des voies aériennes, l'office régulateur de la navigation intérieure, les commissions d'assistance publique, la régie des services frigorifiques de l'État belge ; au Luxembourg : les caisses des assurances sociales, les autres établissements publics à caractère administratif ; aux Pays-Bas : les universités, les autorités en charge des eaux. Du fait du caractère extrêmement limitatif de cette liste, les directives ultérieures (à partir de la directive 89/440 du 18 juillet 1989) ont substitué l'organisme de droit public à la personne morale de droit public. Plus flexible, la notion d'organisme de droit public est identifiée au regard de critères objectifs qui visent à identifier l'influence d'un pouvoir adjudicateur par définition, État ou collectivités.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

adjudicateurs par définition, c'est-à-dire identifiés comme tels par la directive (l'État et les autorités régionales ou locales) (§ 1), et les pouvoirs adjudicateurs par identification à un organisme de droit public (§ 2).

§ 1. – *Les pouvoirs adjudicateurs par définition*

Les pouvoirs adjudicateurs par définition sont ceux qui sont identifiés en tant que tels par les directives, à savoir l'État (A) et les autorités régionales ou locales (B).

A. *L'État*

132. Acception traditionnellement large. L'État est par essence un pouvoir adjudicateur dans la mesure où les autorités publiques nationales sont historiquement celles qui concluent les marchés. En matière de commande publique, l'acception de la notion d'État est relativement large, suivant en cela une position bien établie dans le contentieux de la transposition des directives (316). L'État doit être appréhendé dans son unité et renvoie à l'ensemble des autorités et des organismes susceptibles de lui être rattachés. Une telle conception unitaire de l'État, cohérente avec celle que retient le droit international public, constitue le fil directeur de la jurisprudence européenne dès lors qu'il s'agit d'imputer un défaut de transposition d'une directive ou, plus largement, un manquement au droit de l'Union (317). Le corollaire de cette conception de l'État, justifié par la recherche de l'effet utile du droit de l'Union, est l'imputabilité

(316) Selon la conception classique du droit public, l'État comporte trois pouvoirs : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. D'un point de vue abstrait, les organes des trois pouvoirs sont liés par le droit de l'Union ; la Cour l'a clairement énoncé dans son arrêt *Von Colson et Kamann* (relatif à l'invocabilité d'interprétation des directives), en soulignant que « l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat par celle-ci ainsi que leur devoir en vertu de l'article 5 du traité de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles » (CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83, *Rec.*, p. 1891, pt 26).

(317) En matière de directives, voy. ainsi, l'arrêt *Fratelli Costanzo*, 22 juin 1989, aff. 103/88, *Rec.*, p. 1839, pt 30 : tous les organes de l'administration, y compris les autorités décentralisées, telles que les communes, sont tenus de faire application des dispositions d'une directive ; dans le contentieux en manquement, voy. CJCE, 5 mai 1970, *Commission c. Belgique*, aff. 77/69, *Rec.*, p. 237, pt 15 : le manquement est établi quel que soit l'organe de l'État dont l'action ou l'omission est à l'origine de celui-ci, même s'il s'agit d'une institution constitutionnellement indépendante.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

à l'État des manquements des collectivités territoriales, y compris lorsqu'elles disposent d'un statut d'autonomie (par exemple une mesure adoptée par un législateur régional) (318).

133. Application à la commande publique. En cohérence avec ses principes d'interprétation, qui conduisent à conférer aux notions la plus grande portée pour permettre le plus grand champ d'application des actes de droit dérivé, la Cour applique à la commande publique sa définition fonctionnelle de l'État. Par cette approche unitaire et autonome, elle veille ainsi à l'effectivité de la mise en œuvre des directives à l'échelle des différents démembrements de l'État. L'affaire *Beentjes c. Pays-Bas* (319) fait ici référence. La Cour était interrogée sur l'applicabilité de la directive 71/305 à une commission locale de remembrement, instance dépourvue de personnalité juridique propre et chargée d'exécuter une politique d'aménagement agricole, qui ne peut être rattachée ni à un service de l'administration de l'État, ni au service administratif d'une collectivité territoriale, ni encore aux personnes morales de droit public identifiées à l'annexe de la directive. Pour l'Avocat général Darmon, une telle entité, qui s'assimile à un démembrement de l'administration sans personnalité juridique propre, doit être envisagée au regard de l'interprétation fonctionnelle de l'État que retient la Cour (320). À cette fin, il convient de suivre un ensemble d'indices pour rattacher à la notion d'État un organisme qui n'en fait pas formellement partie, en s'attachant à la composition et aux fonctions qui lui incombent, à la nature des financements des marchés qu'il attribue et, plus généralement, à son degré de dépendance par rapport aux pouvoirs publics (321). Le raisonnement suivi dans l'affaire *Beentjes* peut servir de référence toutes les fois où il s'agit de qualifier, au sens des directives relatives aux marchés publics, une autorité qui conclut un marché et qui ne peut se rattacher ni à l'État, au sens formel, ni à une collectivité ou à un organisme de droit public.

(318) Voy. par exemple pour le législateur de la Région flamande en Belgique, CJCE, 17 septembre 1998, *Commission c. Belgique*, aff. C-323/96, *Rec.*, p. I-5072.

(319) CJCE, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV c. Pays-Bas*, aff. 31/87, *Rec.*, p. I-4652.

(320) Conclusions de l'Avocat général Marco DARMON, présentées le 4 mai 1988, aff. 31/87, *Rec.*, p. I-4643, pt 10.

(321) Aff. 31/87, *op. cit.*, pts 11 et 12.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

B. *Les autorités régionales ou locales*

134. Définition par renvoi. Le droit de l'Union ne pose pas une définition formelle des collectivités territoriales, associées dans les directives aux autorités régionales ou locales. Dès lors qu'elles sont considérées comme telles dans un État, les collectivités territoriales sont par définition des pouvoirs adjudicateurs (322).

135. Indifférence de la finalité du marché. La conception fonctionnelle suivie par la Cour justifie l'absence de distinction à raison de la finalité du marché conclu par le pouvoir adjudicateur. Dans une affaire *Commission c. Allemagne* (323), relative à un marché pour le transport de déchets conclu entre la ville de Munich et une entreprise, la Cour a écarté l'argumentation du gouvernement allemand qui souhaitait distinguer les marchés qui s'inscrivent dans le cadre des activités d'intérêt général d'une ville et ceux qui sont associés à une activité économique indépendante, soumise à la concurrence. Une telle distinction ne peut être admise, au motif que la directive ne fait pas de distinction entre les marchés passés par un pouvoir adjudicateur pour accomplir sa mission de satisfaire des besoins d'intérêt général et ceux qui n'ont pas de rapport avec cette mission. De même, il est sans importance que le pouvoir adjudicateur entende opérer lui-même comme prestataire de services et que le marché en cause vise, dans ce cadre, la sous-traitance d'une partie des activités à un tiers. Cette position se justifie notamment par le fait que la décision du pouvoir adjudicateur concernant le choix de ce tiers repose sur des considérations autres qu'économiques (324). On peut voir dans ce raisonnement une proximité avec la théorie dite de « la contagion », qui structure l'interprétation de la notion de pouvoir adjudicateur dans la jurisprudence européenne.

---

(322) CJCE, 18 novembre 2004, *Commission c. Allemagne*, aff. C-126/03, *Rec.*, p. I-11209, pt 18.

(323) CJCE, 18 novembre 2004, *Commission c. Allemagne*, aff. C-126/03, *op. cit.*

(324) *Ibid.*, pts 17 et 18. Également les conclusions, dans cette affaire, de l'Avocat général L.A. Geelhoed, présentées le 24 juin 2004, pts 31 et s. : « peu importe que l'activité n'ait aucun rapport avec une mission d'intérêt général ou ne donne pas lieu à l'emploi de fonds publics. Il ressort de la directive que les entités relevant de la notion de pouvoir adjudicateur sont tenues d'engager une procédure de marché conforme aux dispositions de la directive. Tel est donc le cas même si un pouvoir adjudicateur opère lui-même comme prestataire de services sur le marché, tout en sous-traitant certaines parts de son activité à un tiers. En effet, il n'est pas exclu que le choix de ce dernier fasse intervenir des considérations autres qu'économiques et que les fonds publics soient utilisés à l'un ou l'autre stade ». Voy. pour une application en droit interne, TA Toulouse, 22 novembre 2011, *SAS Icade promotion*, n° 1104937.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

136. Associations de collectivités. Les directives envisagent également l'hypothèse des associations entre l'État, les autorités régionales et les organismes de droit public. Il s'agit ici de l'hypothèse de groupements entre collectivités, qui ne sont ni des autorités régionales ou locales, ni des organismes de droit public. La jurisprudence envisage ce cas de figure comme étant palliatif. Cette lecture résulte de l'arrêt *Gemeente Arnhem*, où est en cause un contrat liant plusieurs communes aux Pays-Bas à une société anonyme, créée par elles, pour la gestion des déchets. Pour la Cour, le lien entre les communes et ladite société ne saurait constituer une association : « une entité déterminée ne saurait relever à la fois de deux catégories différentes [État, collectivité, organisme de droit public] et la notion d'association ne revêt qu'une fonction résiduelle, ce qui est confirmé par le libellé de cette disposition » (325). Dans un tel cas de figure, il convient donc d'abord de vérifier si la société, bien que fondée à l'initiative de deux communes, ne peut être qualifiée d'organisme de droit public ; à défaut, la qualification d'association peut être retenue.

137. Distinction suivant la nomenclature NUTS. Les directives dissocient les autorités régionales et locales. Les premières sont « toutes les autorités des unités administratives énumérées dans les NUTS 1 et 2 visées dans le règlement (CE) n° 1059/2003 », tandis que les secondes sont « toutes les autorités des unités administratives relevant de la NUTS 3 et des unités administratives de plus petite taille visées dans ce même règlement ». Cette terminologie technique renvoie à la Nomenclature des unités territoriales statistiques (NUTS), systématisée par le règlement (CE) n° 1059/2003 (326). La NUTS est une nomenclature hiérarchique. Elle correspond à des aires géographiques, dans chaque État, utilisées à des fins de statistiques. Elle subdivise chaque État membre en unités territoriales de niveau NUTS 1, chacune de celles-ci étant subdivisée en unités territoriales de niveau NUTS 2, elles-mêmes subdivisées en unités territoriales de niveau NUTS 3. Cette subdivision est purement administrative et ne prend pas en compte les critères socio-économiques propres à un territoire. La définition des unités territoriales repose

(325) CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem*, *Gemeente Rheden c. BFI Holding BV*, aff. 360/96, *Rec.*, p. I-6821.

(326) Règlement (CE) n° 1059/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 26 mai 2003, relatif à l'établissement d'une nomenclature commune des unités territoriales statistiques (NUTS), *JOUE*, n° L 154 du 21 juin 2003.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

en substance sur les unités administratives existant dans les États membres, en prenant en compte des seuils de population (NUTS 3 : 150.000 à 800.000 habitants, NUTS 2 : 800.000 à 3 millions, NUTS 1 : 3 à 7 millions). Sur cette base, de grandes régions françaises sont rattachables à l'unité NUTS 1 (Île-de-France, Bassin parisien, Nord-Pas-de-Calais, Est, Ouest, Sud-Ouest, Centre-Est, Méditerranée et DOM), toutes les régions administratives sont NUTS 2, tous les départements sont NUTS 3.

138. Nomenclature et avis de marché. Le rattachement des autorités régionales et locales à la nomenclature sert essentiellement à les identifier dans les avis de marchés publiés au *JOUE*. Chaque autorité doit ainsi indiquer sa nomenclature à des fins d'identification et de statistiques. Par exemple : FR 1 « Île-de-France », FR 101 « Paris », FR 5 « Ouest », FR 51 « Pays de la Loire », FR 52 « Bretagne », FR 521 « Finistère ». Pour la Belgique : BE 100 « Bruxelles », BE 200 « Flandre » BE 300 « Wallonie », BE 310 « Brabant Wallon », BE 320 « Hainaut », BE 321 « Ath », etc. Dans les formulaires normalisés, la référence au code NUTS figure dans les rubriques relatives à l'identification du marché (rubrique II.1.2 des formulaires 2, 3, 5, 6, 10, 11, 15).

§ 2. – *Les pouvoirs adjudicateurs par qualification d'organisme de droit public*

Il convient de présenter la finalité qui s'attache à cette qualification, ainsi que les critères qui sont utilisés pour caractériser un organisme de droit public (A). La mise en œuvre des critères est à l'origine d'un contentieux récurrent (B). Un traitement spécifique doit également être réservé au sujet des marchés dits subventionnés, qui conduit à admettre qu'une entreprise privée, indépendamment de sa mission, puisse être considérée comme un pouvoir adjudicateur dès lors que son marché est subventionné à plus de 50 % par des pouvoirs adjudicateurs (C).

A. *Identification de l'organisme de droit public*

139. Finalité. La notion d'organisme de droit public est celle qui soulève le plus de difficulté pour cerner la consistance du pouvoir adjudicateur. Elle est conçue pour englober toutes les organisations juridiquement indépendantes qui sont étroitement liées à l'État et qui

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

se comportent fondamentalement comme des entités publiques : organismes publics de radiodiffusion, universités, caisses d'assurance maladie, associations visant à mutualiser des moyens publics (327), entreprises communales (en Belgique), sociétés publiques locales (328) (en France), ou encore certaines sociétés d'économie mixte locale (329). La finalité qu'il convient d'associer à la catégorie de l'organisme de droit public a été utilement précisée dans la jurisprudence. Dans ses conclusions dans l'affaire *Université de Cambridge*, l'Avocat général Albert indique en ce sens que « L'objectif des directives de coordination des procédures de passation des marchés publics est d'exclure le danger que les organismes en cause se laissent guider, lors de la passation des marchés, par d'autres considérations que des considérations économiques. L'application des directives doit empêcher que les organismes qui ne sont pas soumis aux lois du marché donnent une préférence à un soumissionnaire ou à un candidat qui leur convient mieux lors de la passation du marché » (330). Ainsi conçue, la catégorie des organismes de droit public a pour finalité d'éviter que des entités, de droit public ou de droit privé, qui se trouvent dans la sphère publique et présentent un rattachement, direct ou indirect, à un pouvoir adjudicateur par définition, échappent aux exigences de passation définies par les directives.

140. Critères. Les directives relatives aux marchés publics et la directive sur les concessions retiennent de l'organisme de droit public une définition similaire ; est réputé comme tel un organisme qui présente les caractéristiques suivantes (331) :

– il est créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
– il est doté de la personnalité juridique ;
– soit il est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales, ou d'autres organismes de droit public, soit sa gestion

(327) T. confl., 12 avril 2012, *Société Atexo*, n° C 3831 ; l'association « Marchés publics d'Aquitaine », créée à l'initiative de la communauté urbaine de Bordeaux et de la commune de Floirac, doit être considérée comme un pouvoir adjudicateur du fait des subventions et des cotisations de collectivités qui visent à couvrir ses frais.

(328) Autorité de la concurrence, 24 novembre 2011, avis 11-A-18, AJCT 2012.93.

(329) Cass. fr., ch. com., 25 juin 2013, *Société d'économie mixte d'aménagement, de développement et d'équipement de la Réunion* (SEMADER), *AJDA*, 2013, p. 2238.

(330) Conclusions de l'Avocat général Siegbert ALBER, présentées le 11 mai 2000, aff. C-380/98, *Rec.*, p. I-8038, pt 34.

(331) Directive 2014/24 et directive 2014/25, art. 3, § 4 ; directive 2014/23, art. 6, § 4.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public.

141. Cumul de notions autonomes. Au regard du droit dérivé, l'organisme de droit public est ainsi envisagé comme une entité qui réunit trois conditions cumulatives : il doit avoir été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général, lesquels doivent avoir un caractère autre que commercial, et il doit être doté de la personnalité juridique et dépendre étroitement de l'État, d'une collectivité territoriale ou d'un autre organisme de droit public. Ces critères visent à vérifier le degré d'influence d'un pouvoir adjudicateur par définition sur l'entité considérée, d'un point de vue organique, matériel et financier. Si ces conditions sont réunies, l'organisme est alors considéré comme un pouvoir adjudicateur et les règles d'application de passation des marchés ou des concessions sont d'application dans leur intégralité, indépendamment de l'objet de l'appel d'offres et de son lien avec des missions d'intérêt général. Le fil directeur de la jurisprudence relative à l'interprétation de ces critères consiste à les envisager, comme cela est d'usage en droit de l'Union, comme des notions autonomes, dont la détermination du sens ne procède pas par renvoi aux droits nationaux. Il en résulte que la Cour écarte les arguments nationaux qui défendent une interprétation littérale de l'organisme de droit public ; à titre d'exemple, dans une affaire *Commission c. Espagne*, où l'État défendeur avait exclu des sociétés commerciales de la qualification d'organisme de droit public, la Cour a rappelé qu'il s'agit « d'une notion de droit communautaire qui doit recevoir une interprétation autonome et uniforme dans toute la Communauté » et qui se définit « d'un point de vue fonctionnel au regard exclusivement des trois conditions cumulatives » (332).

B. *L'application des critères de l'organisme de droit public*

Les trois critères qui caractérisent l'organisme de droit public ont été substantiellement précisés par la jurisprudence de la Cour de justice, au terme d'une interprétation fonctionnelle (1). Leur mise

(332) CJCE, 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-84/03, *Rec.*, p. I-155, pt 27. Il en découle que toute réglementation qui exclut du champ d'application de la législation de transposition des directives les entités de droit privé, alors même qu'elles peuvent répondre aux critères de l'organisme de droit public, doit être considérée comme une transposition incorrecte.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

en œuvre doit également être appréciée au regard du contenu des annexes des directives, qui établissent une liste d'entités présumées répondre à ces critères (2).

1) *La compréhension des critères dans la jurisprudence de la Cour*

142. Prévalence des critères de la finalité et de l'influence. L'arrêt *Mannesmann* du 15 janvier 1998 fait figure de décision de référence pour apprécier la portée et le contenu de ces critères (333). Confrontée à la nature d'une entreprise (en l'occurrence l'Imprimerie nationale en Autriche) dotée de droits spéciaux, qui exerce à la fois des activités à des fins d'intérêt public et des activités purement commerciales, la Cour considère comme cumulatifs les trois critères et délivre une interprétation large de ceux-ci.

L'exigence de personnalité juridique (2e critère) étant souvent remplie, les enjeux se portent sur l'interprétation du critère lié à l'interprétation de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial (a) et sur celui lié à l'exigence d'un contrôle majoritaire ou d'un contrôle de gestion exercés par un pouvoir adjudicateur par définition sur l'organisme de droit public (b). Chacun de ces critères reçoit, dans la jurisprudence, une interprétation fonctionnelle, c'est-à-dire indépendante des modalités formelles de sa mise en œuvre et renvoie à l'appréciation d'une dépendance étroite entre l'organisme considéré et les pouvoirs publics (334). Il en résulte qu'un statut de droit privé d'une entité ne peut constituer un critère susceptible d'exclure à lui seul la qualification de pouvoir adjudicateur au sens des directives (335). Plus généralement, la ligne directrice suivie par la jurisprudence consiste à privilégier la dimension personnelle de l'organisme : l'élément décisif ne réside pas tant dans la nature de l'opération en cause (l'objet du marché), mais dans la personnalité de celui qui la propose.

(333) CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG c. Strohal Rotationsdruch GesmbH*, aff. C-44/96, *Rec.*, p. I-102.

(334) CJCE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a.*, aff. C-337/06, *Rec.*, p. I-11173, pt 55.

(335) CJCE, 15 mai 2003, *Commission c. Espagne*, aff. C-214/00, *Rec.*, p. I-11697, pts 54 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

a) L'appréciation des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial

143. Arrêt *Mannesmann*. Une première difficulté est apparue sur le sens qu'il convient d'accorder à l'expression « besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial ». Telle qu'elle est formulée, elle pourrait faire croire que l'organisme de droit public doit assumer des missions d'intérêt général, à l'exclusion de toute activité lucrative. Cette lecture n'a pas été retenue par la Cour de justice. En cohérence avec les conclusions de l'Avocat général Philippe Léger, qui privilégiait une compréhension de cette formule par analogie avec la notion de service d'intérêt économique général au sens de l'article 106 TFUE, la Cour précise dans sa décision *Mannesmann* que l'objet d'intérêt général n'a pas à être exclusif ; en effet, la condition selon laquelle l'organisme doit avoir été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'implique pas qu'il soit uniquement chargé de tels besoins. Dès lors, outre la mission d'intérêt général, l'entité considérée peut également accomplir des activités dans le champ concurrentiel (336). Dans la lignée de cette jurisprudence, la Cour a ensuite jugé, dans l'affaire *BFI Holding*, qu'il est également sans pertinence que la satisfaction des besoins d'intérêt général ne constitue qu'une partie relativement peu importante des activités entreprises par cette entité, dès lors qu'elle continue à se charger de tels besoins (337).

144. Appréciation du besoin. L'identification du besoin doit être reliée au fonctionnement de l'État et de l'ensemble des administrations. L'existence d'une obligation légale, qui impose à une collectivité publique de satisfaire un besoin, est un indice essentiel (338). À défaut, le besoin renvoie généralement à des prestations vis-à-vis desquelles l'État, dans son sens le plus large, souhaite conserver une influence déterminante (339).

145. Appréciation de l'intérêt général. La détermination des « besoins d'intérêt général » soulève rarement des difficultés. La jurisprudence a développé une conception très large, qui n'est pas

(336) CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann*, aff. C-44/96, *op. cit.*, pts 25 et 26.
(337) CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding BV*, aff. C-360/96, *Rec.*, p. I-6821, pt 62.
(338) CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, aff. C-373/00, *Rec.*, p. I-1931, pt 53.
(339) CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding BV*, aff. C-360/96, *op. cit.*, pt 51.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

sans rappeler l'approche que suit le Conseil d'État en France pour identifier l'intérêt général. Les besoins ne se limitent pas au fonctionnement institutionnel de l'État ou à l'idée d'ordre public. Ils visent à satisfaire une demande sociale et/ou collective, qui participe à la cohésion des sociétés. Ont été considérés comme rattachables à de tels besoins :

– l'organisation de foires, d'expositions et d'activités culturelles et de valorisation du territoire (340) ;
– l'impression de documents officiels, tels que des passeports, permis de conduire et cartes d'identité (341) ;
– l'enlèvement des ordures ménagères (342) ;
– l'entretien des forêts nationales et le soutien de l'industrie forestière (343) ;
– l'achat, la vente, la location de biens immobiliers, ainsi que la prestation de services de gestion immobilière pour une municipalité (344) ;
– la construction d'habitations, telles que des logements sociaux, destinées à être vendues ou louées à des familles de ressources modestes (345) ;
– les activités mortuaires et les pompes funèbres (346) ;
– les caisses d'assurance maladie (347).

146. Appréciation du caractère « autre qu'industriel ou commercial ». L'appréciation du caractère autre « qu'industriel ou commercial » de l'entité résulte d'un ensemble d'indices qui visent à démontrer que l'organisme en cause n'agit pas pleinement dans des conditions de marché. Au regard « d'éléments juridiques et factuels,

(340) CJCE, 10 mai 2001, *Agorà et Excelsior c. Ente Autonome Fiera Internazionale di Milan*, aff. C-223/99 et C-260/99, *Rec.*, p. I-3605, pts 33 et 34 : « les activités visant à l'organisation de foires, d'expositions et d'autres initiatives semblables satisfont à des besoins d'intérêt général. L'organisateur de telles manifestations n'agit pas seulement dans l'intérêt particulier de ces derniers mais il procure également aux consommateurs qui fréquentent ces manifestations une information permettant à ceux-ci d'effectuer leurs choix dans des conditions optimales. L'impulsion pour les échanges qui en résulte peut être considérée comme relevant de l'intérêt général ». Obs. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, *AJDA*, 2001, p. 946 ; obs. Gautier, *Europe*, 2001, n° 226.

(341) CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann*, aff. C-44/96, *op. cit.*, pt 24.

(342) CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding BV*, aff. C-360/96, pt 36.

(343) CJCE, 17 décembre 1998, *Connemara Machine Turf*, aff. C-306/97, *Rec.*, p. I-8761, pt 32.

(344) CJCE, 22 mai 2003, *Korhonen* e.a., aff. C-18/01, *Rec.*, p. I-5321, pts 41 et 45.

(345) CJCE, 1er février 2001, *Commission c. France*, aff. C-237/99, *Rec.*, p. I-939, pt 47.

(346) CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, aff. C-373/00, *op. cit.*, pt 66.

(347) CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, *Orthopädie Schuhtechnik c. AOK Rheinland/Hamburg*, aff. C-300/07, *Rec.*, p. I-4779.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

tels que les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné, les conditions dans lesquelles il exerce son activité, en ce compris, notamment, l'absence de concurrence sur le marché, l'absence de poursuite d'un but lucratif à titre principal, l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité ainsi que le financement public éventuel de l'activité en cause » (348), le juge cherche à apprécier si l'organisme opère dans des conditions normales du marché.

Telle qu'elle est conçue, la référence aux conditions du marché rejoint la technique du standard, fréquente en droit économique européen. Suivant une logique similaire à celle du droit de la concurrence (par exemple la détermination de l'investisseur privé en économie de marché pour le droit des aides d'État), l'appréciation de ces critères suppose que le juge procède, au moins indirectement, à la délimitation d'un marché de référence pour déterminer la compétence de l'organisme en cause. Dès le départ, la formulation de la directive ne fait aucune allusion à l'éventuelle concurrence avec des entreprises privées, qui constituerait un indice dans le sens du caractère industriel ou commercial des besoins publics que l'organisme vise à satisfaire (349), mais qui ne suffit pas pour exclure des motivations autres qu'économiques (350), puisque l'absence de concurrence n'est pas une condition nécessaire aux fins de la définition d'un organisme de droit public. Ainsi que l'a souligné l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, l'appréciation de ces besoins résulte d'une conception subjective du pouvoir adjudicateur. Il suffit que l'organisme en cause ait été créé pour agir sur un marché – qu'il convient de délimiter – et qu'il se comporte comme un pouvoir adjudicateur, quel que soit l'objet du marché, pour conclure au fait qu'il satisfait des besoins autres qu'industriel et commercial (351). On trouve là une différence avec le droit de la concurrence : il ne s'agit pas d'apprécier le comportement de l'organisme en cause sur le marché, mais plutôt de constater qu'il opère sur un marché, indépendamment des conditions d'équilibre et des spécificités propres à celui-ci.

(348) CJCE, 16 octobre 2003, *Commission c. Espagne*, aff. C-283/00, pt 81.

(349) Arrêts précités *BFI Holding*, aff. C-360/96, pt 49 ; *Agorà et Excelsior*, aff. C-223/99, pt 38 *in fine* ; et *Adolf Truley*, aff. C-373/00, pt 60.

(350) Arrêts *BFI Holding*, pt 43, et *Adolf Truley*, pt 61. Suivant le pt 44 de l'arrêt *BFI Holding*, il est difficile de concevoir des activités qui ne puissent pas être exercées par des entreprises privées et, par conséquent, le critère de l'absence de concurrence vide de sa substance la notion d'organisme de droit public visée par les directives.

(351) Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, présentées dans l'affaire *Commission c. Espagne*, aff. C-393/06, pt 53.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

147. Évolution des missions de l'organisme. Cette interprétation fonctionnelle des « besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial » sera ultérieurement confirmée, en envisageant les missions de l'entité non pas uniquement à la date de sa création, mais également en tenant compte de l'évolution ultérieure de l'organisme. En ce sens, dans l'affaire *Universale Bau* (352), la Cour a admis qu'une société municipale à capitaux mixtes (une *Stadtwerk* en Autriche), initialement instituée pour créer des équipements de recyclage, puisse devenir un organisme de droit public au sens des directives dès lors que par un contrat, postérieur à l'adoption des statuts de la société, une municipalité lui confie, dans le cadre d'une gestion déléguée, la gestion d'une station d'épuration. Là encore, la position suivie par la Cour est de considérer que la qualification d'organisme de droit public ne saurait varier en fonction des contingences propres à l'entité, et doit être indifférente de la question de savoir si ces statuts, au sens du droit des sociétés, reflètent fidèlement l'objet de la société à la date de sa création ou s'ils ont éventuellement été adaptés pour correspondre au changement des circonstances factuelles. Dès lors, pour procéder à la détermination de « l'intérêt général autre qu'industriel et commercial », il convient de s'appuyer sur des circonstances objectivement identifiables, tirées de la nature de l'activité de l'entité, et non de s'appuyer sur les statuts sociaux de celle-ci (353).

148. Théorie de la « contamination ». Ce cas de figure renvoie à l'hypothèse d'entités qui développent en leur sein plusieurs activités, par exemple une activité purement commerciale sur un marché ouvert et une activité d'intérêt général, qui peut être rattachée à la satisfaction d'un besoin autre qu'industriel ou commercial au sens des directives. Lorsque ces deux activités sont nettement séparées, avec l'emploi de mécanismes tels que la séparation des bilans et des comptabilités, et plus généralement l'interdiction des financements croisés, peut-on les dissocier au regard de la qualification d'organisme de droit public ? À partir de l'arrêt *Mannesmann* (354), la Cour va privilégier une interprétation souvent qualifiée de « théorie

(352) CJCE, 12 décembre 2002, *Universale-Bau E.A.*, aff. C-470/99, *Rec.*, p. I-11655. *Europe*, 2003, n° 2, p. 18, note D. Ritleng ; *Contrats et Marchés publics*, 2003, n° 3, p. 22, note G. Eckert.

(353) En ce sens, les conclusions de l'Avocat général Siegbert Alber, présentées le 8 novembre 2001, aff. C-470/09, *Rec.*, p. I-11620.

(354) Aff. C-44/96, *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de la contamination ». Suivant cette approche, une séparation formelle entre les deux sphères d'activités ne serait pleinement opérante, du fait des liens d'interdépendance qui existe dans une entreprise, même en cas de séparation comptable, de sorte que la détermination des besoins autres qu'industriels et commerciaux vaut pour l'ensemble des activités, avec pour corollaire la soumission aux règles de passation des marchés. Cette position, contestée par l'Avocat général Jacobs qui a préconisé une exception pour les cas dans lesquels une séparation économique, financière et comptable totale entre les différents types d'activités peut être établie (355), a été réitérée par la Cour dans l'affaire *Ing. Aigner*, au sujet d'une société (Fernwärme Wien) chargée de chauffage urbain. Malgré la diversité de ses missions (chauffage pour des habitations, organismes publics, bureaux, réfrigération), la Cour considère « qu'il n'est en réalité pas possible d'établir une séparation entre les activités d'une personne morale unique, qui a un régime de patrimoine et de propriété unique et dont les décisions en matière de direction et gestion sont prises de manière unitaire » (356). Il en résulte que l'ensemble de l'entité, qu'elle soit de droit public ou de droit privé, est saisi par la qualification d'organisme de droit public du fait qu'il répond à la satisfaction de besoins d'intérêt général. Une exception peut toutefois être introduite à une telle extension de qualification : dans l'hypothèse où l'entité en cause est une entité adjudicatrice au sens de la directive 2014/17 (secteurs spéciaux), son activité est définie par rapport à l'objet spécifique de cette directive (eau, énergie, transports, services postaux). Dans ce cas de figure, si ladite entité développe d'autres activités que celles couvertes par la directive, elle perd, pour celles-ci, la qualification d'entité adjudicatrice et se trouve ainsi déliée du respect des règles de la commande publique (sauf si elle constitue, pour ces autres activités, un pouvoir adjudicateur) (357).

---

(355) Aff. C-174/03, *Impresa Portuale di Cagliari c. Tirrenia di Navigazione* (classée par ordonnance du 23 mars 2006 à la suite d'un retrait de la demande de décision à titre préjudiciel par le Tribunal administratif de Sardaigne), et les conclusions de l'Avocat général Jacobs présentées le 21 avril 2005, spéc. pt 68 : « nous proposons de tempérer une telle approche pour les mêmes raisons que celles qui nous ont amené à conclure que la concurrence doit être considérée comme un facteur pertinent pour décider si la directive doit s'appliquer. À notre avis, si un organisme peut démontrer que les marchés en question portent exclusivement sur ses activités directement exposées aux forces de la concurrence, et qu'il n'existe pas de subventions croisées entre ces activités et les activités exercées hors concurrence, la théorie de la contamination doit céder le pas. La juridiction nationale doit vérifier si ces conditions sont remplies ».

(356) CJCE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, *Wasser-Wärme Umwelt GmbH*, aff. C-393/06, pt 54.

(357) Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, présentées dans l'affaire *Ing. Aigner*, *op. cit.*, pt 65.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

b) La nature du contrôle sur l'organisme

149. Contrôle de la dépendance institutionnelle. Il n'y a organisme de droit public que si l'entité en cause est financée majoritairement par l'État, les collectivités ou un autre organisme ou si cette même entité subit un contrôle exercé par ceux-ci. Tel qu'il est formulé, ce critère porte sur la nature du contrôle qui est exercé sur un organisme ; il renvoie à une alternative constituée de deux branches : soit il y a contrôle car financement majoritaire de l'État, soit, à défaut, il existe un contrôle de gestion qui permet de démontrer l'existence d'une influence des pouvoirs publics.

Ces critères, qui permettent d'établir la « dépendance institutionnelle » de l'organisme de droit public (358), sont conçus pour favoriser la soumission d'entités aux directives et éviter que des « considérations autres qu'économiques guident leurs décisions, en particulier le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou aux candidats nationaux, ce qui créerait des entraves à la libre circulation des services et des marchandises, que l'application des directives vise précisément à empêcher » (359). Les deux alternatives ont été précisées par le juge.

150. Financement majoritaire. L'appréciation du financement majoritaire appelle une démarche pragmatique, qui prend en compte la part du financement considéré parmi les autres formes de financement de l'organisme, ainsi que la nature des relations qui s'établissent entre celui-ci et les pouvoirs publics. Plusieurs questions ont été portées à la connaissance du juge, telle que la manière d'apprécier le caractère majoritaire ou non du financement, l'existence de prestations de nature économique délivrées par l'organisme au profit des pouvoirs publics en contrepartie d'une rémunération ou encore le fait que l'organisme dispose d'un financement qui est indirect, prenant la forme d'une redevance.

Le raisonnement suivi dans la décision *Université de Cambridge* du 3 octobre 2000 est utile pour apprécier la finalité des financements publics qui sont versés à l'organisme. Ainsi, au sujet d'une université, la Cour a procédé à une distinction entre les financements destinés à supporter les coûts de scolarité (bourses d'étudiant) ou ceux destinés à la recherche scientifique et les coûts qui forment la

(358) L. Richer, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 82.
(359) CJCE, 1er février 2001, *Commission c. France*, aff. C-237/99, *Rec.*, p. I-939, pts 39 à 44.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

contrepartie de prestations contractuelles de l'Université, telles que la réalisation de travaux de recherche déterminés (à la demande), ou l'organisation de séminaires et de conférences avec des finalités économiques et commerciales (360). En d'autres termes, la qualification du financement diffère en présence d'une relation contractuelle synallagmatique entre un pouvoir adjudicateur et l'organisme, qui est alors conçu comme un partenaire contractuel. Il en résulte que seules les prestations qui financent ou soutiennent, au moyen d'une aide financière versée sans contre-prestation spécifique, les activités de l'entité concernée peuvent être qualifiées de financement public.

Par ailleurs, la Cour a été saisie de la nature du financement, notamment dans le cas de figure d'un financement indirect où l'organisme est financé par l'intermédiaire d'une redevance que paient les consommateurs et les utilisateurs d'un service qu'il assure. Ainsi, dans l'affaire *Bayerischer Rundfunk* (361), la Cour a eu à connaître du cas de figure d'un organisme allemand de radiodiffusion public, financé par une redevance perçue par un groupement de droit public qui réunit l'ensemble des organismes de radiodiffusion. Malgré le caractère indirect de ce mode de financement, la Cour considère que l'existence d'une redevance permet de vérifier le critère du financement majoritaire. Dans la mesure où le montant de la redevance n'est pas le résultat d'une relation contractuelle entre les organismes de radio et les consommateurs, et au regard du fait que celle-ci est déterminée par un acte d'une autorité publique et a été conçue pour compenser les charges nées de l'accomplissement d'une mission de service public, il s'agit d'un financement indirect qui vérifie le critère.

151. Contrôle organique. La seconde branche du troisième critère n'a vocation à être appréciée qu'en l'absence de financement majoritaire ou en l'absence d'une nomination majoritaire des membres du conseil d'administration. Il faut alors démontrer qu'il existe un contrôle de gestion des pouvoirs publics, entendus comme l'État et ses démembrements, sur l'organisme. L'existence de ce contrôle implique que ledit organisme dispose d'une autonomie de gestion relativement faible et que des éléments aussi essentiels que les statuts, l'organisation, le droit applicable aux relations contractuelles,

(360) CJCE, 3 octobre 2000, *The Queen et H.M. Treasury, The University of Cambridge*, aff. C-380/98, *Rec.*, p. I-8061, pts 21 à 26.

(361) CJCE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a. c. GEWA*, aff. C-337/06, *Rec.*, p. I-11196.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

voire la tarification des prestations sont déterminés par l'autorité de contrôle. Le raisonnement suivi dans l'affaire *Commission c. France* (relative à des sociétés anonymes gérant des HLM) peut ici servir de référence aux fins de l'appréciation de cette forme de contrôle. Il convient, en effet, d'examiner si le contrôle crée, à l'égard des pouvoirs publics, une dépendance qui permette à ceux-ci d'influencer les décisions de l'organisme en question en matière de marchés publics. Cela signifie que le lien de dépendance de l'organisme à l'égard des pouvoirs publics doit être équivalent à celui qui existe lorsque l'un des deux autres critères alternatifs est rempli, à savoir un financement qui provient majoritairement des pouvoirs publics ou la nomination par ces derniers de plus de la moitié des membres composant les organes dirigeants de l'organisme (362). Tel est le cas des SA en charge des HLM en France, à l'égard desquelles le Code de la construction et de l'habitation prévoit un véritable contrôle de l'administration, avec notamment l'existence de clauses impératives à faire figurer dans les contrats, des prix fixés par voie réglementaire, la possibilité de suspendre et de prononcer la dissolution de la société, le fait de se substituer aux organes de direction en cas de carence (363).

2) *La systématisation réfragable des critères par l'annexe I de la directive 2014/24*

152. Fonction de l'annexe I. La manière la plus commode pour qualifier une entité d'organisme de droit public consiste à se référer à l'annexe I de la directive 2014/24 qui dresse, pour chaque État, une liste d'entités qualifiées de pouvoirs adjudicateurs. Il convient en effet d'adopter un raisonnement en deux temps pour apprécier si un organisme répond aux trois critères issus des directives : d'abord, se référer aux annexes de celles-ci, à défaut, procéder directement à leur mise en œuvre. Pour la Cour, l'énumération des organismes identifiés à l'annexe I de la directive démontre qu'il s'agit en général de besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État

(362) CJCE, 1er février 2001, *Commission c. France*, aff. C-237/99, *Rec.*, p. I-939, pts 45 et s. ; *AJDA*, 2001, p. 946, obs. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *Europe*, 2001, n° 134, obs. F. Kauff-Gazin. Dans cette affaire, la Cour, se fondant sur ce raisonnement, a qualifié d'organismes de droit public au sens de la directive les offices d'aménagement et de construction et les sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré.

(363) *Ibid.*, pts 50 à 61.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante (364).

153. Exemples. Pour la France, la liste est structurée en distinguant les ministères (dans leur totalité), les institutions, autorités et juridictions indépendantes, les établissements publics nationaux et les autres organismes publics nationaux. On trouve ainsi dans cette liste la quasi-totalité des agences (Agence de biomédecine, Agence de l'eau, Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail), les bibliothèques de taille nationale (BPI, BNF, Bibliothèque nationale et universitaire de Strasbourg), des centres nationaux (Centre des monuments nationaux, Centre national du livre, Centre régional des œuvres universitaires et scolaires (CROUS)), des écoles nationales, certaines fondations (fondation Carnegie, fondation Singer-Polignac), des instituts (Institut national de l'information géographique et forestière (IGN), Institut national des jeunes sourds, Institut national de la propriété industrielle), des musées nationaux, les universités ; également, certaines organismes tels que l'Union des groupements d'achats publics (UGAP), Pôle emploi, la Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) ou encore les caisses nationales d'assurance maladie et d'assurance-vieillesse.

Cette détermination est similaire pour d'autres États. Ainsi, la Belgique distingue les services publics fédéraux (ministères) et quelques entités à caractère national (Régie des bâtiments, Office national de sécurité sociale, Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants, Institut national d'assurance maladie-invalidité, Office national des pensions, Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité, Fonds des maladies professionnelles, Office national de l'emploi). D'autres, en revanche, n'identifient dans l'annexe que des ministères, notamment lorsque l'État est de structure fédérale ou régionale (Allemagne, Espagne, Italie).

154. Caractère réfragable. La référence à la directive doit toutefois être conçue comme une présomption réfragable. En effet, par deux arrêts – *Hans & Christophorus Oymanns* (365) et *IVD GmbH & Co.*

(364) CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem*, *Gemeente Rheden*, *BFI Holding BV*, aff. C-360/96, pt 51.

(365) CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, *Orthopädie Schuhtechnik c. AOK Rheinland/Hamburg*, aff. C-300/7, *op. cit.*, obs. Dupont-Lasalle, *Europe*, 2009, n° 309.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

KG (366) –, la Cour a considéré que l'inscription d'un organisme à l'annexe de la directive (en l'occurrence, l'annexe III de la directive 2004/18) constitue uniquement une présomption simple ou réfragable que ledit organisme est un pouvoir adjudicateur, aux termes de cette directive. Cette assertion se justifie par le contenu même des directives relatives aux marchés publics, qui comportent à la fois des règles de fond, telles que celles qui énoncent les conditions auxquelles un organisme doit correspondre pour être considéré comme un pouvoir adjudicateur, et des mesures de mise en œuvre de ces règles de fond, telles que l'insertion, dans une annexe, d'une liste non exhaustive d'organismes de droit public censés remplir des conditions. Ce caractère réfragable emporte une conséquence pour le juge interne et, en cas de doute, pour le juge de l'Union : ils doivent s'assurer de la cohérence interne de la directive en vérifiant si l'inscription d'un organisme dans l'annexe constitue une application correcte de la règle de fond, à savoir la mise en œuvre des critères constitutifs de l'organisme de droit public.

155. Exemple des ordres professionnels. En suivant ce raisonnement, la Cour a confirmé le bien-fondé de l'inscription dans l'annexe I des caisses publiques d'assurance maladie en Allemagne, qui sont financées à titre principal par des cotisations mises à la charge des affiliés, imposées, calculées et recouvrées suivant des règles de droit public (367). En revanche, un ordre professionnel, tel que l'Ordre des médecins en Allemagne, ne peut être considéré comme un organisme de droit public au sens de la directive 2004/18, quand bien même il serait identifié comme tel dans son annexe I. Même si cet ordre se trouve sous influence publique, du fait que la loi d'un *Land* lui accorde le droit de prélever la cotisation aux fins d'assurer le financement de missions professionnelles, il dispose toutefois d'une importante marge de manœuvre pour calculer la cotisation, définir de manière plus précise ses missions et organiser ses statuts, qui ne peut caractériser une véritable dépendance aux pouvoirs publics (368).

(366) CJUE, 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG c. Ärztekammer Westfalen-Lippe*, aff. C-526/11, *Contrats et Marchés publics*, 2013, comm. 279, note W. Zimmer.

(367) Aff. C-300/7, *op. cit.*

(368) Aff. C-526/11, *op. cit.* Dès lors qu'un organisme, tel qu'un ordre professionnel allemand de médecins, bénéficie d'une substantielle autonomie financière, qui se vérifie dans la détermination de ses missions et de leur étendue, il ne peut plus être regardé comme étant dans une situation de dépendance à l'égard d'autres pouvoirs adjudicateurs ou organismes de droit public. De même, le critère tiré du contrôle de gestion par d'autres organismes publics n'est pas rempli du seul fait que la décision par laquelle l'organisme fixe lui-même le montant de ces cotisations doit être approuvée par une autorité de tutelle.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

C. *L'extension de la qualification de pouvoir adjudicateur : les marchés subventionnés*

156. Principe. Le droit européen réserve un traitement spécifiquement pour les marchés de travaux (ou les marchés de services qui comportent des travaux) lorsque ceux-ci sont subventionnés à plus de 50 %. En ce sens, l'article 13 de la directive 2014/24 précise l'application de la directive à la passation :

– de marchés de travaux subventionnés directement à plus de 50 % par des pouvoirs adjudicateurs, dont la valeur estimée, hors TVA, est égale ou supérieure à 5.186.000 € et qui concernent l'une des activités suivantes : activités de génie civil figurant sur la liste de l'annexe II de la directive, travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif (369) ;
– de marchés de services subventionnés directement à plus de 50 % par des pouvoirs adjudicateurs, dont la valeur estimée, hors TVA, est égale ou supérieure à 207.000 €, et qui sont liés à un marché de travaux tel que préalablement décrit.

Par ailleurs, les pouvoirs adjudicateurs qui fournissent ces subventions veillent au respect des dispositions de la présente directive lorsqu'ils n'attribuent pas eux-mêmes les marchés subventionnés ou lorsqu'ils les attribuent au nom et pour le compte d'autres entités. La reconnaissance des marchés subventionnés s'inscrit dans une logique similaire à celle de la « théorie de la contamination », qui caractérise la définition de l'organisme de droit public. Schématiquement, il s'agit d'admettre l'applicabilité de la directive à des marchés financés par le pouvoir adjudicateur. Du fait de l'absence de renvoi au droit des États, et du silence de la directive quant à sa signification, la Cour appréhende la notion de « subvention » (dans ce contexte spécifique) dans un sens autonome et uniforme. Dans l'affaire dite du *Village des Boucaniers*, relative au respect, par le Club Med en Martinique, de la régularité de l'emploi des Fonds FEDER en lien avec le respect des directives sur les marchés publics, la Cour a privilégié une définition large de la subvention, en considérant que celle-ci vise non seulement des subventions positives, sous la forme de financements directs,

(369) À savoir l'annexe qui identifie, sous la forme de la nomenclature CPV et NACE, la nature des travaux.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

mais également des allègements fiscaux (370). C'est là une position intéressante (contraire toutefois à la position défendue par l'Avocat général Kokott), dans la mesure où elle caractérise un alignement de la notion de subvention en droit des marchés publics avec le sens qui lui est reconnu en droit des aides d'État, suivant lequel doit être considérée comme une subvention non seulement un avantage financier direct mais également toute mesure qui allège les charges qui pèsent généralement sur une entreprise (371). En l'occurrence, un dispositif de défiscalisation, tel que celui établi par l'article 199*undecies*, B du Code général des impôts (lequel permet de bénéficier d'une réduction d'impôt du fait d'investissements productifs neufs réalisés dans les DOM et les COM) doit être considéré comme un avantage pour l'opérateur privé, qui entre en compte dans l'existence d'une subvention (372). Dès lors, une entité telle que le Club Med « Les Boucaniers » en Martinique entre dans ce cas de figure et doit, par conséquent, être regardée comme un pouvoir adjudicateur par extension et respecter, dans la réalisation des ouvrages subventionnés par le FEDER, les principes et les règles européennes de la commande publique.

Section 2. – L'opérateur économique

157. Objet. L'expression, relativement neutre, d'opérateur économique désigne la personne qui réalise, par ses prestations, l'objet du marché ou de la concession. La jurisprudence en retient une approche large (§ 1), qui conduit à admettre la candidature d'opérateurs réunis sous forme de groupements (§ 2), ainsi que celle d'administrations et de collectivités à des appels d'offres (§ 3).

(370) CJUE, 26 septembre 2013, *République française c. Commission*, aff. C-115/12 P, ECLI:EU:C:2013:596 ; St. de La Rosa, « Chronique sur la politique de cohésion économique, sociale et territoriale », in *Annuaire de droit de l'Union européenne*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2014.

(371) En ce sens, l'arrêt de principe, CJCE, 15 mars 1994, *Banco Exterior de Espana*, aff. C-387/92, *Rec.*, p. I-877.

(372) Aff. C-115/12 P, pt 53. Plus largement, de jurisprudence constante, le caractère fiscal d'une mesure (telle qu'une réduction d'impôt) entre dans le champ de l'encadrement des aides d'État établi par l'article 107 TFUE (CJCE, 2 juillet 1974, *Italie c. Commission*, 173/73, *Rec.*, p. 709, pt 28).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

§ 1. – *L'appréhension large de l'opérateur économique*

158. Identification. Qu'il s'agisse des concessions ou des marchés publics, les directives retiennent une définition similaire de l'opérateur économique, entendu comme « toute personne physique ou morale ou entité publique, ou tout groupement de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché » (373). Telle qu'elle est formulée, la définition de l'opérateur économique est très large, elle n'exige pas une forme juridique particulière et ne contient aucune condition quant à la qualité d'entreprise de l'opérateur économique, ni quant à un quelconque but lucratif ou à une présence stable et régulière sur le marché.

159. Arrêt *CoNISMa*. Moins délicate que ne l'est celle de l'organisme de droit public, l'identification de l'opérateur économique renvoie, dans la jurisprudence, à la possibilité qui peut être reconnue aux administrations publiques de candidater à des marchés publics. Le fait que les administrations et les collectivités publiques se portent candidates à un marché suppose qu'elles soient qualifiées d'opérateur économique. La difficulté s'est posée dans l'affaire *CoNISMa* (374), à l'origine de l'approche large que retient la Cour de l'opérateur économique. L'espèce portait en l'occurrence sur la possibilité pour un groupement d'universités (un consortium interuniversitaire pour les sciences de la mer) d'être candidat à un appel d'offres pour un marché public de services, lancé par une région italienne (la Région des Marches) pour réaliser des relèvements géophysiques et prélever des échantillons. Ce contexte permet utilement à la Cour de dissocier la notion d'opérateur économique de celle d'entreprise, telle qu'elle est traditionnellement entendue en droit de la concurrence. Dans ses conclusions, l'Avocat général invite à distinguer l'entreprise, régulièrement présente sur le marché, de l'opérateur, qui inclut tout personne qui offre des services sur le marché, qu'il le fasse pour la première fois ou simplement de manière isolée ou occasionnelle (375).

(373) Directive 2014/24, art. 2, § 10 ; directive 2014/23, art. 5, § 2.

(374) CJUE, 23 décembre 2009, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) c. Regione Marche*, aff. C-305/08, *Rec.*, p. I-12129 ; note G. Eckert, « Toute personne publique compétente peut candidater à l'attribution d'un marché public », *Contrats et Marchés publics*, 2010, comm. 61, n° 2.

(375) Conclusions de l'Avocat général J. Mazak, présentées le 3 septembre 2009, aff. C-305/08, pt 33.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

La nécessité d'une appréhension large de l'opérateur économique peut également s'expliquer par le fait qu'une interprétation restrictive aurait pour conséquence que les contrats conclus entre des pouvoirs adjudicateurs et des organismes qui n'agissent pas principalement dans un but lucratif ne seraient pas considérés comme des marchés publics ; ils pourraient ainsi être passés de gré à gré et échapper aux règles de droit de l'Union en matière d'égalité de traitement et de transparence.

Il en résulte que la notion d'opérateur économique n'est pas limitée aux prestataires de services dotés d'une organisation d'entreprise. Peut donc être qualifiée d'opérateur économique, et regardée comme apte à faire une offre, toute personne ou entité qui, au vu des conditions énoncées dans un avis de marché, est capable d'assurer l'exécution de ce marché, indépendamment de son statut, de droit privé ou de droit public, ainsi que de la question de savoir si elle est systématiquement active ou si elle n'intervient qu'à titre occasionnel, ou si elle est subventionnée par des fonds publics ou ne l'est pas (376).

§ 2. – *La coopération entre opérateurs économiques pour la participation à un appel d'offres*

160. Modalités. Plusieurs opérateurs peuvent coopérer pour participer à l'appel d'offres soit par la soumission d'une demande de participation conjointe en tant que groupement (A), soit lorsque le candidat compte s'appuyer sur la capacité d'autres entités afin de remplir les critères de sélection (B), soit par le recours à la sous-traitance (C). Ces trois approches peuvent être combinées. En tout état de cause, la demande de participation doit spécifier très clairement la nature et la portée de la participation de chacun des opérateurs économiques dans la demande de participation, indiquant s'il agit en tant que membre du groupement (demande de participation conjointe), s'il met à disposition du candidat ses capacités afin de remplir les critères de sélection ou s'il agit en tant que sous-traitant.

(376) Aff. C-305/08, *op. cit.*, pt 35 : « le législateur communautaire n'a pas entendu limiter la notion d'"opérateur économique qui offre des services sur le marché" aux seuls opérateurs qui sont dotés d'une organisation d'entreprise, ni introduire des conditions particulières susceptibles d'établir une limitation, en amont, de l'accès aux appels d'offres fondée sur la forme juridique et l'organisation interne des opérateurs économiques ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

A. *Demande de participation conjointe*

161. Principe. Il y a demande de participation conjointe lorsqu'une demande de participation est présentée par un groupement d'opérateurs économiques. Cette possibilité est reconnue à l'article 19, § 2, de la directive 2014/24, qui laisse aux États le soin de préciser ses modalités de mise en œuvre (377). Ceux-ci sont toutefois tenus de respecter les principes fondamentaux et notamment le principe de non-discrimination ; il s'ensuit qu'une législation nationale ne peut exiger que les groupements aient une forme juridique particulière (telle qu'une forme sociale précise pour les sociétés) pour pouvoir se porter candidat à l'attribution d'un marché (378). Les opérateurs économiques membres du groupement soumettent une seule demande de participation qui vise le contrat. La demande de participation est signée par chaque membre du groupement ou par un seul des membres du groupement dûment mandaté par écrit par les autres membres de celui-ci. Elle doit indiquer la façon dont la coopération est organisée afin d'atteindre les résultats visés ainsi que l'organisation des aspects techniques, administratifs et financiers.

162. Modalités. En cas d'attribution du marché au groupement :

– le pouvoir adjudicateur signe le contrat avec tous les membres du groupement ou avec le membre dûment autorisé à signer en leur nom par les autres membres au moyen d'une procuration ; et
– chaque membre du groupement est en principe conjointement et solidairement responsable à l'égard du pouvoir adjudicateur pour l'exécution du contrat (mais l'absence de solidarité peut être admise) (379) ;
– l'accord écrit des membres du groupe doit indiquer ses règles de fonctionnement interne, telles que l'identité des membres, l'étendue

(377) Directive 2014/24, art. 19, § 2 : « Les groupements d'opérateurs économiques, y compris les associations temporaires, peuvent participer aux procédures de passation de marchés. Ils ne sont pas contraints par les pouvoirs adjudicateurs d'avoir une forme juridique déterminée pour présenter une offre ou une demande de participation ». Par ailleurs, « les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée lorsque le marché leur a été attribué, dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du marché » (art. 19, § 3).

(378) CJCE, 18 décembre 2007, *Frigerio Luigi & C*, aff. C-357/06, *Rec.*, p. I-12313. En l'occurrence, l'exigence que le groupement soit constitué sous la forme d'une société de capitaux méconnaît le droit dérivé et l'exigence de non-discrimination.

(379) En France, l'article 45 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics distingue les groupements conjoints, lorsque chacun des opérateurs économiques s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées, et les groupements solidaires, lorsque chacun des opérateurs est engagé financièrement pour la totalité du marché public.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

et la nature de la solidarité, la désignation d'un mandataire, l'attestation de chaque membre du groupement donnant l'habilitation au mandataire de contracter au nom du groupement et d'être le point de contact avec le pouvoir adjudicateur pour tout ce qui est relatif à l'exécution du contrat.

B. *Recours aux capacités d'autres entités*

163. Cumul des capacités d'opérateurs économiques. Le fait que la définition du marché (ou de la concession) envisage de manière unitaire l'opérateur économique n'exclut pas que celui-ci puisse avoir recours aux capacités d'autres entités. Il est possible qu'un candidat, pour remplir les critères de sélection, puisse avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités.

En ce sens, l'article 63 de la directive 2014/24 prévoit qu'un « opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière énoncés à l'article 58, paragraphe 3, et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés à l'article 58, paragraphe 4 ». Dans ce cas de figure, la nature des liens peut être très diverse : sous-traitant, société mère, société filiale, société du même groupe, société tierce. Cette faculté peut s'avérer pertinente dans le cadre d'une relation entre une filiale et sa société mère. Tel est par exemple le cas lorsque, en vertu d'une règle d'organisation interne, une filiale transfère ses bénéfices à la société mère et se voit, de ce fait, limitée dans sa possibilité de prouver ses capacités financières au regard du bilan. En faisant valoir sa propre capacité économique et financière, la société mère peut ainsi satisfaire le niveau minimal de capacité auquel sa filiale doit satisfaire. Dans ce cas de figure précis, la Cour a considéré que des divergences de législations entre États sur la fiscalité des groupes de sociétés sont sans incidence (380).

164. Modalités. Si un opérateur économique souhaite recourir aux capacités d'autres entités, il apporte au pouvoir adjudicateur la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, en produisant

(380) CJUE, 18 octobre 2012, *Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig)*, aff. C-218/11, pts 38 et 39.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

par exemple l'engagement de ces entités. La faculté de recourir aux capacités d'autres entités est appréciée largement, de jurisprudence constante, elle est considérée comme un droit « de tout opérateur économique de faire valoir, pour un marché déterminé, les capacités d'autres entités quelle que soit la nature des liens existant entre lui-même et ces entités » (381). Cette interprétation est justifiée à la fois par l'objectif d'ouverture des marchés publics à la concurrence, mais également – ce qui doit être souligné – par la recherche d'un meilleur accès des PME aux marchés publics (382). Il en résulte que le pouvoir adjudicateur ne peut exiger que les liens juridiques entre les entités soient d'une nature précise pour justifier l'existence des moyens nécessaires pour mener à bien l'exécution du marché. À titre d'exemple, la Cour, par un arrêt *Ostas celtnieks* du 14 janvier 2016 a considéré que cette liberté des liens juridiques s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur puisse, dans le cahier des charges, imposer à un soumissionnaire qui fait valoir les capacités d'autres entités l'obligation, avant la passation du marché, de conclure un accord de partenariat ou de créer avec celles-ci une société en nom collectif (383).

165. Conditions posées par le pouvoir adjudicateur. La possibilité de faire valoir les capacités d'entités tierces est encadrée par deux contraintes. En premier lieu, si la directive reconnaît le droit de tout opérateur de faire valoir, pour un marché déterminé, les capacités d'autres entités, « quelle que soit la nature des liens existant entre lui-même et ces entités », il doit toutefois être prouvé au pouvoir adjudicateur que le soumissionnaire disposera des moyens de ces entités, qui sont nécessaires à l'exécution du marché, et qu'il disposera effectivement des moyens de ces dernières (384). La Cour de justice rattache cette condition à l'effectivité de l'objectif de faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics. En second lieu, le pouvoir adjudicateur doit indiquer à l'avance son positionnement par rapport à une candidature de groupement. L'association d'un opérateur économique et d'autres entités dans une

(381) CJUE, 10 octobre 2013, *Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino*, aff. C-94/12, ECLI:EU:C:2013:646, pts 29 et 33.

(382) *Ibid.*, pt 24.

(383) CJUE, 14 janvier 2016, *Ostas celtnieks SIA c. Talsu novada pašvaldība*, aff. C-234/14, pt 34.

(384) CJUE, 14 janvier 2016, *Ostas celtnieks*, aff. C-234/14, ECLI:EU:C:2016:6, pt 23 ; CJUE, 10 octobre 2013, *Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino*, aff. C-94/12, ECLI:EU:C:2013:646, pt 30.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

offre ne peut être exclue par le pouvoir adjudicateur sur le seul fondement d'une interprétation des textes en vigueur. Soit le pouvoir adjudicateur exclut, pour des raisons spécifiques, motivées et proportionnées, la possibilité d'un groupement (ce qui rejoint la justification du refus de l'allotissement), auquel cas une association peut valablement être écartée, soit, à défaut, il ne peut rejeter l'offre comme étant irrecevable sur le seul fondement d'une interprétation des textes en vigueur. En ce sens, dans un arrêt *Pizzo Pizzo* (385), la Cour a souligné que « 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 ».

C. *La sous-traitance*

166. Définition. Il y a sous-traitance lorsque le candidat propose que, en cas d'attribution du marché ou de la concession, une partie du contrat sera exécutée par un tiers ou sous-traitant. Dans ce cas de figure, à la différence des hypothèses précédentes, le pouvoir adjudicateur n'a en principe pas de lien juridique avec les sous-traitants auxquels le contractant a recours et celui-ci reste seul entièrement responsable de l'exécution du contrat. La directive 2014/24 envisage dès lors la sous-traitance sous l'angle de l'exécution du contrat, présentée en quatrième partie. Au sens de l'article 1er de la loi française n° 75-1334 du 31 décembre 1975, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie, par un sous-traité et sous sa responsabilité, à une entreprise appelée « sous-traitant » tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu

(385) CJUE, 2 juin 2016, *Pippo Pizzo c. CRGT Srl*, aff. C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404, pt 51.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

avec le maître de l'ouvrage. La sous-traitance ne se conçoit qu'en présence d'une « chaîne de contrats », où l'objet du sous-traité est déterminé par l'objet du contrat principal. La sous-traitance n'est pas une « co-traitance », en ce sens qu'elle ne s'assimile en principe pas à un contrat qui concourt à la même opération que le contrat principal (386).

Renvoi. Le régime spécifique relatif à la sous-traitance est développé ci-après en quatrième partie.

§ 3. – *L'admission d'offres émanant d'administrations et de collectivités*

167. Lien avec l'objet du marché. Dans la lignée de son arrêt *CoNISMa*, la Cour a confirmé l'inclusion des administrations publiques au sein de la catégorie des opérateurs économiques et a précisé le cadre dans lequel celles-ci peuvent candidater à un marché. En ce sens, dans l'affaire *Ordre des ingénieurs de la province de Lecce* (387), la Cour souligne que des entités telles que des établissements universitaires publics ont en principe la faculté de participer à une procédure d'attribution d'un marché de services ; si les États peuvent réglementer les activités de ces entités, et notamment les autoriser ou non à opérer sur le marché compte tenu de leurs objectifs institutionnels et statutaires, il ne peut leur être interdit de participer à un appel d'offres dès lors qu'elles disposent d'une habilitation à offrir certains services sur le marché (388). À titre d'exemple, un établissement hospitalier public ne peut être exclu des procédures d'attribution de marchés publics en raison de sa qualité d'organisme public économique, dès lors qu'il est autorisé à opérer sur le marché conformément à ses objectifs institutionnels et statutaires (389).

(386) Sur l'insertion de la sous-traitance dans une logique de chaîne de contrats, voy. St. Braconnier, *Précis des marchés publics*, Paris, Éd. Le Moniteur, p. 215.

(387) CJUE (gr. ch.), 19 décembre 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, aff. C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817, pts 27 et s. Note W. Zimmer, *Contrats et Marchés publics*, 2013, comm. 64, mars 2013 ; A. See, *Concurrences*, 2013, n° 13, p. 183.

(388) CJUE, ord., 16 mai 2013, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a. c. Comune di Pavia*, aff. C-564/11, ECLI:EU:C:2013:307, pts 28 et s.

(389) Voy. par exemple le cas dans l'affaire CJUE, 18 décembre 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c. Data Medical Service Srl*, aff. C-568/13, ECLI:EU:C:2014:2466, pts 36 à 38. A. Aschieri, « Italian Requests for Preliminary Rulings : A Difficult Dialogue Between National Courts and the CJEU », *EPPPL*, 2015, n° 3, pp. 149-163.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

La possibilité de conclure un marché entre administrations publiques (le pouvoir adjudicateur d'un côté, l'opérateur économique qui prend la forme d'une entité publique de l'autre) demeure toutefois subordonnée au fait que le contrat porte bien sur un marché au sens du droit de l'Union, à savoir qu'il vérifie le critère de l'onérosité, par l'existence d'une contre-prestation de la part du pouvoir adjudicateur. Cette condition est appréciée largement, dès lors que le caractère onéreux est établi du seul fait que la rémunération de l'opérateur économique est limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu.

168. Incompatibilité d'une interdiction de candidater. Dans un arrêt récent de grande chambre – *Consorci Sanitari del Maresme* (390) –, la Cour a systématisé la possibilité reconnue aux administrations publiques de proposer une offre, en qualité d'opérateur économique et a exclu qu'une législation interne puisse poser une condition qui, de fait, exclut leurs candidatures. En l'occurrence, une instance de recours en Catalogne soulevait la compatibilité avec la directive 2004/18 d'un décret espagnol qui exige que l'entrepreneur, candidat à un marché, soit classifié pour prouver le respect des exigences de capacité économique, financière et professionnelle (391), exigence qui ne peut, de fait, être remplie par une administration publique. Pour la première fois, de manière très nette, la Cour affirme « qu'une réglementation nationale qui refuserait aux administrations publiques autorisées, en tant qu'opérateur économique, à offrir les travaux, les produits ou les services visés par l'avis de marché concerné l'inscription sur les listes ou la certification en cause, tout en réservant le droit de participer à un appel d'offres aux autres opérateurs économiques inscrits sur ces listes ou bénéficiant de cette certification, priverait le droit de telles entités publiques de participer à cet appel d'offres de tout effet utile et ne saurait, dès lors, être considérée conforme au droit de l'Union » (392). C'est là

(390) CJUE (gr. ch.), 6 octobre 2015, *Consorci Sanitari del Maresme c. Corporació de Salut del Maresme i la Selva*, aff. C-203/14, ECLI:EU:C:2015:664. Notes E. Broussy, H. Chassagnabère, C. Gänser, *AJDA*, 2015, p. 2257 ; R. Noguellou, *RDI*, 2015, p. 531.

(391) L'article 52, § 1, de la directive 2004/18 ouvre la possibilité aux États d'instaurer soit des listes officielles d'entrepreneurs, de fournisseurs ou de prestataires de services agréés, soit une certification par des organismes de certification publics ou privés ; toutefois, cette disposition ne détermine ni dans quelle mesure les entités publiques peuvent être inscrites sur les listes officielles ou bénéficier de la certification, ni si l'inscription ou la certification en cause est obligatoire ou non.

(392) Aff. C-203/14, *op. cit.*, pts 40 et 41.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

une évolution significative : la possibilité pour les administrations de candidater à un marché public doit être conçue comme un droit qui résulte des directives. Cette position peut se rattacher au cadre général d'interprétation des libertés de circulation et de leurs applications sectorielles : l'objectif du droit de l'Union est de garantir l'accès au marché et de stimuler des conditions de rivalité en son sein, indépendamment de la nature juridique des acteurs.

169. Position du juge interne. L'admission de candidatures émanant d'administrations publiques doit se faire dans des conditions respectueuses du marché et, en France, de la liberté du commerce et de l'industrie. C'est là une position solidement établie dans la jurisprudence administrative depuis l'avis du Conseil d'État *Jean Louis Bernard Consultant* (393). Le cadre dans lequel s'exercent ces candidatures a été utilement précisé dans un arrêt du Conseil d'État, *Société Armor SNC* (394), à la fois au regard des conditions de celles-ci et de leurs conséquences. S'agissant des conditions, la candidature à un marché d'une collectivité ou d'un établissement public suppose que celle-ci justifie d'un intérêt public, envisagé comme le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI) a la charge. Un tel prolongement peut, notamment, prendre la forme d'une recherche d'amortissement des équipements, d'une valorisation des moyens ou de la recherche d'un équilibre financier. Cette conception large de l'intérêt public est cohérente avec la conception renouvelée de la liberté du commerce et de l'industrie, qui résulte de la décision *Ordre des avocats au barreau de Paris* (395). Pour autant, si elle est admise, une telle candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence. En ce sens, la décision *Armor SNC* souligne que la préservation de l'équilibre concurrentiel suppose que le prix proposé par la collectivité ou l'EPCI doit être déterminé en

(393) CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultant*, n° 222208.

(394) CE, 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563. Il convient par ailleurs de préciser que la candidature à un marché ne peut être assimilée à la prise en charge d'une activité économique (CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n° 324156).

(395) CE, ass., 26 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531. L'intervention économique d'une personne publique doit respecter la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence : ainsi, s'agissant du principe même de cette intervention, celle-ci doit être justifiée par un motif d'intérêt public, lequel peut notamment résulter de la carence de l'initiative privée et, une fois le principe de cette intervention admis, elle ne peut se réaliser dans des modalités telles qu'en raison de la situation particulière de la personne publique, elle fausserait le libre jeu de la concurrence.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, ce qui implique que la collectivité candidate ne tire avantage, dans le prix proposé, d'économies d'échelles qui pourraient résulter des ressources et des moyens dont elle dispose au titre de ses missions de service public. Justifiée par la volonté de préserver les équilibres de concurrence, cette position du juge administratif ouvre ainsi des possibilités pour les collectivités, mais elle implique une série de contraintes comptables et organisationnelles pour leurs candidatures à des appels d'offres.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Les parties aux contrats de marchés et de concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

CHAPITRE 2
L'OBJET DES CONTRATS

170. Définitions autonomes. Depuis l'adoption du paquet législatif en février 2014, deux grandes catégories de contrats sont couvertes par les règles harmonisées : les marchés publics et les concessions. Les directives et la jurisprudence en retiennent une définition autonome, qui s'affranchit des définitions nationales tout en s'en inspirant. Aussi, si une opération n'est pas qualifiée dans un droit interne de marché public (ou de concession), cette circonstance ne s'oppose pas à une telle qualification en droit de l'Union (396).

En cohérence avec les directives précédentes, la directive 2014/24 définit les marchés publics comme « des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services » (397). De son côté, la directive 2014/23 relative à l'attribution des contrats de concession pose comme définition, qu'il s'agisse d'une concession de services ou de travaux, d'« un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux ou de services à un ou plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix » (398).

(396) CJCE, 29 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-536/07, *Rec.*, p. I-10335, pt 54.

(397) Directive 2014/24, art. 2, 1) ; la directive secteurs spéciaux suit une définition similaire, selon l'article 2, 1), de la directive 2014/25, sont des marchés réputés être des marchés de fournitures, de travaux et de services, « des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre une ou plusieurs entités adjudicatrices et un ou plusieurs opérateurs économiques, qui ont pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services ».

(398) Directive 2014/23, art. 5.1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

171. Catégorisation binaire : marché ou concession. La distinction entre ces deux grandes catégories de contrat dans la famille de la commande publique est essentielle, non seulement en raison de la différence de régimes applicables pour leur attribution et leur conclusion, mais aussi car ces deux contrats expriment deux idées distinctes de la puissance publique. Tandis que le marché est, en principe, un acte d'achat, conçu comme une opération de satisfaction d'un besoin économique pour une entité publique, la concession doit être conçue comme une modalité de gestion d'une activité d'intérêt général (399). Cette différence de finalité est de nature à expliquer l'approche distincte que le droit de l'Union a longtemps retenue vis-à-vis de ces contrats : tandis que les marchés ont rapidement fait l'objet d'une harmonisation par voie de directives, les concessions n'ont été soumises, jusqu'à la directive 2014/23, qu'au respect des principes fondamentaux de la commande publique. Le corollaire de l'approche autonome des deux grandes catégories de contrats publics est de reconnaître un sens particulier à leurs critères constitutifs, tels que l'onérosité, la notion de marchés de travaux ou de services. On peut le vérifier tant dans la définition du marché public (section 1), que dans celle de la concession (section 2).

Section 1. – La définition européenne du marché public

Le cœur de la définition du marché public repose, d'une part, sur l'identification du caractère onéreux du contrat (§ 1) et, d'autre part, sur son objet, qui peut porter sur des travaux, des fournitures ou des services (§ 2).

§ 1. – *Le caractère onéreux*

La référence au caractère onéreux du contrat de marché public figure dès les premières directives relatives aux marchés publics (400)

(399) Sur cette différence de nature, voy. Fr. Lombard, « La codification du critère de distinction marché-concession : le critère du risque opérationnel », in St. de La Rosa (dir.), *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique. Les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession*, *op. cit.*, p. 37.

(400) Directive 71/305, art. 1er : « les marchés publics de travaux sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un entrepreneur – personne physique ou morale – d'une part et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

et, désormais, à l'article 2, § 5, de la directive 2014/24 (401). Consubstantielle à la définition même du marché public, la détermination du caractère onéreux du contrat ne va pas de soi, dans la mesure où les directives n'en fournissent aucune définition. C'est donc essentiellement à travers la jurisprudence que la notion d'onérosité, au sens des directives, a été progressivement définie. Envisagée comme une contre-prestation (A), elle a eu pour conséquence de renouveler la définition du marché public au niveau interne (B).

A. *Le caractère onéreux comme contre-prestation*

172. Signification de l'onérosité. De manière générale, dire que le contrat présente un caractère onéreux suppose que les prestations ne sont pas effectuées à titre gratuit. Le marché est d'abord conçu comme un contrat, à savoir qu'il est le siège de la création d'obligations juridiques contraignantes de nature synallagmatique (402). La notion d'onérosité est sous-tendue par l'idée qu'il existe, en échange de la délivrance d'un bien ou d'un service, une contre-prestation dont la valeur peut être évaluée. Il s'agit, ainsi que l'a jugé la Cour dans l'affaire *Ordre des Architectes de la Province de Milan*, « de la contre-prestation à laquelle procède l'autorité publique concernée en raison de la réalisation des ouvrages qui font l'objet du contrat » (403) de marché. Elle implique, dès lors, l'existence d'une obligation de rétribution de la part du pouvoir adjudicateur, une réciprocité entre celui-ci et l'opérateur économique sous la forme d'un échange de prestations matérielles (404).

---

(401) La formule selon laquelle les marchés publics sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs (art. 2.5) est éclairée par le considérant 4 de la directive, qui précise que les règles de l'Union relatives à la passation des marchés publics ne sont pas destinées à couvrir toutes les formes de dépenses de fonds publics, mais uniquement celles qui visent l'acquisition de travaux, de fournitures ou de services à titre onéreux au moyen d'un marché public. Dans un sens similaire, pour les secteurs spéciaux, l'article 2, § 1, de la directive 2014/25 définit les marchés de fournitures, de travaux et de services comme des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre une ou plusieurs entités adjudicatrices et un ou plusieurs opérateurs économiques, qui ont pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services.

(402) Conclusions de l'Avocat général Paolo Mengozzi, présentées le 30 juin 2016, aff. C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord c. Region Hannover*, pt 36.

(403) CJCE, 12 juillet 2001, *Ordre des Architectes de la Province de Milan et Lodi*, aff. C-399/98, *Rec.*, p. I-5435, pt 77.

(404) Conclusions de l'Avocat général Mme Verica Trstenjak, présentées le 23 mai 2012, aff. C-159/11, pt 30.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

173. Intégration de toute forme de rétribution. Partant de cette conception du caractère onéreux, la jurisprudence retient une interprétation large de la contrepartie, qui englobe tout type de rétribution constitué par une somme d'argent. C'est là une approche qui s'inscrit en cohérence avec la plupart des droits nationaux, où le marché public demeure caractérisé par l'existence du versement d'un prix versé par la collectivité, le prix constituant la contrepartie du contrat (405).

Mais le droit de l'Union produit un effet de dépassement par rapport à cette conception traditionnelle. En effet, l'onérosité du contrat peut être établie, au-delà de l'hypothèse la plus classique, qui consiste à verser un prix. Il y a caractère onéreux non seulement en présence d'une contre-prestation en argent, mais également en caractérisant toute sorte d'obligation contractée par le pouvoir adjudicateur en contrepartie de l'exécution du marché (406). Tel peut être le cas lorsque le pouvoir adjudicateur s'engage à participer concrètement au financement de l'opération, à assumer d'éventuelles pertes qu'engendrerait son exécution, à renoncer à une créance fiscale ou s'il cède dans des conditions avantageuses un terrain lui appartenant. Un contrat de marché peut donc être composite sur le plan de la rémunération. La rémunération du cocontractant peut provenir non seulement du prix, mais également du produit de la vente d'ouvrages réalisés pour le compte de tiers, de l'abandon de créances, notamment fiscales, d'avantages matériels pour la réalisation d'un ouvrage, plus généralement de toute prestation qui crée un avantage pour l'opérateur et qui est perçue par le pouvoir adjudicateur comme une forme de rémunération.

174. Exemples. L'onérosité a pu être établie dans plusieurs cas de figure :

– En présence de conventions d'aménagement dans lesquelles l'opérateur, qui réalise une zone d'aménagement, se rémunère par la vente auprès de tiers de bâtiments, tandis qu'une partie de la zone aménagée est cédée à une commune. Telle était l'hypothèse dans l'affaire *Jean Auroux c. Ville de Roanne*, dans laquelle la Cour, suivant l'Avocat général Juliane Kokott, a requalifié une convention d'aménagement au sens du Code français de l'urbanisme (art. L.300-4) en marché public de travaux au sens du droit de l'Union, en considérant que le caractère onéreux était établi dans la mesure où la

(405) Voy. par exemple la jurisprudence du Conseil d'État : CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, *Rec. Lebon*, p. 612.

(406) Conclusions de l'Avocat général Juliane Kokott, présentées le 15 juin 2006, aff. C-220/05 (Jean Auroux), *Rec.*, p. I-386, pt 57.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

société en charge de la réalisation de ladite convention recevait un montant de la part de la commune en contrepartie de la cession d'un parking et qu'elle était en droit de tirer des recettes de tiers en contrepartie de la cession des ouvrages réalisés (407).

– Dans le cas du versement d'un prix modique, qui se limite à couvrir les frais réels supportés par l'opérateur dans l'exécution d'un marché. En ce sens, dans ses conclusions dans l'affaire *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, l'Avocat général Trstenjak a souligné que l'absence de profit de l'opérateur économique n'exclut pas le caractère onéreux, dès lors que le pouvoir adjudicateur a bien procédé à une contre-prestation, telle qu'une renonciation entre les parties à des créances réciproques ou l'attribution d'un avantage matériel (408). Suivant cette argumentation, la Cour souligne, dans cette affaire relative à une coopération établie entre deux entités publiques, qu'un contrat ne saurait échapper à la notion de marché public du seul fait que sa rémunération reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu (409).
– Le cas de figure d'une compensation modique a également été admis quand un pouvoir adjudicateur confie à un opérateur, qui a également la qualité de pouvoir adjudicateur, des services de nettoyage et d'entretien, lorsque cette compensation se limite aux coûts engendrés par la prestation (410).
– Un contrat de location en état futur d'achèvement à conclure, qui nécessite, préalablement, la réalisation de travaux financés par une collectivité ; même si la location en tant que telle figure parmi les exclusions d'application des directives (notamment car elle n'implique pas la confrontation de plusieurs opérateurs pour fournir un bien), en revanche, la réalisation de l'ouvrage destiné à la location répond au caractère onéreux du marché dès lors que la collectivité accorde des avantages à l'opérateur (411).

---

(407) CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a. c. Commune de Roanne*, aff. C-220/05, *Rec.*, p. I-412, pt 45. Note W. Zimmer, « Convention d'aménagement, marché de travaux et concession de travaux », *Contrats et Marchés publics*, 2007, comm. 38, n° 2.

(408) *Ibid.*, pts 31 et 32. Dans l'affaire *Jean Auroux*, plusieurs caractéristiques permettent d'établir le caractère onéreux : le fait que la ville de Roanne s'engage à verser une somme de près de trois millions d'euros pour la cession du parc de stationnement public, qu'elle participe au financement des ouvrages à réaliser, qu'à l'expiration de la convention, elle devient automatiquement propriétaire des terrains et des ouvrages qui n'auront pas été cédés à des tiers.

(409) CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, aff. C-159/11, *op. cit.*, pt 29.

(410) CJUE, 13 juin 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG c. Kreis Düren*, aff. C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385, pt 29.

(411) CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA c. Comune di Bari*, aff. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt 41.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

B. *La réception dans la jurisprudence nationale*

175. Extension de la qualification de marché. En France, le juge administratif suit une approche similaire à celle de la Cour de justice dans la compréhension de la notion d'onérosité. Le caractère onéreux d'un contrat ne se réduit pas au paiement d'un prix et s'entend, comme en droit privé des contrats synallagmatiques, d'un échange économique d'avantages, qui sont jugés comme étant équivalents entre les parties. Cette évolution est essentielle dans la mesure où elle a conduit à minorer le seul critère du versement d'un prix comme élément caractéristique de la définition d'un marché public (412). L'approche large du caractère onéreux a pour conséquence d'admettre la qualification de marché et, par voie de conséquence, d'admettre la compétence du juge administratif pour en connaître, ainsi que celle du juge des référés en cas de contestation sur les modalités de publicité et de mise en concurrence (413).

176. Exemples. En ce sens, la jurisprudence du Conseil d'État a retenu la qualification de marché public pour des contrats qui n'avaient pas été qualifiés comme tels par les parties.

– Tel est le cas des contrats de mobilier urbain qualifiés de marchés publics, dès lors que le caractère onéreux est établi par le fait que le titulaire du contrat de mobilier se rémunère grâce à l'exonération de redevance pour occupation du domaine public et sur l'autorisation d'exploiter, à titre exclusif, une partie du mobilier urbain à des fins publicitaires (414). Dans cette hypothèse, le montant du marché public est évalué à partir de celui de la redevance domaniale que la collectivité renonce à percevoir, cette redevance étant

(412) Les marchés sont historiquement définis comme des contrats dans lesquels le titulaire est rémunéré par l'administration au moyen d'une somme d'argent qualifiée de prix. Le critère du prix a pendant longtemps servi de critère exclusif pour distinguer le contrat de marché de celui de gestion déléguée de service public, qui prévoit que l'entreprise gestionnaire du service se rémunère par une redevance versée directement par les usagers (CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, *Rec. Lebon*, p. 62 ; CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 168325 (Ville de Lambesc).

(413) CE, sect., 20 mai 1998, *Communauté de Communes Piémont-de-Barr*, n° 188239.

(414) CE, ass., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n° 247299. Voy. le commentaire de A. Menemenis, « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux », *AJDA*, 2006, p. 120. *A fortiori*, lorsqu'un contrat de mobilier urbain prévoit comme contrepartie le versement d'une somme constitutive d'un prix, il s'agit soit d'un marché public de fourniture, soit d'un marché de services (CE, 6 décembre 1995, *Département de l'Aveyron et Sté Jean-Claude Decaux*, req. n°s 148964 et 149403). En l'absence de contrepartie identifiable, le contrat de mobilier urbain doit toutefois être regardé comme un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public : CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*, n° 364593.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

elle-même déterminée en fonction des ressources publicitaires retirées par l'entreprise de l'exploitation du domaine public.

– Les contrats qui prévoient une rémunération sous la forme de recettes publicitaires pour le cocontractant ont également été qualifiés de marchés publics. Dans un arrêt de section du 6 novembre 2009, *Société Prest'Action* (415), le Conseil d'État a qualifié de marché public un contrat relatif à la prospection d'annonceurs publicitaires en vue du financement d'un bulletin municipal ; dans ce cas de figure, la société était chargée de la prospection des annonceurs, de la facturation des espaces publicitaires et de la préparation des publicités à introduire dans le bulletin, en contrepartie d'une rémunération constituée d'une partie de la vente des encarts publicitaires auprès des annonceurs.
– L'existence d'une contre-prestation permet également de requalifier des contrats par lesquels une collectivité autorise un cocontractant à exploiter un terrain, à tirer profit de la vente des produits de l'exploitation, puis à la remettre en l'état. Tel est le cas de figure dans l'arrêt *Commune de Saint-Germain-en-Laye* (416). Dans cette espèce, la commune conclut avec un opérateur un contrat relatif à l'exploitation d'une carrière, qui implique que l'opérateur, en se rémunérant sur les granulats vendus, prenne en charge la dépollution du site et aménage le terrain après l'exploitation. Conçu par les parties comme un contrat de fortage, il est requalifié en marché public dès lors que l'opérateur a le droit d'exploiter, pendant quinze ans, le gisement de granulats, la ville percevant une rétribution au titre du droit de fortage en tenant compte des charges incombant à l'opérateur et du bénéfice qu'il est en droit d'attendre.

Si elle permet de s'inscrire en cohérence avec la jurisprudence de la Cour, la position du juge administratif concernant la définition du caractère onéreux n'en soulève pas moins des difficultés dès lors qu'elle peut conduire à des qualifications artificielles et à associer à la notion de marché public des montages contractuels qui en sont éloignés. Par nature, aucune catégorie de contrats ne peut avoir la prétention de couvrir la diversité des contrats de la commande publique, sauf à leur faire perdre leurs propres logiques

(415) CE, 6 novembre 2009, *Société Prest'Action*, n° 297877.

(416) CE, 3 juin 2009, *Commune de Saint-Germain-en-Laye*, n° 311798. Dans cette espèce, la qualification de concession de travaux ne pouvait être retenue, la rémunération principale du cocontractant de la commune ne provenant pas de l'objet du contrat, à savoir la réalisation des travaux de dépollution et d'aménagement, mais de la vente des granulats extraits du sous-sol.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

économiques et financières. Il s'agit ici d'une limite importante des règles européennes : du fait du caractère dual de la distinction marchés/concessions, elles font œuvre de simplification, mais cette approche binaire produit, en retour, une limitation, voire un appauvrissement des possibilités créatives dans les montages contractuels.

§ 2. – *L'objet du marché*

Les directives envisagent trois grandes catégories d'objet (travaux, services, fournitures) (A), qui peuvent être associées en présence de marchés mixtes (B).

A. *L'identification de l'objet*

177. Types d'objets. Il convient de développer les différentes formes d'objets prévues par les directives : marchés de travaux (1), de services (2) et de fournitures (3). Même si l'ensemble des marchés publics, quel que soit leur objet, sont désormais couverts par la directive 2014/24 (hormis le cas spécifique des marchés en réseau), la qualification de la nature exacte du marché est essentielle car elle détermine le seuil applicable au marché considéré.

1) *Les marchés de travaux*

178. Objet. Conformément à l'article 2, § 6, de la directive 2014/24, un marché public de travaux résulte de la réunion de quatre critères, à savoir un contrat conclu par écrit, à titre onéreux, entre un opérateur économique et un pouvoir adjudicateur, ce contrat devant avoir pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe I de la directive ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Cette définition, posée par le droit dérivé (a), a fait l'objet d'une adaptation jurisprudentielle qui n'a pas été pleinement consolidée (b).

a) Définition issue des directives

179. Définition. Centrale, la notion de marchés de travaux se définit au regard de son objet ou de son résultat, la réalisation d'un

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

ouvrage. En ce sens, l'article 2, § 6, de la directive 2014/24 identifie trois objets possibles pour les marchés de travaux (417) :

– l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe II ;
– l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage ;
– la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

Ces objets doivent être compris au regard de la finalité d'un marché de travaux, qui est de réaliser un ouvrage, lequel est défini par l'article 2, § 7, de la directive comme le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil permettant de remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

180. Annexe II de la directive 2014/24/UE. Le contenu des travaux est identifié par renvoi à l'annexe II de la directive. Celle-ci identifie une liste de différentes sortes de travaux répartis en cinq groupes (418). Ils sont définis selon la nomenclature NUTS, qui correspond à des catégories statistiques (419). Il faut souligner que cette liste n'est pas exhaustive et que la nature des travaux peut également être identifiée par référence au Vocabulaire commun des marchés publics (CPV) défini par le règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission (420). En cas d'interprétation différente entre l'annexe

(417) La définition est la même pour les marchés en réseau relevant de la directive 2014/25 (art. 2, § 2, b)). On trouve également une définition similaire à l'article 5 de l'ordonnance n° 2015-899 : « les marchés publics de travaux ont pour objet : soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste au publiée au JORF ; soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

(418) À savoir : « Préparation des sites », qui inclut notamment les activités de démolition et forages ; « Construction d'ouvrages de bâtiment ou de génie civil » (travaux de construction des plus divers (hors sol, murs, isolation) ; « Travaux d'installation » (électricité, plomberie) ; « Travaux de finition » (plâtrerie, menuiserie, revêtement, peinture…) ; « Location avec opérateur de matériel de construction ».

(419) Règlement (CEE) n° 3037/90 du Conseil, du 9 octobre 1990, relatif à la nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne (*JOCE*, n° L 293 du 24 octobre 1990, p. 1).

(420) Règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission, du 28 novembre 2007, modifiant le règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) et les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relatives aux procédures en matière de marchés publics, en ce qui concerne la révision du CPV, *JOUE*, n° L 74/1 du 15 mars 2008.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

et le CPV, cette dernière nomenclature est applicable. Le CPV est composé d'un vocabulaire principal servant à définir l'objet d'un marché ainsi que d'un vocabulaire supplémentaire permettant d'introduire des données qualitatives complémentaires. Le vocabulaire principal repose sur une structure arborescente de codes comptant jusqu'à 9 chiffres (un code à 8 chiffres plus un chiffre de contrôle) auxquels correspond un intitulé qui décrit le type de fournitures, de travaux ou de services, objet du marché.

Le renvoi à l'annexe II permet de couvrir la quasi-totalité des formes de travaux, telles que :

– la construction : construction de bâtiments neufs et restauration ;
– la préparation des sites : démolition et terrassements, forages et sondages ;
– la construction d'ouvrages de bâtiment ou de génie civil : construction, réalisation de charpentes et de couvertures, construction de chaussées, travaux maritimes et fluviaux, autres travaux de construction ;
– les travaux d'installation : installation électrique, isolation, plomberie, éclairages ;
– les travaux de finition : plâtrerie, menuiserie, revêtement des sols et des murs, peinture et vitrerie, embellissements ;
– la location avec matériel de construction.

181. Identification d'un ouvrage. Les directives envisagent également la définition d'un marché de travaux par référence, indépendamment des activités de l'annexe II, à la réalisation d'un ouvrage. L'ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique et technique. Ainsi que le souligne justement le Professeur Laurent Richer, la référence à l'ouvrage poursuit une double finalité. Il s'agit tout à la fois d'un critère de référence pour apprécier le dépassement des seuils (l'ensemble des travaux sont rattachés à un ouvrage dont le montant est au-delà du seuil) et un critère matériel d'applicabilité de la directive (l'ouvrage caractérise des travaux) (421). Peu précise (422), la définition des directives souligne l'unité et la finalité

(421) L. Richer, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 164.

(422) Un commentateur a ainsi souligné avec humour que « l'identification d'un ouvrage unique devrait ressembler à la définition proverbiale de l'éléphant : les autorités adjudicatrices le reconnaîtront en en rencontrant un » ; voy. A. Brown, « Getting to Grips with Aggregation under the EC Public Procurement Rules », *Public Procurement Law Review*, 1993, p. 69.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de la réalisation. Elle implique d'apprécier la cohérence technique, matérielle et géographique du bien produit (423).

b) La détermination des travaux et l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur

182. Limite à l'interprétation fonctionnaliste de la directive. Dans son important arrêt *Helmut Müller* (424), la Cour a établi un lien entre la prestation qui fait l'objet du marché et l'existence d'un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur. Saisie d'un litige par lequel une juridiction allemande l'invitait à se prononcer sur la qualification de marché de travaux pour apprécier la décision d'un conseil municipal de demander, dans le cadre de la vente d'un bâtiment (une caserne désaffectée), plusieurs projets d'aménagement pour juger de leur cohérence urbanistique, la Cour suit l'approche préconisée par l'Avocat général Paolo Mengozzi, lequel souligne à juste titre les limites d'une approche trop fonctionnaliste de la directive. De fait, la lecture excessivement finaliste et fonctionnaliste préconisée par la Commission peut sans doute soulever des réserves ; à la suivre, toute augmentation de valeur d'un bien immobilier, lorsqu'elle est due à une activité des pouvoirs publics, devrait être soumise aux dispositions de la directive. Or, une telle position peut conduire à soumettre à la directive toute activité de réglementation urbanistique qui inclurait des mesures relatives à la possibilité d'utiliser ou de vendre des bâtiments, dont les effets peuvent conduire à accroître la valeur des terrains (425). C'est dans ce contexte que la Cour pose le critère d'un intérêt économique direct entre le pouvoir adjudicateur et les ouvrages ou travaux à réaliser (426).

(423) CJCE, 5 octobre 2000, *Commission c. France*, aff. C-16/98, *Rec.*, p. I-8341 (les travaux d'électrification dans un département, la Vendée, peuvent se rattacher à un seul et même ouvrage).

(424) CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH c. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, aff. C-451/08, *Rec.*, p. I-2673 ; note R. NOGUELLOU, *RDI*, 2010, p. 383.

(425) Conclusions de l'Avocat général M. Paolo MENGOZZI, présentées le 17 novembre 2009, aff. C-451/08, pts 36 et s.

(426) Aff. C-451/08, *op. cit.*, pts 48 et 49 : « le caractère onéreux du contrat implique que le pouvoir adjudicateur ayant conclu un marché public de travaux reçoive en vertu de celui-ci une prestation moyennant une contrepartie. Cette prestation consiste dans la réalisation des travaux que le pouvoir adjudicateur vise à obtenir […] une telle prestation, en raison de sa nature ainsi que du système et des objectifs de la directive 2004/18, doit comporter un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Par ce critère, le juge cherche à concilier des impératifs antagonistes, d'une part, prévenir les abus inhérents aux risques de contournement des directives par des opérations d'urbanisme qui sont des marchés déguisés et, d'autre part, éviter une extension incontrôlée du champ d'application de la directive. On peut également voir dans le raisonnement suivi une volonté de préserver l'autonomie locale et la marge de manœuvre des collectivités, qui serait fortement remise en cause par une lecture trop fonctionnelle des directives, tendant à reconnaître (ainsi que le soutenait la Commission dans l'affaire *Helmut Müller*) que toute autorisation accordée par l'administration publique pour la réalisation de certaines activités de construction crée par définition un avantage pour son titulaire consistant en l'augmentation de valeur de ce terrain (427). L'expression « intérêt économique direct » permet également de préciser la position de la Cour dans son arrêt *Auroux c. Ville de Roanne*, suivant lequel l'acquisition de la propriété des ouvrages par l'administration n'est pas une condition nécessaire pour appliquer la réglementation relative à la passation des marchés publics (428). Flexible, l'intérêt économique direct doit toutefois correspondre à trois cas de figure précisés dans l'arrêt *Helmut Müller* :

– lorsqu'il est prévu que le pouvoir adjudicateur deviendra propriétaire des travaux ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché ;
– s'il est prévu que le pouvoir adjudicateur disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché, en vue de leur affectation publique ;
– en cas d'avantages économiques que le pouvoir adjudicateur pourra tirer de l'utilisation ou de la cession futures de l'ouvrage, dans

(427) Voy., en ce sens, S. Platon, « Autonomie locale et régionale et droit européen des contrats publics », in *L'Union européenne et l'autonomie locale et régionale*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 137-157.

(428) Ainsi que cela a été souligné, la Cour était saisie dans l'affaire Ville de Roanne d'une convention d'aménagement qui prévoyait que le cocontractant se rémunère par la vente auprès de tiers de certains immeubles, tandis qu'une zone de loisirs à aménager devait revenir à la ville. Dans cet arrêt (CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a. c. Commune de Roanne*, aff. C-220/05, *op. cit.*), la Cour s'appuie sur une interprétation large du caractère onéreux du contrat, entendu comme la contre-prestation offerte à l'entrepreneur en raison de la réalisation des travaux visés par le pouvoir adjudicateur. Le caractère onéreux se vérifie ainsi en présence d'une convention par laquelle une société d'économie mixte reçoit un montant de la part d'une commune en contrepartie de la cession d'un parc de stationnement. La commune s'engage également à participer aux dépenses de tous les ouvrages à réaliser. En vertu de la convention, la société est en droit de tirer des recettes de tiers en contrepartie de la cession des ouvrages réalisés. La Cour en conclut qu'une convention par laquelle un premier pouvoir adjudicateur confie à un second pouvoir adjudicateur la réalisation d'un ouvrage constitue un marché public de travaux au sens de la directive, indépendamment du fait qu'il est prévu ou non que le premier pouvoir adjudicateur soit ou devienne propriétaire de tout ou partie de l'ouvrage (pt 47).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

le fait qu'il a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage ou dans les risques qu'il assume en cas d'échec économique de l'ouvrage (429).

183. Flottement jurisprudentiel. Ce nouveau critère n'a pas été utilement précisé depuis l'arrêt *Müller*. Tout au plus, la Cour a souligné qu'il y a intérêt direct lorsque le pouvoir adjudicateur doit prendre des mesures pour définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci. Ainsi, dans l'affaire *Pizzarotti* (430), qui mettait en cause un contrat combinant travaux et acte d'engagement de donner en location (pour un palais de justice), la Cour s'est appuyée sur les stipulations contractuelles pour établir l'intérêt direct du fait que l'acte réserve à l'administration le droit de vérifier, avant la réception de l'ouvrage, la conformité de celui-ci à un ensemble d'exigences liées à sa capacité à accueillir une activité juridictionnelle. Le fait que la Ville de Bari ait été en mesure d'influer de manière déterminante sur la conception de l'ouvrage à construire justifie la qualification de marché de travaux, même si la ville n'en obtient pas la propriété.

Si le critère de l'intérêt direct n'a guère fait l'objet de précisions complémentaires ultérieurement à l'arrêt *Helmut Müller*, il a en revanche été appliqué par la Cour de cassation en France dans un litige relatif à la SCNF, agissant comme entité adjudicatrice dans le cadre de l'ordonnance du 6 juin 2005 (431). La SNCF a adressé à des entreprises de recyclage de déchets un dossier de consultation portant sur la vente de voitures de voyageurs devenues inutilisables et considérées comme des déchets. Une entreprise, à l'appui d'un recours contractuel, cherche à obtenir la nullité de la vente en invoquant la qualification de marché public. En s'appuyant expressément sur la jurisprudence *Helmut Müller*, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir rejeté le recours au motif que le traitement des déchets

(429) Aff. C-451/08, pts 51 et 52.

(430) CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti c. Comune di Bari*, aff. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt 56.

(431) Cass. fr., ch. com., 23 juin 2015, n° 14-12.419, « attendu que la Cour de justice de l'Union européenne a énoncé que la notion de marchés publics de travaux impose que les travaux faisant l'objet du marché soient exécutés dans l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur (arrêt du 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08, point 54) ; qu'ayant relevé, en conformité avec ce principe, que le traitement des déchets vise à la satisfaction d'un objectif public d'intérêt général d'ordre environnemental dont il incombe à la SNCF d'assurer le respect, et retenu que les obligations que celle-ci met à la charge de ses cocontractants n'ont pas pour objet de satisfaire ses besoins, si ce n'est de réaliser à sa place la destruction des déchets, le juge des référés en a déduit à bon droit qu'elles ne lui apportent aucun intérêt économique direct ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

vise à la satisfaction d'un objectif public d'intérêt général d'ordre environnemental, dont il incombe à la SNCF d'assurer le respect. Dès lors que les obligations que celle-ci met à la charge de ses cocontractants n'ont pas pour objet de satisfaire ses besoins, on ne peut y voir l'apport d'un intérêt économique direct.

2) *Les marchés de services*

Le droit dérivé retient une définition *a contrario* des marchés de services (a) et établit un régime spécifique pour certaines catégories de services (b).

a) Définition

184. Définition *a contrario*. Les marchés de services sont définis *a contrario* par référence aux marchés de travaux. Les directives se limitent à indiquer que les marchés publics de services sont ceux qui ont « pour objet la prestation de services » autres que ceux identifiés comme travaux (432). Compte tenu du lien évident qu'il existe entre les directives marchés publics et le marché intérieur, les services doivent être définis par renvoi au régime des libertés de circulation. La jurisprudence en retient, de longue date, une définition large, selon laquelle doit être considérée comme une prestation de service « toute prestation normalement fournie contre rémunération » (433).

185. Diversité. Compte tenu de l'approche très large que retiennent les directives, les marchés de services peuvent recouvrir des prestations d'une grande diversité, telles que, notamment :

– services d'entretien et de réparation : véhicules motorisés, installation de réseaux (téléphone, électricité, eau, télé), entretiens divers, installation de matériels (notamment de bureau) ;
– services de transports terrestres : transport routier, taxi, location de véhicules, services de courrier, de colis, etc. ;

(432) Directive 2014/24, art. 2.9 : constituent des « marchés publics de services », des marchés ayant pour objet la prestation de services autre que ceux visés au point 6) (qui couvre les travaux). Dans un sens similaire, l'article 5, § 3, de l'ordonnance du 23 juillet 2015 définit les marchés publics de services comme ceux « qui ont pour objet la réalisation de prestations de services ».

(433) Art. 57 TFUE, interprété dans un sens autonome par la jurisprudence depuis CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, aff. 155/79, *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– services de transports aériens, transports de voyageurs et de marchandises : services de transport aérien, location d'aéronefs, services de pilotage :
– transport de courrier par transport terrestre et par air ;
– services de télécommunications : téléphonie, services de messagerie électronique, services de télétravail, services de téléconférence, services internet ;
– services financiers : assurance, services bancaires, services de dépôts, services de virements internationaux, services de gestion des fonds de pension, services d'assurance vie, services de retraite ;
– services informatiques : réparation de machines de bureau, réparation de matériel informatique, réparation de micro-ordinateur, services de matériel de reprographie, services de réparation d'ordinateurs personnels, services de logiciels (pour tout domaine d'activité), services de développement de logiciels, services de bureautique, services de modélisation ;
– services de recherche et de développement : services de recherche, recherche militaire ;
– services comptables, audit et tenue de livres : services de comptabilité, services comptables, services de gestion des salaires, services d'audit, services d'audit interne, services de vérification des fraudes, services fiscaux, services de courtage des douanes ;
– services d'étude de marché et de sondages : services d'étude, services de réalisation d'enquêtes, services de test de marché, services de recherche sociale, etc. ;
– services de conseil en gestion : services à la clientèle, services après-vente, services de conseil en gestion générale, services de conseil en gestion du marketing, services de gestion de crise, service de gestion portuaire, etc. ;
– services d'architecture : conseil en architecture, création architecturale, services de cartographie, projets de plan, supervision des travaux de construction, services de conseil en génie civil, surveillance environnementale, services de santé et de sécurité, services de témoins experts, services de conception, services de conseil en construction, services de contrôle de machines ;
– services de publicité : conseils en publicité, gestion publicitaire, campagne publicitaire ;
– services de nettoyage : agence immobilière, location, services d'immobilier résidentiel, services de gestion de terrains, services de logement, services de nettoyage, etc. ;

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– services de placement et fournitures : placement, recrutement, orientation professionnelle ;
– services d'éducation : enseignement primaire, secondaire, spécialisé, formation, etc. ;
– services de transports ferroviaires ;
– services de transport par eau ;
– services de voirie et d'enlèvement des ordures : assainissement, hygiène, eaux usées, ramassage, etc. (434).

b) Régime spécifique pour les services sociaux et les services spécifiques

186. Ancienne distinction entre services prioritaires et non prioritaires. Jusqu'à l'adoption du paquet législatif de 2014, le droit de l'Union opérait une distinction entre les services dits « prioritaires » et ceux dits « non prioritaires ». Bien que ces qualitatifs ne figuraient pas nommément dans les directives antérieures, ces distinctions correspondaient à deux régimes distincts (annexe II.A et annexe II.B de la directive 2004/18). Tandis que les services prioritaires étaient soumis à l'ensemble des obligations et des procédures prévues par les directives, les services non prioritaires n'étaient soumis qu'aux dispositifs relatifs aux spécifications techniques et à l'envoi d'un avis sur les résultats de la procédure de passation (435). Saisie de la mise en œuvre de cette distinction, qui est contraignante si l'État membre fait le choix de l'introduire (436), la Cour a considéré que la classification en cause n'impliquait pas une appréciation en termes d'objet principal du marché, courante toutes les fois où un marché est mixte. Il incombe au pouvoir adjudicateur de qualifier au plus près la nature du marché au regard de la classification CPV et, en cas

(434) Exemples tirés du vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV), défini par le règlement (CE) n° 213/2008 du 28 novembre 2007, *op. cit.*

(435) Exemple de services « anciennement prioritaires » : entretien et réparations, transports terrestres, aériens et courrier, services informatiques, services comptables et d'audit, services d'études de marché et de sondages, services de conseil en gestion, services de nettoyage, de voirie et d'enlèvement d'ordure ; et « non prioritaires » : hôtellerie et restauration, transports ferroviaires, transport par eau, services juridiques, placement et fournitures de personnel, éducation et formation professionnelle, services sociaux et sanitaires, services culturels. En France, le Code des marchés publics, jusqu'en 2015, avait repris cette distinction (qui n'était pas obligatoire), dès lors que les services non prioritaires obéissaient à des règles beaucoup plus légères : procédure adaptée et avis d'attribution pour les marchés supérieurs à 210.000 €.

(436) CJCE, 24 septembre 1998, *Walter Tögel c. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, aff. C-76/97, *Rec.*, p. I-5357, pt 34.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

d'impossibilité de conclure un seul marché, de dissocier la conclusion suivant la procédure des services prioritaires et celle des services non prioritaires (437).

187. Abandon de la distinction en 2014 – services sociaux et spécifiques. Source de complexité et de difficultés, notamment pour procéder à la qualification des services en catégorie prioritaire ou non prioritaire suivant la classification CPV, la distinction a été abandonnée dans le paquet législatif de 2014, pour être remplacée par un régime propre « aux services sociaux et autres services spécifiques » (438). Ce traitement spécifique repose sur une double justification. Tout d'abord, suivant une logique similaire à celle suivie à travers la distinction prioritaire/non prioritaire, l'existence de procédures plus souples pour ces marchés s'inscrit dans l'idée selon laquelle ils sont naturellement moins ouverts à la concurrence et présentent rarement un intérêt transfrontalier. Cette justification, qui a été avancée par la Cour dans le contexte de la directive 2014/24 (439), demeure pertinente avec cette nouvelle catégorie. Mais cette catégorie doit également être comprise comme une recherche par l'Union d'un meilleur équilibre entre l'intégration économique et d'autres impératifs (notamment sociaux), en lien avec le régime spécifique qui a été progressivement défini pour les services d'intérêt économique général et pour les services sociaux d'intérêt général. En ce sens, le considérant n° 6 de la directive 2014/24 souligne « que les États membres sont libres d'organiser la fourniture de services sociaux obligatoires ou d'autres services, tels que les services postaux, soit en tant que services d'intérêt économique général, soit en tant que services d'intérêt général non économiques, ou une combinaison des deux ».

(437) CJCE, 14 novembre 2002, *Felix Swoboda GmbH*, aff. C-411/00, *Rec.*, p. I-10604, pt 52 : « l'article 10 de la directive 92/50 fournit un critère univoque de détermination du régime applicable à un marché composé de services divers, qui est fondé sur la comparaison de la valeur des services visés à l'annexe I A de cette directive avec celle des services visés à son annexe I B » ; il en résulte que la détermination du régime applicable aux marchés publics de services comportant des services relevant des deux annexes ne dépend pas de l'objet principal de ces marchés.

(438) Directive 2014/24, art. 74 et s.

(439) Pour la Cour, l'ancienne distinction annexe I A/I B part de la présomption selon laquelle les marchés dits non prioritaires ne présentent pas, *a priori*, eu égard à leur nature spécifique, un intérêt transfrontalier suffisant, susceptible de justifier que leur attribution se fasse au terme d'une procédure d'appel d'offres censée permettre à des entreprises d'autres États membres de prendre connaissance de l'avis de marché soumissionnaire (en ce sens, CJCE, 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/03, *Rec.*, p. I-9777, pt 24 ; CJCE, 17 mars 2011, *Strong Segurança SA c. Municipio de Sintra*, aff. C-95/10, ECLI:EU:C:2011:161, pt 35.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

188. Liste. Cette catégorie de services est identifiée à l'annexe XIV de la directive et couvre essentiellement les services suivants :

– services sanitaires, sociaux et connexes : mise à disposition de personnel d'aide à domicile, mise à disposition de personnel infirmier et de personnel médical, emploi du personnel à domicile, services de personnel de bureau pour les particuliers, autres services domestiques ;
– services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé : services de l'administration publique, de la défense et de la sécurité sociale, services d'enseignement et de formation, services d'organisation d'expositions, de foires, services d'organisation d'événements ;
– services de sécurité sociale obligatoire ;
– services de prestations : différents régimes d'indemnités pour risques sociaux ;
– services religieux ;
– services d'hôtellerie et de restauration : cantine, livraison de repas, restauration scolaire, services traiteur ;
– services juridiques non exclus et autres services administratifs et publics ;
– services liés à l'administration pénitentiaire, services de sécurité publique et de secours (si non exclus) ;
– services d'enquête et de sécurité : alarme, gardiennage, agences de détectives, patrouille ;
– services internationaux : services spécifiques aux organisations et aux organismes internationaux ;
– services postaux : postes et télécommunications, services de courrier, colis, poste restante, guichets ;
– divers : services de rechapage de pneus et services de travaux de forge.

3) *Les marchés de fourniture*

189. Identification. Les directives définissent les marchés de fournitures comme « des marchés publics ayant pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits. Un marché public de fourniture peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation » (440).

(440) Directive 2014/24, art. 2.1, al. 8 ; directive 2014/25, art. 2.4.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Il faut dès lors considérer qu'il y a marché de fournitures lorsque le contrat porte sur un bien qui ne devient la propriété du pouvoir adjudicateur qu'à l'issue du contrat, avec une contrepartie fixée de manière abstraite sur des biens fabriqués spécialement pour certains utilisateurs, en fonction de leurs besoins individuels, dont l'utilisation nécessite une prestation accessoire de conseil.

B. *La qualification des marchés mixtes*

Deux cas de figure doivent être dissociés : les marchés qui présentent plusieurs objets eux-mêmes rattachables à des catégories de marchés (travaux, fournitures, services) (1) et les contrats qui contiennent des volets qui ne relèvent pas du champ des directives (2).

1) *Pluralité d'objets dans le champ des directives*

190. Relation du principal à l'accessoire. Il est usuel qu'un marché présente un caractère mixte, à savoir qu'il contient l'exécution de travaux assortie de la délivrance de fournitures ou de la prestation d'un service. Tel est, par exemple, le cas lorsque la réalisation d'un ouvrage, qui caractérise un marché de travaux, est associée à la location du futur bâtiment. Dans l'hypothèse où un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux ainsi que des éléments ayant trait à un autre type de marché (services, fournitures), c'est l'objet principal du contrat qui détermine les règles applicables. Cette approche pragmatique, qui résulte du bon sens, a été systématisée par la jurisprudence de la Cour dans sa décision *Gestión Hotelera Internacional* (441). Saisi d'un litige relatif à une procédure d'adjudication pour la rénovation et la gestion d'un casino, le juge retient en l'espèce une qualification fondée sur le caractère principal du contrat, en l'occurrence la prestation de services (442). Le raisonnement suivi dans cette affaire s'appuie plus sur le constat de prévalence, d'un marché sur un autre, que sur le caractère accessoire, de l'un par rapport à l'autre. En d'autres

(441) CJCE, 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional SA c. Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria*, aff. C-331/92, *Rec.*, p. I-1343.

(442) Aff. C-331/92, *op. cit.*, pt 29 : « un contrat mixte qui porte à la fois sur l'exécution de travaux et sur une cession de biens ne relève pas du champ d'application de la directive 71/305, si l'exécution des travaux présente seulement un caractère accessoire par rapport à la cession de biens ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

termes, les obligations accessoires ne sont pas aptes à déterminer les règles applicables qui doivent être identifiées selon le critère de la prévalence (443).

La détermination de l'objet principal par rapport à l'accessoire peut s'appuyer sur plusieurs éléments, parmi lesquels le contenu du contrat (quelles sont les prestations principales qui s'y trouvent être identifiées, travaux, fournitures ou services), l'intention des parties (notamment celle du pouvoir adjudicateur) ou encore les conditions d'exécution et les moyens utilisés pour exécuter le contrat (444). À titre d'exemple, dans l'affaire *Köln Messe*, qui mettait en cause un contrat de construction et de location, la Cour, pour retenir la qualification de marché de travaux, s'est appuyée sur le contrat et ses annexes, dont les spécifications « qui se rapportent à un descriptif précis des bâtiments à construire, de leur qualité et de leurs équipements, vont bien au-delà des exigences habituelles d'un locataire à l'égard d'un nouvel immeuble d'une certaine envergure » (445).

2) *Recherche de la prépondérance du contrat*

191. Contrats mixtes. Outre la pluralité des objets, la problématique de la qualification peut également se poser, comme dans l'affaire *Gestión Hotelera*, lorsqu'une procédure de passation de marchés publics comporte des volets hétérogènes qui, s'ils étaient traités séparément, relèveraient de différents ensembles de règles. Dans ce cas, lorsqu'un contrat mixte porte à la fois sur une transaction relevant du champ d'application d'une directive en matière de marchés publics (en l'espèce, un contrat de marchés publics de travaux) et sur une autre transaction qui, prise isolément, ne relèverait pas du droit communautaire en matière de marchés publics (en l'espèce, une cession de biens sous forme de bail), le contrat dans

(443) Voy. la lecture justement proposée par l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, dans ses conclusions présentées le 8 novembre 2006 dans l'affaire *Commission c. Italie* (aff. C-412/04), *Rec.*, p. I-625, pt 38.

(444) F. Lindicht, « Les marchés mixtes », *Contrats et Marchés publics*, 2014, n° 6, dossier 9.

(445) CJCE, 29 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-536/07, pts 56 et s. La Cour constate en l'occurrence que la construction des ouvrages n'avait pas été entamée à la date de conclusion du contrat principal entre un opérateur économique et un sous-pouvoir adjudicateur. Dès lors, alors même que le contrat portait formellement sur de la location, l'objectif prioritaire de ce contrat ne pouvait logiquement être que la construction desdits ouvrages, qui devraient par la suite être mis à la disposition de la ville de Cologne par le biais d'une relation contractuelle qualifiée de « contrat de location ». Il en résulte que le marché peut être qualifié comme portant sur des travaux.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

son ensemble ne relèvera pas du champ d'application de la directive si le premier élément présente seulement un caractère accessoire par rapport au second (446). Dans le cas d'un contrat mixte dont les différents volets sont liés d'une manière inséparable et forment un tout indivisible, l'opération en cause doit être examinée dans son ensemble de manière unitaire aux fins de sa qualification juridique et doit être appréciée sur la base des règles qui régissent le volet qui constitue l'objet principal ou l'élément prépondérant du contrat. Tel est le raisonnement suivi dans l'affaire *Club Hotel Loutraki* (447), qui porte sur un contrat unique contenant une pluralité d'objets : privatisation partielle d'une entreprise publique de casino par la voie d'une cession d'actions sous la forme d'un appel d'offres unique, transmission de la gestion du casino au cessionnaire des actions, obligation d'effectuer des travaux d'aménagement et d'amélioration de lieux. Ce contrat est destiné à un partenaire unique, qui dispose à la fois de la capacité financière nécessaire à l'achat des actions en cause et d'une expérience professionnelle en matière d'exploitation d'un casino. Tel qu'il est conçu, le contrat forme un tout indivisible ; son volet prépondérant est bien la cession d'actions, qui conditionne l'exécution des autres prestations. Or, dans la mesure où une opération de privatisation d'entreprise et de cession d'action ne relève pas, en tant que telle, du champ des directives, l'ensemble du contrat ne peut être qualifié de marché public.

§ 3. – *Les marchés publics et les partenariats public-privé*

192. Diversité du champ. Du fait de la prévalence du critère de l'onérosité, et d'un champ d'application organique très large, les marchés publics au sens du droit de l'Union ont vocation à couvrir une pluralité de contrats qui peuvent recevoir, dans les droits nationaux, une autre qualification. C'est particulièrement le cas des marchés dits de partenariat qui renvoient à une réalité très fragmentée selon les États, des marchés mixtes, des concessions (notamment en

(446) Aff. C-331/92, *op. cit.*, pt 29. L'arrêt *Hosteleria*, outre la coexistence de travaux et de services, mettait en cause un contrat mixte combinant un engagement d'exécuter une série de travaux, un engagement de gérer une entreprise hôtelière et une concession portant sur l'installation et l'ouverture d'un établissement de jeux.

(447) CJUE, 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki AE e.a. c. Ethniko Symvoulio Radiotileorasis*, aff. jtes C-145/08 et C-149/08, *Rec.*, p. I-04165, pts 55 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Italie), des contrats *ad hoc* qualifiés de partenariat (448), des autorisations d'occupation domaniale conclues pour une longue durée (les baux dits « aller-retour ») (449) ou encore des autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels. De manière générale, et en dépit de plusieurs initiatives de la Commission, le droit de l'Union ne pose pas un cadre juridique uniforme pour les marchés de partenariat (A). Seule une modalité particulière de partenariat fait l'objet d'une reconnaissance spécifique, depuis l'arrêt *Acoset* de la Cour de justice (B). Néanmoins, dans le contexte de la transposition des directives de 2014, ces marchés font l'objet d'une rationalisation et d'un rattachement plus systématique à la catégorie générale des marchés publics (C).

A. *L'absence de cadre normatif dédié pour les partenariats public-privé en droit de l'Union*

193. Livre vert de 2004. En procédant à une catégorisation binaire des contrats de commande publique – marchés ou concessions –, le droit de l'Union n'a pas retenu une définition uniforme du partenariat public-privé (ci-après PPP). Dès 2004, la Commission a publié un Livre vert sur ces contrats globaux, en soulignant justement que ce terme n'est pas défini au niveau communautaire. Il se réfère en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une

(448) Au sens, en France, de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, laquelle définit ceux-ci comme « un contrat administratif par lequel l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement, à l'exception de toute participation au capital ».

(449) En France, cette forme de bail emphytéotique consiste à confier au bailleur le financement, la conception et la construction de l'ouvrage. Celui-ci est ensuite mis à la disposition de la collectivité pour la durée du bail moyennant redevance. À l'échéance de ce bail, le bien devient propriété de la collectivité, d'où le nom de montage « aller-retour ». Il est également possible pour la collectivité de conclure une autre forme de bail emphytéotique administratif : le bail emphytéotique administratif « concessif ». Il s'agit d'un contrat par lequel le bailleur se voit confier le financement, la conception, la construction puis l'exploitation de l'ouvrage et se rémunère auprès de ses usagers. Dans ce cas, le montage contractuel se rapproche des règles relatives à la délégation de service public et connaît donc les mêmes difficultés. Ce montage contractuel est régi par les articles L.1311-2 à L.1311-4-1 du Code général des collectivités territoriales et L.2341-1 du Code général des propriétés des personnes publiques.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

infrastructure ou la fourniture d'un service (450). Plusieurs éléments caractérisent ces schémas contractuels : une durée relativement longue ; un mode de financement assuré pour partie par le secteur privé ; le rôle important de l'opérateur économique, qui participe à différents stades du projet ; la répartition des risques entre le partenaire public et le partenaire privé.

194. Distinction. Dans le Livre vert, la Commission a proposé une distinction entre, d'un côté, les PPP de type purement contractuel, « dans lesquels le partenariat entre secteur public et secteur privé se fonde sur des liens exclusivement conventionnels » et, d'un autre côté, les PPP de type institutionnalisé, impliquant une coopération entre le secteur public et le secteur privé au sein d'une entité distincte. Cette distinction, inspirée d'une pratique très diversifiée dans les États, va ultérieurement inspirer la Cour de justice à l'occasion de son arrêt *Acoset* (*infra*). L'approche suivie par la Commission va favoriser une évolution des procédures, notamment en reconnaissant le dialogue compétitif et, depuis 2014, le partenariat d'innovation, mais non une approche uniforme des PPP. En effet, le Livre vert de 2004 va déboucher sur une communication interprétative, en 2007 (451), qui se limitera à souligner les possibilités du cadre normatif existant pour conclure des contrats de partenariat, en précisant la nature des critères de sélection à déterminer, la nécessité d'associer plusieurs exigences dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ou encore en soulignant la pertinence du recours au dialogue compétitif. Seul le partenariat public-privé « institutionnalisé » sera systématisé par un arrêt de la Cour.

B. *La reconnaissance d'une forme spécifique de partenariat : le partenariat public-privé institutionnalisé (PPI)*

195. Jurisprudence *Acoset*. Saisie d'un contentieux relatif à l'attribution, par plusieurs municipalités de la province de Raguse en Italie, d'une concession pour la distribution d'eau à une société d'économie

(450) *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM (2004) 327 final du 30 avril 2004.

(451) Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships, C (2007) 6661 du 5 février 2008. Sur cette communication et le défaut d'encadrement uniforme, voy. S.E. Pommer, « Public Private Partnerships », in *EU Public Contract Law*, *op. cit.*, p. 285.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

mixte, la Cour, par son arrêt *Acoset* (452), a ouvert la voie à une forme jusqu'alors relativement inédite de partenariat entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un opérateur privé. Dans cette décision, la Cour considère qu'un marché public ou une concession peut être conclu(e) sans procédure de publicité et de mise en concurrence avec une entité mixte dès lors qu'une telle procédure a été respectée en amont, à l'occasion de la constitution de l'entité mixte, c'est-à-dire à l'occasion du choix du partenaire privé. Autrement dit, la Cour a confirmé qu'une double procédure de mise en concurrence n'était pas nécessaire, à condition cependant que la société à capital mixte garde – pendant toute la durée de la concession – le même objet social. Pour être admis, ce schéma suppose que les critères de sélection de l'association privée remplissent à la fois des critères de solvabilité, liés à la participation à une société, et des critères d'aptitude, usuels pour exécuter un marché. C'est le sens du raisonnement de la Cour qui souligne la double dimension de ces critères (453). Le cadre proposé par l'arrêt *Acoset* est cohérent avec une mise en avant et un recours de l'économie mixte comme mode de gestion des services publics (454).

196. SEMOP. En France, la loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permet la création de sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP), codifiée aux articles L.1541-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales. Ces sociétés s'inscrivent dans la lignée du « partenariat public-privé institutionnalisé » (PPP-I), défini par la Commission européenne comme une coopération entre des partenaires publics et privés au sein d'une même entité qui exécute le contrat, et qui a constitué les prémices de cette nouvelle société-contrat. Elle permet, en une seule procédure de publicité et de mise en concurrence, la création d'une société et l'attribution simultanée d'un contrat de la commande publique. Le capital de la SEMOP est

(452) CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset Spa c. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e.a.*, aff. C-196/08, *Rec.*, p. I-9913.

(453) *Ibid.*, pt 60 : « dans la mesure où les critères de sélection de l'associé privé sont fondés non seulement sur les capitaux apportés, mais également sur la capacité technique de cet associé et sur les caractéristiques de son offre au regard des prestations spécifiques à fournir, et que cet associé se voit, comme en l'espèce au principal, confier l'activité opérationnelle du service en question et donc la gestion de celui-ci, l'on peut considérer que la sélection du concessionnaire résulte indirectement de celle dudit associé qui a eu lieu au terme d'une procédure respectant les principes du droit communautaire ».

(454) Pour une mise en perspective du partenariat « Acoset » avec le recours aux sociétés d'économie mixte, voy. la thèse de S. Brameret, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, coll. Bibliothèque de droit public, t. 271, Paris, LGDJ, 2011.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

impérativement composé par des pouvoirs adjudicateurs, à l'initiative d'un projet, et des opérateurs économiques candidats. Son existence est limitée à la durée prévue pour la réalisation de l'opération pour laquelle elle a été créée. Il faut ici aussi inclure une démarche collaborative structurelle de portage d'opération avec le contrat SEMOP de la loi du 1er juillet 2014 précitée, dédié à la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement (ou à la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service), ou à toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence d'une ou plusieurs collectivités lorsque cette démarche entre dans le champ des procédures du Code des marchés publics.

C. *Le corollaire de l'approche large des marchés publics : l'intégration des marchés globaux*

197. Marché global et qualification de marché public. En France, l'ordonnance du 23 juillet 2015 a procédé à une systématisation des différentes formes de partenariats et les reconnaît comme des formes spécifiques de marchés publics (455). Doivent être dissociés les marchés publics globaux au sens strict et les marchés de partenariat. Tous deux s'inscrivent dans une démarche « partenariale », qui consiste à associer un ou plusieurs partenaires privés à différents stades de la formation et de l'exécution du contrat. Les premiers ont pour caractéristique de charger le cocontractant de prestations qui devraient être normalement dissociées et donner lieu à des marchés distincts, conformément au principe de l'allotissement. Ils renvoient à trois grands types : conception-réalisation, marchés globaux de performance et marchés sectoriels (456), lesquels recouvrent une très grande diversité de situations (notamment les baux emphytéotiques administratifs en matière pénitentiaire, hospitalière, également dans le champ de la défense et de la sécurité).

198. Contrat de partenariat et qualification de marché public. S'agissant des contrats de partenariat (457), ceux-ci peuvent être considérés comme une forme de marché global avec la particularité

(455) Voy. la présentation systématique du Professeur P. Devolvé, « Les contrats de la commande publique », *RDFA*, 2016, n° 2, pp. 200-217.

(456) Ordonnance n° 2015-899, art. 33 (conception-réalisation), art. 34 (marchés de performance), art. 35 (marchés globaux sectoriels).

(457) Ordonnance n° 2015-899, art. 66 à 90.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

importante qu'il se caractérise par le transfert de la maîtrise d'ouvrage à son titulaire. Par rapport au contrat de partenariat auquel il se substitue, le marché de partenariat procède à une extension de son objet (458) : outre la construction et la transformation d'équipements ou de biens immatériels, s'ajoutent désormais des objets complémentaires, tels que la gestion d'une mission de service, la gestion et l'exploitation d'ouvrages. On envisage ainsi la possibilité qu'un contrat de partenariat puisse confie au cocontractant une mission de service public, ce qui tend ici à rapprocher le marché de la concession. Néanmoins, le lancement d'une procédure de passation d'un marché de partenariat est conditionné à la réalisation d'une évaluation du mode de réalisation du projet (en pratique par la Mission d'appui aux partenariats public-privé ou son successeur) et à l'établissement d'une étude de soutenabilité budgétaire (par les services de la Direction des finances publiques). Par ailleurs, le recours à un marché de partenariat est soumis à une double condition. D'une part, l'acheteur doit démontrer que le recours à un tel contrat présente « un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet ». D'autre part, et alors que dans sa dernière mouture, le projet d'ordonnance l'avait écarté, la valeur du marché doit dépasser un seuil fixé par voie réglementaire (condition réintroduite lors de l'examen du texte par le Conseil d'État, en fonction de l'interprétation donnée à la loi d'habilitation ayant permis de prendre l'ordonnance) (459).

La diffusion de la conception européenne du marché public a ainsi certainement contribué à un défaut d'identité de ces marchés de partenariat : s'ils sont formellement qualifiés de marchés publics, du moins en France, par l'ordonnance du 23 juillet 2015, leurs caractéristiques peuvent les rapprocher aussi d'une concession s'il apparaît que le titulaire supportera, durant l'exécution du contrat, un risque d'exploitation que ne compense pas la contre-prestation du pouvoir adjudicateur. Sous l'angle du droit de l'Union, la différence s'établira essentiellement

(458) Dans l'ordonnance du 23 juillet 2015, le marché de partenariat succède au contrat de partenariat institué par l'ordonnance du 17 juin 2004. Celui-ci était déjà un marché public au sens du droit européen mais ne relevait pas du Code des marchés publics. Désormais, le marché de partenariat est un marché public relevant des mêmes textes que les marchés publics (ordonnance et décret), même si, compte tenu de sa particularité, lui sont consacrées des dispositions spécifiques (art. 145 à 169 du décret n° 2016-360).

(459) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 151. Le seuil est fixé à 2 millions d'euros HT lorsque l'objet principal du marché porte sur des biens immatériels, systèmes d'information, à 5 millions lorsque l'objet du marché porte sur des ouvrages d'infrastructure de réseau et des ouvrages de bâtiment qui n'ont pas fait l'objet d'une maîtrise d'œuvre, et à 10 millions dans les autres cas.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

sous l'angle des procédures. Si les contrats de partenariat sont qualifiés de marchés, ils seront attribués suivant les procédures de la directive 2014/24, en devant répondre aux conditions qui encadrent le recours à la procédure concurrentielle, au partenariat d'innovation ou au dialogue compétitif. Elles constituent les procédures les mieux à même d'établir un contrat de partenariat, que ne permet guère un appel d'offres. À l'inverse, si le marché se rapproche d'une concession, le pouvoir adjudicateur sera libre de la procédure d'attribution.

SECTION 2. – L'OBJET DE LA CONCESSION

199. Spécificité et diversité des concessions. Les contrats de concession présentent de nombreuses spécificités, notamment car ils impliquent souvent un montage financier et technique complexe, qu'ils présentent un lien avec la satisfaction de missions de service public ou plus largement d'activités d'intérêt général et qu'ils nécessitent d'évaluer le risque qui est transféré à un concessionnaire. Il convient également de mesurer la diversité des formes de concessions dans l'Union.

200. Définition initiale par la spécificité de la contrepartie. L'adoption, en 2014, de la directive 2014/23 relative à l'attribution des contrats de concession pourrait donner à croire que le droit de l'Union ne s'est penché que tardivement sur le régime juridique de ces contrats. Ce n'est pas le cas : la première directive relative aux marchés de travaux – la directive 71/305 – distinguait déjà les marchés de travaux des concessions de travaux pour mieux exclure ces dernières. Dès ce premier texte, la concession a été définie comme un contrat présentant la même caractéristique qu'un marché « à l'exception du fait que la contrepartie des travaux à effectuer consiste, soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrager, soit dans ce droit assorti d'un prix » (460). Cette définition, qui envisage la concession à travers l'existence d'une contrepartie d'une autre nature que celle du marché, s'est maintenue dans les différents paquets législatifs jusqu'à la directive 2014/23 (461).

(460) Directive 71/305, art. 3.

(461) Avant l'adoption de cette directive, la concession était définie, dans le cadre de la directive 2004/18 (art. 1.3), comme un « contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix », et art. 1.4 : « La "concession de services" est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans la jurisprudence, la problématique de la distinction entre le marché et la concession a longtemps été centrale, dans la mesure où, jusqu'à la directive 2014/23, les concessions de services étaient exclues du champ d'application des directives relatives aux marchés de services. L'opération de qualification était, de ce fait, essentielle dans la mesure où elle conduisait, en présence d'une concession, soit à appliquer uniquement les principes fondamentaux de la commande publique, soit à rattacher le contrat au champ des directives marchés, dans l'hypothèse où le contrat, qualifié par les autorités nationales de concession au sens du droit interne, était requalifié par la Cour comme marché public de services. C'est dans le cadre de ces contentieux que la jurisprudence a progressivement précisé la distinction entre ces deux grandes catégories de contrat, pour préciser le critère tiré du risque d'exploitation (§ 1). Ce critère est désormais systématisé et explicité par la directive 2014/23, qui est à l'origine d'une définition de la notion de concession centrée sur l'aléa économique assumé par l'opérateur (§ 2).

§ 1. – *Une définition prétorienne fondée sur le risque d'exploitation*

Pour être comprise, la définition prétorienne du risque d'exploitation (B) nécessite d'être retracée historiquement, notamment au regard de la difficulté qu'a pu rencontrer la Commission pour l'adoption d'un acte de droit dérivé en matière de concessions de services (A).

A. *La mise à l'écart initiale des concessions de services du champ des directives marchés*

201. Rejet des propositions initiales de la Commission. À la fin des années 80 et au début des années 90, dans le cadre de l'adoption du second paquet législatif relatif aux marchés publics, la Commission a cherché à obtenir une plus grande cohérence du droit applicable, en proposant que les concessions, de services comme de travaux, entrent dans le champ d'application des directives. Dans sa proposition initiale de directive sur les marchés de services du 13 décembre 1990 (462) (à l'origine de la directive 92/50), la Commission avait inclus la

(462) Proposition de directive du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, COM (90) 372 final, *JOCE*, n° C 23/1 du 31 janvier 1991. Sur ces propositions initiales, voy. F. Llorens, « La réglementation communautaire des marchés et le droit des concessions », *Revue du Marché Commun*, 1989, n° 12, p 603 ; Chr. Bréchon-Moulènes, « Rapport introductif », in Chr. Bréchon-Moulènes (dir.), *La concession de service public face au droit communautaire*, coll. Droit public, Paris, Sirey, 1992, pp. 1-13.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

« concession de service public » dans le champ d'application de cette directive. À l'appui de cette proposition, la volonté de « garantir la cohésion des procédures de passation » était mise en avant, afin que « les concessions de service public soient couvertes par la présente directive de la même façon que la directive 71/305 s'applique aux concessions de travaux publics ». Dans le cadre des secteurs exclus (eau, énergie, transports), il était également prévu que les concessions de services soient couvertes par la future directive (463).

Au cours du processus législatif, le Conseil a supprimé toute référence aux concessions de service public, notamment en raison des différences existant entre États membres en ce qui concerne la délégation de la gestion des services publics ainsi que les modalités de cette délégation, lesquelles pourraient créer une situation de très grand déséquilibre dans l'ouverture de ces marchés de concession (464). Le caractère extrêmement large de la définition de la concession paraissait difficilement compatible avec la diversité, dans l'Europe communautaire d'alors, des formes d'attribution des services publics, par voie contractuelle ou par voie unilatérale. Un compromis entre la France et l'Allemagne, qui souhaitent respectivement préserver le modèle de la délégation de service public et celui de la *Stadtwerk* (société de quasi-régie avec capitaux mixtes, chargée de services d'intérêt général sans mise en concurrence) a conduit à la mise en place d'un régime complexe, dissociant les concessions de services et les concessions de travaux (465). Un sort analogue fut réservé à la position de la Commission exprimée dans sa proposition modifiée de directive 89/C 264/02 du Conseil, du 18 juillet 1989, sur les procédures de passation de marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (466).

(463) Proposition de directive du Conseil sur les procédures de passation de marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports, *JOCE*, n° C 319/2 du 12 décembre 1988. Dans cette proposition, la concession était envisagée comme « un contrat conclu par écrit entre une des entités adjudicatrices définies comme pouvoirs publics et une entité adjudicatrice qui n'est pas un organisme de droit public […] aux termes duquel cette dernière accepte la responsabilité de construire, d'alimenter ou de gérer un réseau […] à ses frais et risques et moyennant le droit de recevoir en contrepartie une rémunération » (art. 1er, § 6, de la proposition).

(464) Document n° 4444/92 ADD 1, du 25 février 1992, point 6 intitulé « Motivation du Conseil » et joint à la position commune de la même date.

(465) Sur la diversité des concessions dans le contexte de la négociation du second paquet législatif, voy. Y. Luchaire, « Les modes de gestion des services publics locaux », *RFDA*, 1991, n° 60, p. 549.

(466) *JOCE*, n° C 264/22 du 16 octobre 1989.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

202. Dissociation des concessions de travaux et de services. Le contexte de la négociation du second paquet législatif a eu des conséquences durables sur le régime juridique applicable aux contrats de concession. Le fait que les concessions de services étaient exclues du champ des directives, tandis que les concessions de travaux y étaient rattachées, a eu pour conséquence d'instituer un régime dual pour ces contrats.

D'un côté, les concessions de services n'ont fait l'objet que d'un encadrement indicatif, reposant sur des actes non contraignants. Par sa communication en date du 29 avril 2000 (467), la Commission a insisté sur la nécessité, pour l'attribution de ces contrats, de respecter les règles fondamentales du traité. Cette communication, sans portée obligatoire, affirmait six principes généraux à respecter lors de l'attribution des concessions (égalité de traitement, transparence, proportionnalité, reconnaissance mutuelle, exceptions prévues par le traité, protection des droits des particuliers) ; l'approche suivie était volontairement large et mêlait des considérations tirées du marché intérieur et de l'application des libertés de circulation et des considérations propres aux marchés publics. Pareille appréhension des concessions est significative de la diversité des positionnements des États de ce contrat par rapport au droit de l'Union ; en plus des exigences inhérentes aux marchés publics, qui visent essentiellement à garantir l'ouverture à la concurrence pour les opérateurs économiques, les concessions interfèrent avec l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques et les possibilités de justification sur le fondement de l'article 106, § 2, TFUE. Lors de l'adoption de cette communication, les règles de publicité applicables aux concessions de travaux, couvertes par la directive 92/37, furent présentées comme un modèle souhaitable pour l'attribution des concessions de services.

D'un autre côté, les concessions de travaux ont été partiellement soumises à l'encadrement du droit dérivé, dès la directive 89/440 du 18 juillet 1989. Les règles de publicité ont été reprises par les articles 56 et suivants de la directive 2004/18 et sont désormais systématisées par la directive 2014/23. Dans le régime prévu par la directive en 2004, si les concessions de travaux dépassent six millions d'euros, elles doivent faire l'objet d'une publicité et font l'objet d'une procédure plus souple que les procédures formalisées de marchés, dans la

(467) Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, *JOCE*, n° C 121/2 du 29 avril 2000.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

mesure où le pouvoir adjudicateur peut librement définir les critères d'attribution. En droit français, ces règles sont à l'origine de la réintroduction d'un contrat, qui avait été abandonné par la jurisprudence, par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 (468). Avec l'adoption de l'ordonnance du 29 janvier 2016 sur les concessions, leur régime est désormais unifié, les contrats de concession couvrant « l'exécution de travaux » ou « la gestion d'un service » (469).

B. *Construction progressive sur le risque d'exploitation*

203. Nécessité de qualifier. Dans la jurisprudence de la Cour, la problématique de la distinction entre le marché et la concession a été longtemps centrale, dans la mesure où, jusqu'à la directive 2014/23, les concessions de services étaient exclues du champ d'application des directives relatives aux marchés de services. En présence d'une concession, l'opération de qualification était essentielle, dans la mesure où elle conduisait soit à appliquer uniquement les principes fondamentaux de la commande publique, soit à rattacher le contrat au champ des directives marchés, dans l'hypothèse où le contrat, qualifié par les autorités nationales de concession au sens du droit interne, était requalifié par la Cour comme marché public de services. C'est dans le cadre de ces contentieux que la jurisprudence a progressivement précisé la distinction entre ces deux grandes catégories de contrat, pour préciser le critère tiré du risque d'exploitation.

204. Nature de la contrepartie. Dans l'opération de qualification, une première difficulté est liée aux modalités de rémunération du cocontractant. Dès lors que les directives prévoient que la concession se caractérise par une rémunération qui prend la forme de l'exploitation des services ou des travaux, sans pour autant indiquer la nature de la contrepartie, faut-il en déduire que ce contrat implique une rémunération sur les usagers ? Par sa célèbre décision *Telaustria* du 7 décembre 2000 (470), la Cour a associé le fait pour le prestataire d'exploiter sa propre prestation et la prise en charge par celui-ci d'un risque lié à l'exploitation. L'association de ces deux éléments résulte d'une interprétation, proposée dans ses conclusions

(468) Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, *JORF*, n° 162 du 16 juillet 2009. Sur cette ordonnance, Ph. Cossalter, « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité, ni souhaitable », *AJDA*, 2009, n° 34, p. 1882.

(469) Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, art. 5.

(470) CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98, *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

par l'Avocat général Fennelly, suivant laquelle « l'absence, au moins partielle, d'une contrepartie de l'entité octroyant la concession au concessionnaire caractérise l'essence d'une concession » (471). De l'absence de contrepartie résulte l'obligation pour le concessionnaire de supporter lui-même le risque économique principal, ou en tout cas substantiel, associé à la prestation du service concerné. L'association de ces deux caractéristiques – absence de contrepartie et risque – servira de fil directeur dans la définition, par la jurisprudence, de la notion de concession. Par une formule récurrente, la Cour souligne ainsi que l'on est en présence d'une concession de services lorsque le mode de rémunération convenu tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation et implique que celui-ci prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question (472).

205. Ampleur du risque. Cette conception de la concession de services a soulevé une seconde difficulté, liée au sens qu'il convient d'accorder à l'absence de contrepartie et à l'ampleur du risque assumé par le concessionnaire. La problématique a émergé dans un second temps dans la jurisprudence de la Cour, essentiellement après l'adoption de la directive 2004/18. En partant de la définition de la concession de services, contenue à l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 2004/17, selon laquelle la contrepartie de la prestation consiste soit dans le droit d'exploiter, soit dans ce droit assorti d'un prix, la Cour a reconnu que le fait que le prestataire de services soit rémunéré par des paiements provenant de tiers, en l'occurrence les usagers du service concerné, est l'une des formes que peut prendre l'exercice du droit d'exploiter le service (473). En d'autres termes, la présence de rémunération par des tiers (que la rémunération soit régie par le droit privé ou par le droit public de l'État) emporte présomption de la nature concessive du contrat conclu. Suivant cette logique, la jurisprudence a par exemple reconnu l'existence d'une concession de services, lorsque la rémunération du prestataire provient de paiements effectués par les usagers d'un parking public, d'un service de trans-

(471) Aff. C-324/98, conclusions de l'Avocat général Nial Fennelly, pt 30.

(472) Voy., pour l'utilisation de cette formule, CJCE, ord., 30 mai 2002, *Buchhändler-Vereinigung*, aff. C-358/00, *Rec.*, p. I-4685, pts 27 et 28 ; CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, *Rec.*, p. I-8585, pt 40 ; CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c. Italie*, aff. C-382/05, *Rec.*, p. I-6659, pt 34.

(473) Voy., sur ce point, la systématisation que propose la Cour dans l'affaire *Eurawasser*, CJCE, 10 septembre 2009, *WAZV Gotha c. Eurawasser Aufbereitungs*, aff. C-206/08, pt 53. Note Zimmer, *Contrats et Marchés publics*, 2009, n° 7, comm. 227 ; D.-A. Camous, « L'arrêt *Eurawasser* marque-t-il la maturité de la jurisprudence communautaire en matière de concession ? », *AJDA*, 2010, n° 3, p. 162.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

port public, d'un réseau de télédistribution ou encore de la fourniture d'un service de télévision câblée (474).

Néanmoins, l'appréciation du risque d'exploitation peut soulever une difficulté dès lors que le contrat contient des stipulations qui réduisent la part de risque supportée par le concessionnaire. L'absence de risque significatif, parce que la compensation a atteint des montants qui ont neutralisé ou rendu négligeable le risque d'exploitation, implique en principe la requalification du contrat de concession de services en marché de services. Faut-il, dans ce cas de figure, suivre la présomption développée par la Cour dans l'affaire *Eurawasser*, selon laquelle il suffit que le cocontractant soit en droit de percevoir une rémunération auprès de tiers pour que le contrat soit qualifié de concession, dès lors qu'il prend en charge l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation encouru par le pouvoir adjudicateur (475) ?

206. Risque d'exploitation économique. Confrontée à cette difficulté, la jurisprudence a renforcé la prévalence du critère du risque pour retenir la qualification de contrat de concession. Inhérente à la plupart des activités économiques, la notion de risque revêt une signification particulière dans le cadre des concessions (476). Le risque d'exploitation économique du service doit être compris comme étant le risque d'exposition aux aléas du marché, lequel « peut se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service » (477).

---

(474) Respectivement, les affaires *Parking Brixen*, pt 40 ; *ANAV*, aff. C-410/04, pt 16 ; *Coditel Brabant*, pt 24 ; *Belgacom*, aff. C-221/12, pt 27.

(475) Aff. C-206/08, *op. cit.*, pt 80.

(476) Sur l'ensemble de la problématique du risque dans le nouveau paquet législatif, voy. Th. Pez, « Le risque, les concessions et les marchés », *RFDA*, 2016, n° 2, pp. 237-251.

(477) CJUE, 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, aff. C-274/09, *Rec.*, p. I-1335, pt 37 ; note R. Roguellou, *D.A.*, 2011, n° 5, p. 27. Pour un rappel récent, CJUE, 21 mai 2015, *Kansaneläkelaitos*, aff. C-269/14, ECLI:EU:C:2015:329, pt 33. La systématisation des critères proposée dans cette affaire s'inscrit en cohérence avec une série d'arrêts antérieurs, par lesquels la Cour avait souligné l'existence de critères subsidiaires par rapport au critère principal du mode de rémunération pour déterminer la concession, tels que la délégation de responsabilité pour les dommages causés par un éventuel manquement dans la prestation de service ou celui de l'existence d'une certaine liberté économique pour définir les conditions d'exploitation du service (CJCE, 27 octobre 2005, *Contse e.a.*, aff. C-234/03, *Rec.*, p. I-9315 ; CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c. Italie*, aff. C-382/05, *op. cit.* ; CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, aff. C-300/07, *Rec.*, p. I-4779).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

En revanche, des risques tels que ceux liés à une mauvaise gestion ou à des erreurs d'appréciation de l'opérateur économique ne sont pas déterminants aux fins de qualifier un contrat de marché public ou de concession de services, de tels risques étant, en effet, inhérents à tout contrat, que celui-ci corresponde à un marché public de services ou à une concession de services (478). Ainsi conçue et systématisée par la jurisprudence, l'appréciation du risque est reliée à l'absence de certitude dans l'équilibre économique du contrat de concession, qui peut découler de l'impossibilité, certes relative, d'envisager parfaitement le schéma d'amortissement. L'appréhension du risque est à la fois macroéconomique, car associée à la nature et aux équilibres du marché dans le cadre duquel est conclu la concession, et microéconomique, dans la mesure où le risque dépend également du comportement des consommateurs.

207. Exemples de contrats sans transferts de risques. Il résulte de cette conception du risque d'exploitation l'exclusion de la qualification de concession lorsque le contrat est conçu de telle sorte que le cocontractant, malgré l'existence d'une rémunération sur les usagers, n'assume pas en réalité le risque. Le bénéfice d'une compensation de service public au sens de l'arrêt *Altmark* est ici un paramètre important à prendre en compte. Plusieurs cas portés à la connaissance de la Cour de justice illustrent cette hypothèse.

– Dans l'affaire *Norma* (479), relative à la qualification d'un contrat attribuant l'exploitation d'un transport public d'autobus, la Cour a eu à se pencher sur une situation dans laquelle le droit national – en l'occurrence la loi lettone sur les partenariats public-privé – prévoit que le prestataire, pour ce type de contrat, est indemnisé des pertes liées à la fourniture des services de transport en commun, pour les coûts inévitables liés à l'exécution du marché public de transport. Tout en admettant la légitimité, si ce n'est la nécessité d'une telle réglementation pour garantir l'exécution d'une mission d'intérêt général, la Cour constate que cette structure de rémunération exclut toute exposition aux aléas du marché. À défaut d'un risque d'exposition supporté par le concessionnaire, un tel contrat doit être qualifié, au sens du droit de l'Union, de marché de services.

(478) CJUE, 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, aff. C-274/09, *op. cit.*, pt 50.

(479) CJUE, 10 novembre 2011, *Norma-A SIA*, *Dekom SIA c. Latgales plānošanas reģions*, aff. C-348/10, pt 51.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– Dans l'affaire *Kansaneläkelaitos* (480), la qualification de concession a été soulevée au sujet d'un conventionnement entre une autorité de sécurité sociale et des sociétés de taxi. Dans le cadre de la législation finlandaise, ces sociétés sont liées à un organisme par un ensemble contractuel qui prévoit que les taxis, lorsqu'ils assurent un déplacement sanitaire, sont remboursés par cette autorité, sous la forme du versement d'une compensation, pour les frais de transport couverts par le barème de la sécurité sociale. En revanche, l'assuré paie directement au taxi la quote-part qui n'est pas couverte. Dans ce schéma, la Cour conclut à la qualification de concession à la condition qu'une part significative du risque soit caractérisée, notamment par le fait que l'équilibre économique des taxis soit substantiellement exposé au paiement qui revient aux usagers ; en revanche, si la rémunération est substantiellement liée à la compensation, il y a lieu de caractériser un marché.

208. Évolution de la jurisprudence nationale. Cette approche du risque d'exploitation a favorisé une évolution de la jurisprudence interne par l'intégration du critère du risque dans la distinction entre le marché et la délégation de service public (481). Elle va également de pair avec une mise en œuvre du principe de transparence pour la conclusion des contrats de concession. Après avoir admis le principe de l'applicabilité de la transparence et du principe d'égal accès aux délégations de service public, le Conseil d'État a considéré, sur le terrain de la transparence, que la liberté de choix du délégataire est soumise au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (482). En introduisant la possibilité d'un contrôle objectif du choix de l'autorité délégante, les principes fondamentaux ont ainsi contribué à « objectiver » la relation juridique entre l'administration et son cocontractant (483).

(480) CJUE, 21 mai 2015, *Kansaneläkelaitos*, aff. C-269/14, *op. cit.*, pt 14.

(481) CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794 ; CE, 5 juin 2009, *Société Avenance Enseignement et Santé*, n° 298641 ; CE, 1er avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux et Société Kéolis*, n° 323585.

(482) CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Étang de Berre-Durance*, n° 287198 ; CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, *op. cit.*

(483) En ce sens, voy. R. Noguellou, « L'influence du droit de l'Union sur le droit des contrats administratifs », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2010, pp. 669-677.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

§ 2. – *La systématisation du risque d'exploitation par la directive 2014/23/UE*

Motivée par un besoin de sécurité juridique et par la volonté d'unifier les procédures applicables aux concessions, de travaux comme de services, l'adoption de la directive 2014/23 relative à l'attribution des contrats de concession a essentiellement été conçue pour codifier la jurisprudence, précédemment présentée, sur le risque d'exploitation (A). En érigeant ce critère comme élément déterminant d'un contrat de concession, la directive est à l'origine d'une extension du champ matériel des contrats de type concessif (B).

A. *Codification de la jurisprudence*

209. Systématisation du risque d'exploitation. L'approche suivie par la jurisprudence pour caractériser le contrat de concession a été systématisée par l'adoption de la directive 2014/23. Celle-ci maintient la définition de la concession, de services comme de travaux, suivant laquelle il s'agit d'un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services ou de travaux à un ou plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix (484).

En cohérence avec la jurisprudence précédemment présentée, la directive 2014/23 pose, pour préciser cette définition générale, une systématisation de la notion de risque d'exploitation. Ainsi, « le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable » (485).

210. Reconnaissance du risque dans l'ordonnance du 29 janvier 2016. En France, l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux

(484) Directive 2014/23, art. 5, 1, a) et b).
(485) Directive 2014/23, art. 5, 1, sous b).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

concessions retient une définition similaire de la concession, en renforçant le lien entre l'existence de risque et l'absence de certitude pour l'amortissement : « les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service » (486). La référence aux aléas de marché fait directement écho à la jurisprudence *Privatter Rettungsdienst*, par laquelle la Cour a proposé une typologie des types de risques susceptibles de caractériser un risque d'exploitation. L'ordonnance a pour objectif de rassembler dans un même texte les règles applicables aux contrats qui constituent des concessions du point de vue du droit de l'Union européenne. Elle procède notamment à l'abrogation des dispositions de la loi Sapin du 29 janvier 1993 fixant le régime des délégations de service public, ainsi qu'à l'abrogation de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics. Ainsi, les contrats préalablement soumis aux dispositions de ces deux textes sont désormais envisagés comme des contrats de concession au sens de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

B. *Diversité des formes concessives*

211. Extension du champ concessif. Pour qualifier la concession et apprécier le risque qui la caractérise, il convient de considérer les aléas du marché et l'absence de certitude pour l'amortissement des investissements. Cette conception du droit de l'Union, désormais présente dans l'ordonnance du 29 janvier 2016, a pour conséquence d'étendre le champ matériel des contrats « de type concessif ».

(486) Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, art. 5.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

La définition de la concession qui figure dans la directive 2014/23 et dans l'ordonnance n° 2016-65 se caractérise bien plus par la spécificité de l'équilibre du contrat en cause (avec son exposition au risque), plutôt que par le contenu de son objet, qui n'est pas nécessairement rattaché à une mission de service public, ni même à une activité d'intérêt général. Elle n'est pas associée en tant que telle à l'existence d'un service d'intérêt économique général (SIEG). Il en résulte que peuvent être rattachés à la catégorie générale des concessions des contrats qui ne portent pas nécessairement sur la délivrance d'un service public, mais qui se caractérisent par un mode de financement fondé sur le risque.

212. Diversité des formes contractuelles dans le champ concessif. Certains contrats qui jusqu'à présent faisaient l'objet d'une qualification *ad hoc* ou qui prenaient la forme d'autorisation d'occupation domaniale ou encore de marchés publics pourront désormais se rattacher à la qualification générale de concession, en prenant en compte le critère du risque. Tel est le cas de la dévolution contractuelle d'activités d'intérêt général non rattachables au service public, au profit de sociétés mixtes locales (487) ou de sociétés de services (488). Mais une évolution pourrait également se produire s'agissant de la qualification de convention d'occupation du domaine public pour des contrats de mobilier urbain (489) ou encore des contrats de régie publicitaire (490). Compte tenu du risque qui peut caractériser l'équilibre financier de ces contrats, la qualification générale de concession de services, dissociée du service public, pourrait être mobilisée (491).

(487) CE, 5 octobre 2007, *Société UGC Ciné Cité*, n° 298773. Ainsi, une société d'économie mixte exploitant un multiplex cinématographique ne peut pas être considérée comme gestionnaire d'une activité de service public, si une collectivité publique ne lui a pas imposé des obligations laissant entendre qu'elle lui confie une mission de service, faute notamment de dispositif de contrat des objectifs assignés. Néanmoins, cette société conclut un contrat de type concessif, en ce sens que son activité est liée à une activité plus large d'intérêt général et que sa rémunération dépend de l'exploitation du service et implique une exposition à l'aléa du marché.

(488) CE, 23 mai 2011, *Commune Six-Fours-les-Plages*, n° 342520.

(489) CE, 3 décembre 2014, *Tisséo*, n° 384170 ; *AJDA*, 2015, p. 1107, obs. H. Hoepffner.

(490) T. confl., 7 avril 2014, *Sté Services d'édition et de ventes publicitaires (SEVP) c. Office du tourisme de Rambouillet et Sté Axiom-Graphic*, n° 3949.

(491) Voy., en ce sens, G. Eckert, « Le champ d'application du nouveau droit des concessions », *Contrats et Marchés publics*, mars 2016, n° 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'objet des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

CHAPITRE 3
LA DÉFINITION DES SEUILS

213. Critère d'application des directives. Les règles contenues dans les directives ne s'appliquent qu'aux contrats dont la valeur estimée atteint ou dépasse certains seuils. En ce sens, il est régulièrement rappelé par le juge que « les procédures particulières et rigoureuses prévues par les directives communautaires portant coordination des procédures de passation des marchés publics s'appliquent uniquement aux contrats dont la valeur dépasse le seuil prévu expressément dans chacune des directives. Ainsi, les règles de ces directives ne s'appliquent pas aux marchés dont la valeur n'atteint pas le seuil fixé par celles-ci » (492). Il en résulte que seuls des marchés ou des concessions d'un certain montant sont concernés par le respect de la totalité des règles européennes, directives et principes fondamentaux de la commande publique.

214. Lien avec le droit de l'OMC. La détermination des seuils est étroitement liée au droit de l'OMC et au fait que l'Union soit partie à l'Accord sur les marchés publics (AMP), lequel fixe des seuils qui sont exprimés en droits de tirage spéciaux (DTS). Conformément à cet accord, l'article 6 de la directive 2014/24 prévoit que, tous les deux ans à partir du 30 juin, la Commission vérifie l'adéquation des seuils européens avec les seuils de l'OMC et procède au besoin, par la voie d'un règlement délégué, à leur modification. Actuellement, le texte pertinent est le règlement (UE) n° 2015/2170, adopté le 24 novembre 2015 (493), qui fixe les seuils en vigueur depuis le 1er janvier 2016 pour une période de deux ans. Outre leur montant, le lien avec le droit de l'OMC se vérifie également concernant

(492) CJCE, ord., 3 décembre 2001, *Vestergaard*, aff. C-59/00, *Rec.*, p. I-9505, pt 19 ; CJCE, 20 octobre 2005, *Commission c. France*, aff. C-264/03, *Rec.*, p. I-8831, pt 33 ; Trib. UE, 20 mai 2010, *République fédérale d'Allemagne c. Commission*, aff. T-258/06, ECLI:EU:T:2010:214, pt 73.

(493) Règlement délégué (UE) n° 2015/2170 de la Commission, du 24 novembre 2015, modifiant la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés, *JOUE*, n° L 307/5 du 25 novembre 2015.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La définition des seuils
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

leur méthode de calcul. En effet, conformément à l'accord AMP, la Commission calcule la valeur de ces seuils sur la moyenne de la valeur quotidienne de l'euro exprimée en DTS, sur une période de vingt-quatre mois qui se termine le 31 août qui précède la révision prenant effet le 1er janvier. Dans la mesure où le DTS, créé par le FMI en 1969, est un avoir de réserve international qui repose sur un panier de quatre grandes devises (dollar, euro, yen, livre sterling, et le renminbi à compter du 1er octobre 2016), sa composition (et donc sa valeur) fait l'objet de variations suivant la valeur respective de ces monnaies (494). La valeur des seuils suit par conséquent ces fluctuations ; elle est révisée et arrondie si nécessaire au millier d'euros inférieur au chiffre résultant de ce calcul afin d'assurer le respect des seuils en vigueur prévus par l'AMP, qui sont exprimés en DTS (495). Il convient de présenter le montant des seuils actuels (section 1), puis de souligner leur méthode de calcul (section 2).

Section 1. – Montant des seuils

Évolution. Les différentes directives européennes pertinentes (marchés publics « classiques », secteurs spéciaux, concession, marchés de défense) établissent chacune des seuils spécifiques, dont le dépassement déclenche leur application (§ 1). Du fait de l'évolution de l'euro par rapport au DTS de l'OMC, qui sert de référence pour le calcul des seuils, leur montant (et donc leur mise en œuvre par les États) peut varier à la marge (§ 2).

§ 1. – *Seuils figurant dans les directives*

215. Distinction entre les seuils de procédure et les seuils de publicité. Les directives européennes ne contiennent que des seuils de procédure, à savoir des montants au-delà desquels la conclusion des contrats – marchés ou concessions – doit intervenir

(494) En août 2015, le panier du DTS mis en place lors de la revue de 2010 a été prorogé jusqu'au 30 septembre 2016. Les pondérations au moment de la revue de 2010 pour le dollar, l'euro, le yen et la livre étaient respectivement de 41,9 %, 37,4 %, 9,4 % et 11,3 %. À compter du 1er octobre 2016, les pondérations respectives du dollar, de l'euro, du renminbi, du yen et de la livre sont les suivantes : 41,73 %, 30,93 %, 10,92 %, 8,33 % et 8,09 % (source : https://www.imf.org/external/np/exr/facts/fre/sdrf.htm#_ftn1).

(495) Directive 2014/24, art. 6.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La définition des seuils
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

conformément aux procédures qu'elles définissent. Aussi, dès lors qu'un contrat atteint les seuils européens, il est soumis aux règles de déroulement propres à chaque procédure et, de manière générale, à une publicité européenne, qui correspond à trois exigences (qui peuvent toutefois différer selon les marchés en cause) : un avis de préinformation, un avis de marché et un avis d'attribution de marché. Ces seuils sont eux-mêmes intégrés par les États par des mesures à caractère réglementaire (496). Mais ces seuils de procédure (ou seuils de procédure formalisée) doivent être distingués des seuils de publicité, qui sont relatifs au support de publicité utilisé par le pouvoir adjudicateur, y compris pour ceux des contrats sous les seuils européens. Dès lors qu'il s'agit de contrats inférieurs à ceux-ci, ces seuils relèvent de la compétence du législateur national, lequel les définit dans le respect des principes fondamentaux et selon ses propres objectifs (par exemple prévoir un seuil pour les petits marchés, sans formalisme, pour inciter la participation des PME).

216. Seuils de la directive 2014/24/UE. La directive 2014/24, qui couvre l'essentiel des marchés publics, s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants (art. 4) :

– 5.186.000 € pour les marchés publics de travaux ;
– 134.000 € pour les marchés publics de fournitures et de services passés par des autorités publiques centrales et pour les concours organisés par celles-ci ; en ce qui concerne les marchés publics de fournitures passés par des pouvoirs adjudicateurs qui opèrent dans le domaine de la défense, ce seuil ne s'applique qu'aux marchés concernant les produits visés à l'annexe III de la directive ;
– 207.000 € pour les marchés publics de fournitures et de services passés par des pouvoirs adjudicateurs sous-centraux et pour les concours organisés par ceux-ci ; ce seuil s'applique également aux marchés publics de fournitures passés par des autorités publiques centrales opérant dans le domaine de la défense, lorsque ces marchés concernent des produits non visés à l'annexe III ;

(496) En Belgique, arrêté ministériel du 22 décembre 2015 adaptant les seuils de publicité européens dans plusieurs arrêtés royaux exécutant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services de même que la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, *M.B.*, 29 décembre 2015, p. 79.929.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La définition des seuils
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– 750.000 € pour les marchés publics de services portant sur des services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe XIV (497).

217. Seuils de la directive 2014/25/UE. S'agissant des activités en réseau, la directive 2014/25 pose les seuils suivants (art. 15), qui sont pertinents si l'activité assurée par une entité adjudicatrice détentrice de droits exclusifs et spéciaux n'est pas directement exposée à la concurrence (art. 34) :

– 414.000 € pour les marchés de fournitures et de services et pour les concours ;
– 5.186.000 € pour les marchés de travaux ;
– 1.000.000 € pour les marchés de services portant sur des services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe XVII (498).

218. Seuil de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession. Pour les concessions, de services ou de travaux, un seuil est posé à l'article 8 de la directive concession : 5.186.000 €. Ce seuil a été révisé au 1er janvier 2016 et s'établit à 5.225.000 €.

La computation du seuil est en revanche différente de celle des marchés publics ; une donnée importante tient en effet à ce que le concessionnaire est généralement rétribué par une rémunération complexe, qui intègre une redevance versée par l'usager. Le seuil doit en effet être comparé « au chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, eu égard aux travaux et services qui font l'objet de la concession ainsi qu'aux fournitures liées auxdits travaux et services » (art. 8.2). Cette référence à l'ensemble du chiffre d'affaires généré par la concession, conduira à additionner : « la valeur de toute forme d'option et les éventuelles extensions de la durée de la concession » (art. 8.3, a). Cette règle, si elle existait en matière de marchés publics, reviendrait à computer ensemble les reconductions dans les marchés publics, de même que les marchés similaires, le montant maximum des marchés à bons de commande ou encore la totalité des lots (ce dernier point étant d'ailleurs expressément prévu par l'article 8.6. de la directive concession).

(497) Il s'agit des services sanitaires et sociaux ; des services administratifs, sociaux, éducatifs, culturels et soins de santé ; des services de sécurité sociale obligatoire ; des services de prestations, des services religieux ; des services d'hôtellerie et restauration ; de certains services juridiques ; des services liés à l'administration pénitentiaire/sécurité publique/secours ; des services d'enquête et de sécurité ; des services internationaux ; des services postaux, et de quelques services divers liés à l'exercice de mission de service public (directive 2014/24, annexe XIV).

(498) Il s'agit des mêmes services que ceux, précités, de l'annexe XIV de la directive 2014/24.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La définition des seuils
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

219. Seuils de la directive relative aux marchés publics de défense. La directive 2009/81 établit un seuil similaire aux marchés de travaux de 5.186.000 €. Il a été révisé au 1er janvier 2016 et s'établit à 5.225.000 €.

220. Seuils et intérêt transfrontalier certain. En lien avec les développements précédents, il est essentiel de rappeler que le fait qu'un marché – et désormais, une concession – présente un montant inférieur aux seuils n'implique en aucun cas qu'il échappe au droit de l'Union. En raison de son objet économique (travaux, services, fournitures), le contrat demeure en effet dans le champ d'application des traités et donc astreint au respect des principes fondamentaux de la commande publique qui en résulte. Encore faut-il toutefois qu'il présente un intérêt transfrontalier certain, à savoir, pour rappeler la jurisprudence pertinente, qu'il soit susceptible d'intéresser un opérateur ; à cet égard, le juge doit recourir à plusieurs indices tenant à l'existence de plaintes introduites par des opérateurs situés dans d'autres États, à l'objet du marché, à ses caractéristiques et à son lieu d'exécution (499). Par rapport aux conséquences liées à l'existence d'un intérêt transfrontalier, il convient d'apprécier si un tel intérêt coïncide avec les seuils, dans les États, de publicité non obligatoire, qui s'appliquent aux petits marchés. Tel est le cas des marchés dont le montant est inférieur à 25.000 € en France, depuis le décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015 ou inférieur à 8.500 € en Belgique. Peut-on considérer que ces marchés se caractérisent nécessairement par l'absence d'un tel intérêt ? La réponse nous semble devoir être positive. De manière générale, les modalités de publicité pour les marchés *infra* seuils relèvent de la compétence du législateur national ; s'il doit prévoir une publicité adéquate, par application des exigences du principe de transparence, celle-ci n'est nullement tenue de s'aligner sur le cadre européen (500). Pour

(499) Ces critères sont régulièrement rappelés par la Cour ; voy. par exemple CJUE, *SECAP et Santorso*, aff. C-147/06 et C-148/06, pt 31 ; CJUE, *Belgacom*, aff. C-221/12, pt 29 ; CJUE, *Spezzino*, aff. C-113/13, pt 49.

(500) Voy. également, les conclusions de l'Avocat général E. Sharpston, présentées le 18 janvier 2007 dans l'affaire *Commission c. Finlande* (C-195/04), *Rec.*, p. I-3353, pt 85 : « le seuil marque la limite à compter de laquelle le législateur a délibérément choisi de ne *pas* appliquer les exigences détaillées en matière de publicité. En agissant ainsi, il a, à mon avis, également défini de manière implicite les marchés publics qui, en raison de leur importance économique, méritent d'être soumis aux exigences détaillées en matière de publicité imposées par le droit communautaire […] le droit communautaire exige que, en principe, il y ait un *certain* degré de publicité pour un tel marché, mais qu'il laisse au droit national le soin de déterminer en détail en quoi cette publicité doit consister ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La définition des seuils
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

les marchés de petite taille, un montant jusqu'à 30.000 € paraît ne pas vérifier l'existence d'un intérêt transfrontalier, d'une part, car les coûts de soumission (voire d'adaptation à la langue) sont sûrement supérieurs à l'intérêt économique du marché, d'autre part, car il résulte de la pratique de la Commission l'absence d'introduction de recours en manquement pour ce type de marché (501).

§ 2. – *État des seuils révisés*

221. L'adoption du règlement délégué 2015/2170 a conduit à une légère modification des seuils contenus dans les directives. Les développements ci-dessous présentent ces seuils modifiés (qui concernent la publicité ou *JOUE*) ainsi que les seuils nationaux de publicité. En Belgique, le formalisme diffère selon le montant des marchés : les marchés de petite taille (moins de 8.500 €) peuvent être conclus sans publicité obligatoire, les marchés de taille moyenne (jusqu'à 85.000 €) peuvent être passés par des procédures négociées sur la base d'un cahier des charges défini par le pouvoir adjudicateur.

222. Seuils pour les marchés de l'État et de ses établissements (montants hors taxes) (502)**.**

Type publ. / **Objet Marché**	**Publicité non obligatoire**	**Publicité libre ou adaptée**	**Publicité au *BOAMP* ou dans un *JAL***	**Publicité au *BOAMP* et au *JOUE***
Fournitures et services	en dessous de 25.000 €	de 25.000 € et jusqu'à 89.999,99 €	de 90.000 € à 134.999,99 €	à partir de 135.000 €
Travaux	en dessous de 25.000 €	de 25.000 € et jusqu'à 89.999,99 €	de 90.000 € à 5.224.999,99 €	à partir de 5.225.000 €

(501) Ainsi, en se fondant sur sa communication interprétative relative aux marchés situés sous les seuils (2006/6, 179/02), la Commission a abandonné des poursuites vis-à-vis de l'Allemagne pour des marchés de services d'aménagement urbain, dans la ville de Waren, présentant une valeur comprise entre 6.000 € et 26.500 € (voy. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1786_fr.htm).

(502) Source : *Bulletin officiel des annonces de marchés publics* (BOAMP).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La définition des seuils
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

	Publicité non obligatoire	**Publicité libre ou adaptée**	**Publicité au JOUE**
Services sociaux et spécifiques	en dessous de 25.000 €	de 25.000 € à 749.999,99 €	à partir de 750.000 €

223. Seuils pour les marchés des collectivités territoriales, de leurs établissements et de leurs groupements ainsi que des autres acheteurs, hors taxes (503)**.**

	Publicité non obligatoire	**Publicité au *BOAMP* ou dans un *JAL***	**Publicité au *BOAMP* et au *JOUE***
Fournitures et services	en dessous de 25.000 €	de 90.000 € à 208.999,99 €	à partir de 209.000 €
Travaux	en dessous de 25.000 €	de 90.000 € à 5.224.999,99 €	à partir de 5.225.000 €
	Publicité non obligatoire	**Publicité libre ou adaptée**	
Services sociaux et spécifiques	en dessous de 25.000 €	à partir de 25.000 €	

Section 2. – Calcul des seuils

Éviter la scission des marchés. Le but principal de la méthodologie de calcul des seuils est d'éviter que les marchés, quel que soit leur objet, soient soustraits à la réglementation, notamment en les scindant artificiellement.

224. Prohibition du saucissonnage. Une problématique récurrente dans la détermination des seuils est celle de la division du marché en plusieurs lots séparés. L'article 4, § 3, de la directive est très clair sur l'impossibilité d'une subdivision : « Le choix de la méthode pour

(503) Source : *BOAMP*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La définition des seuils
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

le calcul de la valeur estimée d'un marché ne peut être effectué avec l'intention de le soustraire à l'application de la présente directive. Un marché ne peut être subdivisé de manière à l'empêcher de relever du champ d'application de la présente directive, sauf si des raisons objectives le justifient ». Il s'agit là de la prohibition de la pratique dite du saucissonnage, qui consiste à passer plusieurs procédures de faible montant les unes après les autres pour rester en deçà des seuils des procédures formalisées.

225. Preuve de la séparation artificielle – Rattachement à un ouvrage. C'est généralement dans le cas du contentieux des fonds structurels (à savoir lorsque la Commission engage une procédure de correction financière vis-à-vis d'un État dans le cas où la réalisation d'un marché a été cofinancée par des Fonds et que des irrégularités ont été relevées), que le juge de l'Union – en l'occurrence le Tribunal – a eu à se pencher sur la preuve à apporter pour démontrer le fractionnement d'un marché. Dans une affaire *Espagne c. Commission*, le Tribunal a estimé que l'intention de contourner l'application de la directive par l'intermédiaire du fractionnement n'a pas à être démontrée : il suffit d'établir que les différents marchés se rattachent à un seul et même ouvrage, entendu comme le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique (504). Dès lors, l'appréciation du seuil se fait au regard de l'objet du marché en cause et de sa correspondance avec un seul et même ouvrage.

226. Faisceau d'indices de détermination de l'ouvrage. Face aux pratiques consistant à scinder et à dissocier un même marché en plusieurs marchés pour éviter l'effet déclencheur des seuils, le juge, interne comme européen, a progressivement appréhendé de manière unitaire un marché, par l'intermédiaire d'un « faisceau d'indices qui prend en considération autant l'existence d'une opération déterminée – et donc l'unité fonctionnelle objective des marchés considérés –, que des critères plus subjectifs tenant aux conditions d'exécution, aux circonstances de la décision d'autoriser l'achat ou à tous indices permettant d'identifier la volonté de fractionner l'achat » (505). Cette définition de l'ouvrage unique a été utilement précisée par la Cour dans un

(504) Trib. UE, 29 mai 2013, *Royaume d'Espagne c. Commission*, aff. T-384/10, ECLI:EU:T:2013:277, pts 65 à 68.

(505) S. Pignon et D. Bandet, « Le nouveau Code des marchés publics : quelques éclairages pratiques », *AJDA*, 2001, p. 367.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La définition des seuils
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

arrêt *Commission c. France* (506), relatif à un réseau de transport électrique et à des réseaux d'éclairage. L'entité adjudicatrice, un syndicat intercommunal, avait en l'occurrence conclu plusieurs marchés pour moderniser le réseau de distribution électrique et l'éclairage dans des communes différentes. Pour la Cour, même si les marchés sont géographiquement distincts, il faut y voir un marché unique, au regard de plusieurs indices tenant à la simultanéité de lancement des marchés litigieux, la similitude des avis de marché, l'unité du cadre géographique à l'intérieur duquel ces marchés ont été lancés et la coordination assurée par le Sydev, organisme regroupant les syndicats intercommunaux d'électrification au niveau départemental. En revanche, s'il faut voir dans le marché de distribution d'électricité un ouvrage unique, tel n'est pas le cas de celui qui concerne l'éclairage de chaque commune ; compte tenu de leur spécificité, les marchés d'éclairage n'ont pas une fonction économique et technique au niveau du département (507).

227. Succession de marchés (services ou fournitures). L'article 5, § 11, de la directive 2014/24 prévoit, en présence de marchés publics de fournitures ou de services qui présentent un caractère de régularité ou qui sont destinés à être renouvelés au cours d'une période d'année, que la base de calcul pour les seuils peut être :

– soit la valeur réelle globale des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois précédents ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivant le contrat initial ;
– soit la valeur globale estimée des contrats successifs passés au cours des douze mois suivant la première prestation ou au cours de l'exercice si celui-ci est supérieur à douze mois.

Il en résulte que lorsque le marché est appelé à s'étaler dans le temps, son estimation est fondée sur la durée et la valeur totales par le pouvoir adjudicateur, en prenant en compte les options obligatoires, l'ensemble des lots, les répétitions, les marchés subséquents envisagés s'il s'agit d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique, ainsi que les primes et indemnités. Le calcul est effectué au moment de l'envoi de l'avis ou, lorsqu'un tel avis n'est pas requis, au moment où la procédure est engagée.

(506) CJCE, 5 octobre 2000, *Commission c. France*, aff. C-16/98, *Rec.*, p. I-8341, pt 65.
(507) *Ibid.*, pt 70.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La définition des seuils
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

CHAPITRE 4
LES RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES

La spécificité de certains domaines est à l'origine de règles dérogatoires en droit européen de la commande publique. Trois champs illustrent ces spécificités : les marchés en réseau, associés aux directives « secteurs spéciaux » (section 1), les marchés publics de défense (section 2) et les marchés publics de l'Union (section 3).

Section 1. – Les secteurs spéciaux dans le cadre des marchés en réseau

228. Finalité spécifique. La directive 2014/25, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (508), diffère sensiblement des autres textes relatifs aux marchés publics au regard de sa finalité. L'objectif des règles applicables aux activités de réseau est d'éviter qu'une entreprise, quelles que soient sa qualification et sa nature juridique, qui exerce une activité de réseau et qui se trouve être sous l'influence, directe ou indirecte, d'une autorité publique, obéisse à d'autres considérations que celle de l'efficacité économique lorsqu'elle conclut un marché dans le cadre de son activité. Pour le droit de l'Union, l'encadrement public dans lequel évolue l'entreprise est suspicieux, car il peut s'avérer que celle-ci ait des intérêts qui soient captés, influencés par l'autorité publique, au détriment de la recherche de la meilleure offre (509). Cette donnée générale, qui trouve son inspiration dans les théories économiques du monopole et les modèles dits de prédation, est essentielle pour comprendre à la fois la notion de secteurs spéciaux (§ 1) et le champ organique de cette réglementation spécifique (§ 2).

(508) Directive 2014/25 du 14 février 2014, *op. cit.*
(509) S. Torriceli, « Utilities Procurement », in *EU Public Contract Law*, *op. cit.*, spéc. p. 225.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

§ 1. – *La notion de « secteurs spéciaux »*

Les secteurs spéciaux renvoient à un cadre normatif spécifique dans le droit de la commande publique (A) et à des activités de production et de distribution (telles que l'eau, le transport, l'électricité, le gaz) identifiées par la directive 2014/25 (B).

A. *La spécificité des marchés en réseau dans le droit de la commande publique*

L'existence d'une réglementation propre aux marchés en réseau a été historiquement justifiée par le caractère fermé de ceux-ci (1). Elle repose sur un cadre normatif spécifique depuis 1993 (2).

1) *Suspicion à l'égard des marchés en réseau fermés*

229. Justification de règles spécifiques. L'existence d'une réglementation spécifique pour certaines activités en réseau, qui forment la catégorie des « secteurs spéciaux », par opposition aux « secteurs classiques » qui constituent le droit commun des marchés, trouve son origine dans l'exclusion de ces activités des premières directives d'harmonisation. Lors de la formation, dans les années soixante-dix, des règles européennes de commande publique, l'essentiel des activités des marchés en réseau, tels que l'eau, l'énergie, les transports ou les télécommunications, reposait sur des marchés fermés en raison de l'octroi, par les autorités nationales, de droits spéciaux ou exclusifs pour la délivrance ou l'approvisionnement de ces biens. Ces droits exclusifs prenaient eux-mêmes la forme de monopoles légaux d'exploitation, dont le statut juridique différait selon les États.

L'adoption de dispositions spécifiques à ces secteurs en droit de l'Union repose sur la prémisse suivant laquelle les autorités nationales peuvent influencer le comportement des entités qui disposent, sur ces marchés, de droits exclusifs ou spéciaux, du fait de participations dans leur capital, d'une représentation dans leurs organes d'administration, de gestion ou de surveillance. On peut déceler, en toile de fond, une influence de la théorie économique de la captation, initiée par l'économiste Gordon Tullock, pour qui l'entreprise en situation de monopole utilise une partie de ses ressources pour maintenir sa position dominante (notamment en intervenant sur la législation via des groupes de pression), de sorte que la situation de monopole

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

produit une double perte, par rapport à l'équilibre du consommateur (qui subit des prix plus élevés qui ceux résulteraient d'un marché ouvert), et par rapport au bien-être collectif (en raison d'une utilisation sous-optimale des ressources, qualifiée de « welfare cost ») (510).

Cette lecture, fortement influencée par une approche microéconomique, se retrouve en toile de fond dans le droit dérivé applicable aux secteurs spéciaux, qui vise à poser des garanties procédurales pour encadrer le comportement d'opérateurs de réseaux lorsqu'ils concluent des marchés dans leur domaine d'activité (eau, énergie, transports, gaz, électricité, etc.). Tel est le fil directeur des trois directives qui sont successivement intervenues pour les marchés en réseau, et qui sont souvent qualifiées de « directives marchés spéciaux » du fait que leur négociation a été dissociée des règles communes pour les marchés publics (directives « secteurs classiques »). La plus grande souplesse accordée par ces textes tient au fait qu'elle ne vise pas seulement les pouvoirs publics, mais aussi les entreprises commerciales, qu'il s'agisse d'entreprises publiques ou de sociétés privées jouissant de droits spéciaux ou exclusifs. Ses procédures se veulent donc proches des pratiques commerciales, à tout le moins de celles qui présentent un minimum de transparence et d'égalité de traitement ; il en résulte que les services d'utilité publique sont libres de recourir à une procédure négociée, à condition d'avoir publié au préalable un appel à la concurrence.

2) *Cadre normatif*

230. Succession de trois directives. Depuis le début des années 90, trois directives se sont succédé :

– la directive 93/38 du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (511) ;
– la directive 2004/17 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (512) ;

(510) G. Tullock, « The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft », *Western Economic Journal*, 1967, vol. 5, n° 3, p. 224. Gordon Tullock est, avec James Buchanan, l'un des fondateurs de la théorie du *Public Choice*.

(511) Directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JOCE*, n° L 199/84 du 9 août 1993.

(512) *JOUE*, n° L 134 du 30 avril 2004.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– la directive 2014/25 du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (513).

231. Cohérence des directives successives. La motivation de ces textes fait ressortir l'approche du droit de l'Union vis-à-vis des marchés en réseau, avec une double justification tirée de la spécificité de la structure de ces marchés et du risque d'interférence entre les choix des opérateurs de réseau avec l'intérêt d'autorités publiques qui les contrôlent. Ainsi, la directive 93/38, reconnaît deux justifications principales pour la mise en œuvre de règles spécifiques (514). D'une part, les entités qui opèrent dans ces secteurs évoluent dans des marchés fermés, ce qui s'explique par l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux, l'exploitation d'une aire géographique donnée, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications. Il en résulte une faiblesse des appels à la concurrence à l'échelle européenne et un nombre réduit de marchés conclus avec des opérateurs situés dans l'Union. D'autre part, du fait du caractère public ou parapublic de nombreuses entités sur ces marchés, les autorités nationales peuvent influencer leur comportement, notamment par des participations dans leur capital ou une représentation dans les organes d'administration, de gestion ou de surveillance de ces entités (515). Ces spécificités sont régulièrement mises en avant dans la jurisprudence pour justifier un traitement particulier des marchés relevant désormais de la directive 2014/25. Pour la Cour, les règles matérielles et procédures qui résultent de cette directive concernent des secteurs spécifiquement définis, qui s'inscrivent dans « une directive sectorielle ». La directive secteurs spéciaux est dès lors envisagée comme une *lex specialis*, *a contrario* de la directive 2014/24 « qui englobe quasiment tous les secteurs de la vie économique, justifiant ainsi sa dénomination commune de directive générale » (516).

(513) *JOUE*, n° L 94/243 du 28 mars 2014.

(514) Voy. la systématisation proposée par Adrian Brown, « The Extension of the Community Public Procurement Rules to Utilities », *CMLRev.*, 1993, vol. 30, p. 722.

(515) Directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JOCE*, n° L 199/84 du 9 août 1993.

(516) Voy. en ce sens la formulation utilisée dans l'arrêt de la CJCE du 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, *Wasser-Wärme-Umweld*, *GmbH*, aff. C-393/06, *Rec.*, p. I-2361, pt 26 ; note R. Noguellou, *RDI*, 2008, n° 5, p. 274, W. Zimmer, *Contrats et Marchés publics*, 2008, n° 6, comm. 124.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Depuis l'adoption de cette première directive, la structure de ces marchés a toutefois significativement évolué. Du fait de leur ouverture à la concurrence, qui résulte de paquets législatifs sectoriels dans le domaine des télécommunications, des postes, de l'énergie et des transports, ces marchés ne peuvent plus être considérés comme étant fermés. En revanche, la seconde justification qui était avancée dans la directive 93/88, liée à la capacité d'influence des autorités publiques sur les entités adjudicatrices, continue à être opératoire. En ce sens, la directive 2014/25 souligne la capacité d'influence comme justification à des règles spécifiques pour les secteurs spéciaux (517).

B. *La détermination du champ matériel de la directive 2014/25/UE*

Seules certaines activités, qui nécessitent un réseau ou une infrastructure, sont couvertes par la directive 2014/25 (1). Mais l'application de la directive peut être écartée, soit s'il est établi que le secteur a été ouvert à la concurrence et ne se caractérise plus par les rigidités de marchés censées caractériser les secteurs spéciaux (2), soit encore si l'activité en cause présente un caractère accessoire par rapport à un objet principal (3).

1) *Identification des activités en réseau*

232. Six activités couvertes. Le champ matériel de la directive 2014/25 repose sur six activités en réseau :

– le gaz et la chaleur (518), ceci entendu comme la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz ou de chaleur, ainsi que l'alimentation ;

(517) Directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, cons. 1 : « il semble approprié de maintenir des règles applicables aux procédures de passation de marchés par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, étant donné que les autorités nationales restent en mesure d'influencer le comportement de ces entités, notamment par des participations dans leur capital ou une représentation dans leurs organes d'administration, de gestion ou de surveillance. Une autre raison de continuer à réglementer les marchés dans ces secteurs est le caractère fermé des marchés sur lesquels les entités de ces secteurs opèrent, cette fermeture étant due à l'octroi par les États membres de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné ».

(518) Directive 2014/25, art. 8.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– l'électricité (519), qui recouvre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, ainsi que l'alimentation en électricité ;
– l'eau (520), à savoir la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, ainsi que l'alimentation ;
– les services de transport (521), à savoir les activités visant la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par rail, tramway, trolleybus, autobus ou câble, tel un téléphérique urbain ;
– les ports et aéroports (522), à savoir les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique aux fins de mettre un aéroport, un port maritime ou intérieur ou d'autres terminaux à la disposition des entreprises de transport aérien, maritime ou par voie de navigation intérieure ;
– les services postaux (523) liés aux activités d'envoi postal, d'acheminent et de distribution du courrier, ainsi que les services de gestion du courrier ;
– les activités liées à l'extraction de pétrole et de gaz (524), ainsi que l'exploration et l'extraction de charbon et autres combustibles solides.

233. Réduction du champ matériel. Par rapport aux réglementations antérieures, on notera que le périmètre des secteurs spéciaux s'est réduit du fait de leur ouverture à la concurrence. La première directive concernait ainsi le secteur des télécommunications, qui a depuis été totalement libéralisé. Devant le juge, le contentieux des activités en réseau se porte sur la distinction entre l'exploitation du réseau et sa mise à disposition. La mise à disposition doit pour l'essentiel être conçue comme une activité matérielle, qui vise à engager des travaux de construction et d'aménagement et à permettre à des exploitants d'utiliser le réseau pour réaliser le service. À l'inverse,

(519) Directive 2014/25, art. 9.
(520) Directive 2014/25, art. 10.
(521) Directive 2014/25, art. 11.
(522) Directive 2014/25, art. 12.
(523) Directive 2014/25, art. 13.
(524) Directive 2014/25, art. 14.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

l'exploitation au sens strict implique la mise à disposition et la prestation du service auprès d'usagers (525).

234. Intégration en droit interne. Jusqu'en 2015 et la transposition des nouvelles directives, les activités en réseau étaient couvertes par les articles 134 et suivants du Code des marchés publics (526). Désormais, en France, l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics contient, à son article 12, une définition des activités d'opérateurs de réseaux. La liste est similaire à celle qui figure dans la directive 2014/25.

2) *Appréciation de l'ouverture à la concurrence*

235. Finalité. Ainsi que cela vient d'être souligné, la réglementation spécifique applicable aux activités en réseau se justifie par le caractère relativement fermé de ces marchés ; leur nature souvent monopolistique (par exemple sous forme de duopole) est de nature à biaiser les comportements des opérateurs économiques qui y interviennent, notamment dans leurs achats. Cette justification n'est toutefois plus opératoire lorsqu'une activité est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité. Aussi, en cas d'exposition à la concurrence, le régime spécifique de la directive sectorielle ne se justifie plus car le marché est supposé ouvert.

Encore faut-il pouvoir établir la réalité de l'ouverture à la concurrence. Tel est l'objet des articles 34 et 35 de la directive 2014/25. L'article 34 pose le cadre pour déterminer l'ouverture à la concurrence ; pour l'apprécier, l'État membre ou la Commission peuvent se référer

(525) Par exemple, les marchés passés par une autorité aéroportuaire pour l'installation d'un central téléphonique au sein d'un aéroport présentent un lien suffisamment étroit avec l'activité principale (transport) pour entrer dans le champ de la directive. Dans son arrêt CJCE, 11 juillet 1991, *Commission c. Portugal*, aff. C-247/89, *Rec.*, p. I-3659, pt 40, la Cour a considéré que : la directive secteurs spéciaux qui vise, entre autres, à régler les procédures de passation des marchés dans le secteur des transports s'applique à l'exploitation d'une aire géographique dans le but de mettre des aéroports à la disposition des transporteurs aériens et que l'ANA-EP figure dans l'annexe VIII de cette directive comme une entité adjudicatrice qui répond aux critères énoncés à l'article 2, paragraphe 6, de cette même directive. De même, la fourniture d'autobus à un exploitant de réseau de transport entre dans le champ de la directive sur les secteurs spéciaux : CJCE, 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, aff. C-87/94, *Rec.*, p. I-2044.

(526) La deuxième partie du code s'appliquait aux marchés passés par les entités adjudicatrices qui relevaient du code, à savoir qui renvoyaient à l'État, à ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial, aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics. Les entités adjudicatrices qui ne relevaient pas du code entraient dans le champ de l'ordonnance du 6 juin 2005.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

aux caractéristiques des produits ou services concernés, à l'existence de produits ou de services alternatifs jugés substituables du côté de l'offre ou de la demande, aux prix ou encore à la présence, réelle ou potentielle, de plus d'un fournisseur des produits ou d'un prestataire des services en question. Suivant un raisonnement classique en droit de la concurrence, l'appréciation de l'ouverture doit également s'apprécier par rapport à un marché géographique (qui est une composante du marché pertinent), entendu comme un territoire où les entreprises interviennent dans l'offre et la demande de biens et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes (527).

236. Procédure. L'article 35 de la directive sectorielle identifie le cadre procédural pour déterminer l'ouverture à la concurrence d'un secteur. Pour l'essentiel, la procédure vise à prouver que les conditions fixées à l'article 34 (réalité d'un marché ouvert à la concurrence) sont remplies ; la charge de la preuve de ces conditions incombe à une entité adjudicatrice ou à un État. La demande doit indiquer « tous les faits pertinents, et notamment toute loi, règlement, disposition administrative ou accord » qui établissent le cadre concurrentiel (528). L'appréciation de la demande relève de la Commission qui peut, par un acte d'exécution, conclure à l'ouverture du marché et soustraire une activité du champ de la directive 2014/25.

237. Contentieux. La problématique de l'ouverture à la concurrence a été au centre d'une affaire récente, concernant les activités postales en Autriche, qui a permis au juge de l'Union de préciser le sens de l'article 34 de la directive 2014/25 ainsi que les prérogatives de la Commission dans le cadre de l'article 35 du même texte. L'arrêt *Österreichische Post* du 27 avril 2016 (529) intervient dans le cadre d'un recours en annulation introduit par la poste en Autriche pour obtenir l'annulation d'une décision de la Commission par laquelle celle-ci avait partiellement fait droit à sa demande de constater l'ouverture à la concurrence de plusieurs activités postales. Alors que la poste autrichienne souhaitait que de nombreux pans de l'acti-

(527) Directive 2014/25, art. 34, § 2, al. 2 : « Cette appréciation tient notamment compte de la nature et des caractéristiques des produits ou services concernés, de l'existence de barrières à l'entrée ou de préférences des consommateurs, ainsi que de l'existence, entre le territoire concerné et les territoires voisins, de différences significatives de parts de marché des entreprises ou de différences de prix substantielles ».

(528) Directive 2014/25, art. 35, §§ 3, 4 et 5.

(529) Trib. UE, 27 avril 2016, *Österreichische Post AG c. Commission européenne*, aff. T-463/14, ECLI:EU:T:2016:243.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

vité postale soient déclarés ouverts à la concurrence (notamment les services postaux internationaux et les services de courrier entre clients professionnels), la Commission, par une décision d'exécution du 2 avril 2014, n'a reconnu qu'une ouverture limitée à des activités plus réduites (gestion du courrier, philatélie, services de paiement offerts pour son propre compte).

Dans son arrêt, le Tribunal fait partiellement droit à la requête de la poste autrichienne, au terme d'un raisonnement substantiel qui apporte deux clarifications importantes, liées à la nature spécifique de la procédure de constat d'ouverture à la concurrence et à l'ampleur des prérogatives de la Commission. Sur ces deux aspects, la prémisse que suit le Tribunal consiste à soigneusement dissocier la directive secteurs spéciaux des règles générales de concurrence issues des articles 101 (ententes) et 102 (abus de position dominante) du TFUE. Pour le Tribunal, si la directive sectorielle poursuit un objectif général d'ouverture à la concurrence, elle ne fait pas, faute de base juridique spécifique, partie du droit de la concurrence. La procédure d'ouverture doit dès lors être conçue comme un processus d'examen, qui doit offrir une sécurité juridique aux entités qui la sollicitent, mais ne saurait être associée à une garantie à ce que le marché soit considéré comme étant parfaitement concurrentiel. Cette interprétation de la procédure de l'article 35 emporte des conséquences sur les pouvoirs de la Commission, qui « n'est pas tenue d'appliquer les critères et les méthodes prévus par le traité en matière de concurrence » et qui ne dispose que de pouvoirs limités au regard des vastes pouvoirs d'enquête qui lui sont conférés dans le cadre du droit de la concurrence (530). Aussi, l'analyse à laquelle procède la Commission ne s'étend pas à l'appréciation du comportement de l'opérateur, mais se limite à l'étude du marché en cause et à l'appréciation des parts de marchés de l'opérateur. Il s'agit, en d'autres termes, de déterminer le positionnement d'un opérateur au sein d'un marché concerné, qui implique qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits qui le constituent, et donc d'apprécier l'interchangeabilité ou la substituabilité des produits et des services ainsi que sur la structure et la demande de l'offre de marché (531). De jurisprudence constante,

(530) Aff. T-469/14, *op. cit.*, pts 29 et 41.

(531) Le raisonnement suit ici, par analogie, la méthode de détermination du marché, voy. l'arrêt de principe, CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c. Commission*, aff. 85/76, *Rec.*, p. 461, pt 28, et une systématisation plus récente, CJCE, 30 janvier 2007, *France Télécom c. Commission*, aff. T-340/03, *Rec.*, p. II-107, pt 80.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

une telle appréciation, nécessairement complexe, ne fait l'objet que d'un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation de la part du juge (532). Contrôle restreint, mais non inexistant : dans l'affaire *Österreichische Post*, le Tribunal admet l'erreur manifeste de la Commission dans le défaut de prise en compte de la faible part de marché de l'opérateur sur le marché des courriers à l'international, caractérisé par une forte substituabilité des produits concernés. À suivre toutefois le raisonnement du juge, il semble plus pertinent d'y voir un contrôle de la cohérence de l'argumentation de la Commission plutôt qu'un contrôle de l'appréciation manifeste (533).

3) *Exceptions liées au caractère accessoire de l'activité en réseau*

L'applicabilité de la directive 2014/25 peut être écartée en présence d'un marché couvrant plusieurs activités, qui se rattachent à la fois à la directive principale (2014/24) et à la directive sectorielle. Deux cas de figure doivent être distingués.

238. Activités multiples. Tout d'abord, dans le cas de marchés destinés à couvrir plusieurs activités, les entités adjudicatrices peuvent décider de passer des marchés distincts pour chacune des différentes activités ou de passer un marché unique. Lorsque les entités adjudicatrices décident de passer des marchés distincts, la décision concernant les règles applicables à chacun de ces marchés distincts est adoptée sur la base des caractéristiques des différentes activités concernées (534).

239. Relation principale/accessoire. Lorsqu'un marché couvre plusieurs activités, il suit les règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné. En ce sens, l'article 12.II de l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui exclut la qualification d'activités d'opérateur de réseau lorsque ces activités sont fournies, de manière inévitable, à titre accessoire ou complémentaire (en deçà de 20 % du chiffre d'affaires de l'entité considérée) d'une activité distincte de celle d'un opérateur en réseau. Tel peut être par exemple le cas d'un organisme de logement social ou encore d'un hôpital ou d'une université, qui

(532) Trib. UE, 15 décembre 2010, *CEAHR c. Commission*, aff. T-427/08, *Rec.*, ECLI:EU:T:2010:517, pt 66, et du 24 mai 2012, *MasterCard e.a. c. Commission*, aff. T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260, pt 169.

(533) Voy. le commentaire d'A. Bouveresse, *Europe*, 2016, n° 6, comm. 203.

(534) Directive 2014/25, art. 6, § 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

fournit, dans le cadre d'un circuit intégré, de la chaleur au-delà de la satisfaction de ses propres besoins. L'article 12.II de l'ordonnance considère ainsi que ne sont pas des activités d'opérateur de réseaux au sens de la présente ordonnance :

– l'alimentation en gaz ou en chaleur des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :
  - la production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inévitable de l'exercice d'une activité autre que celles mentionnées au I ;
  - l'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter à des fins commerciales cette production et ne dépasse pas 20 % du chiffre d'affaires de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.
– l'alimentation en électricité des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :
  - la production d'électricité par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées au I ;
  - la quantité d'électricité utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'énergie de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.
– l'alimentation en eau potable des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :
  - la production d'eau potable par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées au I ;
  - la quantité d'eau utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'eau potable de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

§ 2. – *Le champ organique de la réglementation applicable aux activités de réseau*

240. Pour rendre compte de l'existence d'entités prestataires de réseaux qui se trouvent être sous influence publique, le droit de l'Union utilise une qualification spécifique : l'entité adjudicatrice (A). La qualification de l'entité comme entité adjudicatrice est essentielle car elle a pour effet de déclencher un régime spécifique pour la conclusion des marchés. L'entité est tenue d'appliquer la procédure prévue par la directive 2014/25 (535), mais uniquement pour les marchés qui sont en rapport avec des activités de réseau, identifiés aux articles 8 à 14 de ce texte. Lorsqu'elle n'est ni un pouvoir adjudicateur, ni une entreprise publique au sens du droit de l'Union, l'entité adjudicatrice est définie au regard de la notion centrale de « droits exclusifs et spéciaux » dont elle est titulaire (B).

A. *La spécificité de la partie contractante : l'entité adjudicatrice*

Une marque tangible de spécificité de la notion d'entité adjudicatrice tient au fait qu'elle peut recouvrir de nombreux cas de figure (1). Il en résulte une grande diversité des formes sociales et des structures qui peuvent être qualifiées d'entités adjudicatrices, dès lors qu'elles exercent une activité en réseau identifiée par la directive 2014/25 (2).

1) *Caractères de l'entité adjudicatrice*

241. Triple dimension de l'entité adjudicatrice. La particularité des règles applicables aux secteurs spéciaux tient au fait qu'elles s'appliquent à un champ organique plus large que le pouvoir adjudicateur et que désigne la qualification « d'entité adjudicatrice ». L'entité adjudicatrice est une qualification relativement englobante, qui couvre trois schémas principaux, à la condition essentielle que l'on soit en présence d'une activité identifiée comme étant en réseau au sens de la directive (536) :

– l'entité adjudicatrice peut, tout d'abord, être un pouvoir adjudicateur au sens où l'entend le droit commun des marchés publics, à savoir l'État, une autorité régionale ou un organisme de droit

(535) CJCE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, *Wasser-Wärme-Umwelt GmbH*, aff. C-393/06, *op. cit.*
(536) Directive 2014/25, art. 8 à 14.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

public, lequel se définit au regard des mêmes critères que ceux qui figurent dans la directive 2014/24.

– l'entité adjudicatrice peut, ensuite, être une entreprise publique, entendue comme toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété de cette entreprise, de la participation financière qu'ils y détiennent ou des règles qui la régissent. Dans cette hypothèse, l'influence dominante est établie en suivant les critères issus de la directive relative aux comptes consolidés (537), lesquels établissent l'existence d'une influence sur trois critères :
  - la détention de la majorité du capital souscrit par l'entreprise ;
  - le fait de disposer de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ;
  - la possibilité de désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.
– si un organisme n'est ni un pouvoir adjudicateur, ni une entreprise publique, la qualification d'entité adjudicatrice peut enfin être retenue à l'égard d'une entité, de droit public comme de droit privé, qui bénéficie, pour la délivrance d'activité en réseau, de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par une autorité compétente d'un État membre. Cette hypothèse permet, notamment, de couvrir des sociétés commerciales, qui ne subissent pas une forte influence publique, mais dont l'activité repose toutefois sur une autorisation pour exercer une activité en réseau. Dans ce cas précis, il est essentiel de définir la notion de « droits spéciaux ou exclusifs ».

2) *Diversité des formes juridiques de l'entité adjudicatrice*

242. Diversité. Il résulte de la triple dimension de l'entité adjudicatrice qu'elle peut correspondre à de nombreuses formes

(537) Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil. Mais les critères contenus dans la directive ne sont qu'indicatifs car celle-ci s'applique uniquement aux sociétés commerciales, de capitaux comme de personnes. En France, elle s'applique ainsi, pour les sociétés de capitaux, à la SA, société en commandite par actions, SARL, société par actions simplifiée, pour les sociétés de personnes, société en nom collectif et société en commandite simple. En Allemagne : die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ; die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

juridiques : établissement public national gérant un réseau, société anonyme à capitaux publics qui a une activité de réseau, société privée sous concession, société d'économie mixte. Mais une spécificité marquante de la réglementation relative aux secteurs spéciaux tient au fait que des sociétés purement privées, ni pouvoirs publics, ni entreprises publiques, peuvent également être soumises aux exigences de commande publique. Avec l'adoption de la directive 2014/23 relative à l'attribution des contrats de concession, il est désormais envisagé qu'une entité adjudicatrice puisse conclure avec un opérateur un contrat de concession, par lequel elle lui confierait des prestations ou des travaux liés au réseau, à condition qu'il supporte le risque d'exploitation.

243. Identification. Pour qualifier un organe « d'entité adjudicatrice » au sens de la réglementation relative aux secteurs spéciaux, il était possible de recourir, jusqu'à l'adoption de la directive 2014/25, aux annexes à la directive 2014/17 (abrogée par la directive 2014/25), qui identifiaient une liste d'entités adjudicatrices dans les domaines de gaz/chaleur, de production, transport et distribution d'électricité, d'eau, de transport, pétrole/gaz, installations portuaires, aéroportuaires, transports et chemins de fer. Bien qu'elle ne figure pas dans la nouvelle directive, cette liste demeure pertinente pour identifier une entité adjudicatrice, sous réserve qu'elle continue à exercer une activité en réseau et qu'elle réponde au critère tiré de l'existence de droits exclusifs et spéciaux.

– En France figurent dans cette liste des établissements tels que :
  - pour les *ports et aéroports* : les différents ports autonomes (de Paris, de Strasbourg, ceux qui répondent à l'article L.111-1 du Code des ports maritimes), les aérodromes exploités par des établissements publics ou ceux exploités dans le cadre d'une concession accordée par l'État ou encore en vertu d'un arrêté préfectoral portant autorisation d'occupation temporaire ;
  - des *entreprises publiques à dimension nationale*, telles que la SNCF, EDF/GDF (et entités locales en charge de l'électricité ou du gaz), la RATP ;
  - également, les collectivités territoriales et établissements publics locaux exerçant une activité de production ou de distribution d'eau potable.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– Dans d'autres États membres de l'Union, on retrouve également de nombreuses autorités gestionnaires d'infrastructure ; à titre d'exemple, en Belgique : la SNCB, la STIB, TEC, De Lijn, Brussels Airport, Aéroport de Charleroi ; au Luxembourg : CFL, Port de Mertert ; en Allemagne : les sociétés concédées de production d'eau (mais non les *Stadtwerke*) ; en Espagne : les autorités portuaires dans plusieurs villes, les sociétés locales de production d'eau.

B. *La définition des droits exclusifs et spéciaux*

Ainsi que l'illustrent les développements précédents, la notion de droits spéciaux ou exclusifs est fondamentale pour la définition du champ d'application de la directive 2014/2. Les entités qui ne sont ni des pouvoirs adjudicateurs ni des entreprises publiques ne sont soumises à ses dispositions que dans la mesure où elles exercent en vertu de tels droits l'une des activités qui en relèvent. Il convient, dès lors, de présenter la signification des « droits exclusifs et spéciaux » (1) et leur articulation, essentielle, avec l'article 106, § 2, TFUE, qui fonde la possibilité, pour les États, de maintenir des droits spécifiques en lien avec la satisfaction de services d'intérêt économique général (2).

1) *Détermination des droits exclusifs et spéciaux*

Cette qualification a évolué dans le droit dérivé, notamment du fait des précisions apportées par le juge (a). Elle peut également être écartée si l'opérateur prouve que les caractéristiques propres à ces droits exclusifs et spéciaux ne sont pas établies et qu'une publicité suffisante existe (b).

a) Détermination

244. Approche initiale. La définition des droits exclusifs et spéciaux a initialement été soulevée lors de l'adoption des premières mesures liées à la libéralisation du marché des télécommunications. Dans le contexte de l'adoption d'une des premières directives relative à la concurrence dans les marchés de télécommunication, la Cour, dans l'arrêt *France c. Commission* du 19 mars 1991, avait partiellement accueilli le recours en annulation au motif que la notion

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de droits spéciaux « était vaguement définie, faute de préciser le type de droits concrètement visé » (538).

Une première définition plus opératoire figure dans la directive 93/38, selon laquelle la notion de « droits exclusifs ou spéciaux » est essentiellement définie au regard du caractère nécessaire d'une autorisation, adoptée par une autorité publique, pour exercer une activité en réseau (539). Elle servira de base à la définition que propose la Cour dans l'affaire *British Telecommunications* de 1996. Saisie de l'interprétation de la directive secteurs spéciaux 93/38, la Cour a souligné que « les droits exclusifs ou spéciaux auxquels il est fait référence doivent être compris, de manière générale, comme les droits qui sont conférés par les autorités d'un État membre à une entreprise ou à un nombre limité d'entreprises, selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires, et qui affectent substantiellement la capacité des autres entreprises d'établir ou d'employer des réseaux […] ou des services […] sur le même territoire, dans des conditions substantiellement équivalentes » (540).

245. Systématisation. Il résulte de cette définition jurisprudentielle quatre éléments essentiels pour identifier les droits exclusifs et spéciaux. De tels droits doivent : être conférés par les autorités d'un État membre, être conférés à une entreprise ou à un nombre limité d'entreprises, affecter substantiellement la capacité des autres entreprises d'exercer l'activité économique en cause sur le même territoire, dans des conditions substantiellement équivalentes, et être conférés selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires. Souvent présentés comme analogues, il apparaît que la différence entre les droits exclusifs et spéciaux tient à l'unicité de leur titulaire : le droit est exclusif s'il est confié à une entreprise pour exercer l'activité en cause

(538) CJCE, 19 mars 1991, *République française c. Commission*, aff. C-202/88, *Rec.*, p. I-1259, pt 45. Était en cause la directive 88/301, du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication.

(539) Directive 93/88, art. 2, § 3 : les droits spéciaux ou exclusifs sont des droits qui résultent d'une autorisation octroyée par une autorité compétente de l'État membre concerné, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative, ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité en réseau. Tel est par exemple le cas, pour une entité adjudicatrice, de pouvoir bénéficier d'une procédure d'expropriation ou de la mise en place d'une servitude, d'utiliser le sol ou le sous-sol, d'avoir le droit de mettre en place les équipements de réseaux.

(540) CJCE, 12 décembre 1996, *The Queen c. Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications plc*, aff. C-302/94, *Rec.*, p. I-6417, pt 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

(monopole légal) ; le droit est spécial s'il est confié à un nombre limité d'opérateurs (on est alors dans une situation de concurrence monopolistique) (541).

246. Définition contenue dans la directive 2014/25/UE. Conçue initialement dans le champ du marché des télécommunications, la qualification des droits exclusifs et sociaux a pu soulever des difficultés au sein d'autres marchés en réseau caractérisés par des contraintes techniques plus importantes (eau, gaz, électricité). Aussi, à partir de la directive 2004/17 (paquet législatif 2004), les droits exclusifs et spéciaux ont été conçus sous l'angle de leur effet sur l'accès au marché.

Cette définition est désormais systématisée par la directive 2014/25, dont l'article 4, § 3, dispose que « les droits spéciaux ou exclusifs sont des droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 8 à 14 [à savoir les activités de réseau] et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités à exercer cette activité » (542).

b) Exclusion de la qualification de droits spéciaux ou exclusifs

247. Dans certains secteurs déterminés, pour lesquels le droit de l'Union prévoit, à travers des dispositions spécifiques, l'existence

(541) Le fait que les droits spéciaux, au sens de la commande publique, visent un nombre limité d'entreprises se retrouve dans les directives relatives aux télécommunications ; voy. par exemple la directive 94/46/CE de la Commission, du 13 octobre 1994, modifiant les directives 88/301/CEE et 90/388/CEE en ce qui concerne en particulier les communications par satellite (*JOCE*, n° L 268/15 du 19 octobre 1994) qui définit les droits spéciaux comme des droits accordés par un État membre à un nombre limité d'entreprises qui, sur un territoire donné : limite à deux ou plusieurs, selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires, le nombre d'entreprises autorisées à fournir un service ou à entreprendre une activité ou désigne, selon des critères autres que les critères susmentionnés, plusieurs entreprises concurrentes comme les entreprises autorisées à fournir un service ou à entreprendre une activité ou confère à une ou plusieurs entreprises, selon des critères autres que les critères susmentionnés, des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service de télécommunications ou d'entreprendre la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes.

(542) Cette définition est reprise en droit français par l'ordonnance du 23 juillet, art. 11, § 3 : « Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 12 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

d'une procédure ouverte et transparence, qui s'appuie sur des critères objectifs, il n'y a pas lieu de considérer que l'octroi d'une autorisation constitue un droit spécial et exclusif ou sens de l'article 4 de la directive 2014/25. Dans ces cas de figure, on peut considérer que les exigences posées par la directive sont remplies *ex ante*, dans la mesure où l'opérateur qui dispose de ces droits a été sélectionné au terme d'une procédure qui garantit la transparence, soit en vertu d'un appel d'offres ou d'une autre procédure de marché public, soit dans le cadre d'une procédure *ad hoc* qui respecte les principes fondamentaux de la commande publique au premier rang desquels le principe de transparence.

L'annexe II de la directive identifie ainsi cinq hypothèses où, en dépit d'une autorisation qui est octroyée à une entité adjudicatrice pour exercer une activité de réseau, cette autorisation n'est pas à considérer comme un droit spécial et exclusif :

– l'octroi d'une autorisation d'exploiter des installations de gaz naturel conformément aux procédures définies à l'article 4 de la directive 2009/73 ;
– l'autorisation de soumissionner ou l'invitation à soumissionner aux fins de la construction de nouvelles installations de production d'électricité, conformément à la directive 2009/72 ;
– l'octroi, conformément aux procédures définies à l'article 9 de la directive 97/67, d'autorisations liées à un service postal qui n'est pas ou ne doit pas être réservé ;
– les procédures d'octroi d'une autorisation de mener à bien une activité impliquant l'exploitation d'hydrocarbures conformément à la directive 94/22 ;
– les contrats de service public au sens du règlement (CE) n° 1370/2007 pour la fourniture de services publics de transport de voyageurs par autobus, par tramway, par chemin de fer ou par métro attribués par voie de mise en concurrence, conformément à l'article 5, paragraphe 3, dudit règlement, à condition que leur durée soit conforme à l'article 4, paragraphe 3 ou 4, dudit règlement.

2) *Articulation avec l'article 106, § 2, TFUE*

248. Fonction de l'article 106, § 2, TFUE. La définition des droits exclusifs et spéciaux soulève une autre difficulté, liée à son articulation avec l'article 106, § 2, TFUE, selon lequel « Les États membres,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus ». Depuis la célèbre décision *Corbeau* rendue en 1993 (543), cet article du traité est utilisé comme le fondement en droit primaire pour justifier les droits spécifiques, notamment sous forme d'exclusivité, dont peuvent bénéficier les entreprises publiques, afin de compenser leurs missions particulières et la satisfaction de besoins d'intérêt général qui présentent un caractère économique. En permettant, sous certaines conditions, des dérogations aux règles générales du traité, l'article 106, § 2, TFUE vise à concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique ou sociale, avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun. Pour que les conditions d'application de l'article 106, § 2, TFUE soient remplies, il n'est pas nécessaire que l'équilibre financier ou la viabilité économique de l'entreprise chargée de la gestion d'un SIEG soit menacée. Il suffit que, en l'absence des droits litigieux, il soit fait échec à l'accomplissement des missions particulières imparties à l'entreprise, telles qu'elles sont précisées par les obligations et contraintes pesant sur elle, ou que le maintien de ces droits soit nécessaire pour permettre à leur titulaire d'accomplir les missions d'intérêt économique général qui lui ont été imparties dans des conditions économiquement acceptables (544). Les États membres sont en droit, dans le respect du droit de l'Union, de définir l'étendue et l'organisation de leurs services d'intérêt économique général. Ils ont un large pouvoir d'appréciation quant à la définition

(543) CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale c. Paul Corbeau*, aff. C-320/91, *Rec.*, p. I-2563. Si l'obligation, pour le titulaire du droit exclusif, d'accomplir une mission d'intérêt général en assurant ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables, et justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables, une telle limitation de la concurrence ne se justifie cependant pas dans tous les cas. Elle n'est, notamment, pas admissible dès lors que sont en cause des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général. Tel est le cas du service de courrier rapide, qui, par sa nature et son marché propre, ne met pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif.

(544) Trib. UE, 1er juillet 2010, *M6 et TF1 c. Commission*, aff. T-568/08 et T-573/08, *Rec.*, p. II-3397, pt 136.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de ce qu'ils considèrent comme des services d'intérêt économique général et la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste. Cette prérogative de l'État membre concernant la définition des services d'intérêt économique général est confirmée par l'absence tant de compétence spécialement attribuée à l'Union que de définition précise et complète de la notion de tels services en droit de l'Union (545).

249. Articulation avec la directive secteurs spéciaux. Cette disposition pourrait, *a priori*, être rapprochée de la directive secteurs spéciaux au regard de la similitude des qualifications. Dans l'affaire *Ambulanz Glockner*, la Cour, suivant les conclusions de l'Avocat général Jacobs, a toutefois pris soin de dissocier la notion de droit exclusif ou spécial au sens des secteurs spéciaux et de l'article 106, § 1 (546). Dans le contexte de l'article 106, § 1, les droits exclusifs et spéciaux sont conçus pour déterminer le champ d'application du traité et des règles de concurrence, conformément à l'article 106, § 2 : en dépit du fait que certaines entreprises, même chargées d'un service d'intérêt général, aient de tels de droits, elles doivent toutefois être soumises aux règles du traité. Dans ce contexte, la problématique des critères « objectifs, proportionnels et non discriminatoires » qui interviennent dans la reconnaissance du droit exclusif n'intervient pas. À l'inverse, dans le cas des secteurs spéciaux, le lien avec les services d'intérêt général n'est pas systématique : ce n'est pas tant la nature de l'activité qui importe, mais plutôt la structure du marché dans lequel elle évolue en raison de l'exigence de réseau et d'infrastructure. Dans ce schéma, les critères pris en compte pour autoriser l'activité sont essentiels, car ils permettent de mesurer la nature de l'influence d'une autorité publique dans l'exercice d'une activité économique, d'intérêt général ou non.

Dans l'hypothèse où les droits ont été octroyés au moyen d'une procédure ayant fait l'objet d'une publicité appropriée et suivant des critères objectifs, il ne faut pas y voir « des droits spéciaux ou exclusifs », dès lors que l'exercice de l'activité économique a été précédée

(545) Trib. UE, 19 avril 2016, *Costantini e.a. c. Commission*, aff. T-44/14, pt 24.

(546) CJCE, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glockner*, aff. C-475/99, *Rec.*, p. I-8137 et les conclusions de l'Avocat général F.G. Jacobs, présentées le 17 mai 2001.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

du respect des garanties procédurales (547). Au regard de cette définition, on ne peut conclure à l'existence de droits exclusifs ou spéciaux uniquement au regard de l'activité exercée, il convient d'analyser au cas par cas si l'entité en cause dispose de droits qui affectent la possibilité, pour d'autres entités, d'exercer l'activité.

Section 2. – Les marchés publics de défense

250. Spécificité sectorielle. La spécificité de la défense et des activités militaires est, de longue date, à l'origine de difficultés dans la mise en œuvre nationale du droit de l'Union. Le plus souvent, c'est sous l'angle de la dérogation aux règles du droit de l'Union que des contentieux ont été soulevés, qu'il s'agisse des règles relatives à l'accès des femmes à l'emploi dans les forces armées (548), des obligations militaires spécifiques pour les hommes (549) ou encore du traitement douanier des biens d'équipement militaire (550). La problématique est renforcée par le contenu du droit primaire, notamment par l'article 346 TFUE (551). Présenté comme la clause de défense, cet article est souvent avancé pour justifier des attribu-

(547) Ces garanties procédurales doivent être conçues en cohérence avec la jurisprudence *Telaustria*. Ainsi que l'a souligné la Commission européenne dans sa fiche explicative à l'appui de la directive 2014/17 (abrogée par la directive 2014/25), la procédure utilisée pour l'octroi des droits en question doit se dérouler après qu'une publicité adéquate a été assurée ; sans une telle publicité, il ne peut pas être garanti que les critères ouvrent effectivement à tout intéressé les remplissant la possibilité d'obtenir le droit en question. Quelle que soit la base juridique de la mise en concurrence – un appel d'offres selon les directives marchés publics, une mise en concurrence adaptée au sens de l'arrêt *Telaustria*, une attribution de concession suivant l'avantage économique global ou une procédure pour l'octroi d'une autorisation selon une législation sectorielle – si celle-ci est conduite sur la base de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires, les entités privées opérant sur la base de tels droits ne sont pas à considérer comme des entités adjudicatrices au sens de la réglementation sur les secteurs spéciaux. Tel peut être le cas de la gestion d'un port maritime, de l'exploitation d'une ligne de chemin de fer, d'un aéroport concédé.

(548) CJCE, 26 octobre 1999, *Sirdar*, aff. C-273/97, *Rec.*, p. I-7403, et du 11 janvier 2000, *Kreil*, aff. C-285/98, *Rec.*, p. I-69.

(549) CJCE, 16 septembre 1999, *Commission c. Espagne*, aff. C-414/97, *Rec.*, p. I-5585.

(550) Voy. une série d'arrêts de manquements rendus en grande chambre : CJUE, 15 décembre 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-387/05, *Rec.*, p. I-11831 ; CJUE, 15 décembre 2009, *Commission c. Danemark*, aff. C-461/05, *Rec.*, p. I-11887, et *Commission c. Italie*, aff. C-239/06, *Rec.*, p. I-11913, ainsi que CJUE, 4 mars 2010, *Commission c. Portugal*, aff. C-38/06, *Rec.*, p. I-1569.

(551) Selon l'article 346 TFUE, « les dispositions des traités ne font pas obstacle aux règles ci-après : a) aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité ; b) tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

tions directes de marchés, sans publicité préalable. L'argument peut être admis dès lors que l'acquisition d'un bien peut être directement reliée à la protection de la sécurité du territoire d'un État (552). Mais la qualification peut être délicate, notamment en présence de marchés qui portent sur des fournitures qui ont une double vocation, militaire et civile (553).

251. Directive 2009/81/CE. Pour intégrer la spécificité des marchés de défense, l'Union a adopté une directive spécifique – la directive 2009/81 –, qui vise à coordonner les procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité. Elle institue un régime dérogatoire par rapport au droit commun issu de la directive 2014/24, dans la mesure où elle vise à satisfaire à la fois aux impératifs de sécurité des États membres et aux obligations qui découlent du traité (égalité de traitement, libre circulation, libre concurrence) (554). Pour intégrer ces exigences, la directive énonce donc des règles spécifiques (§ 1) pour le traitement des informations classifiées, tout en faisant application du principe de reconnaissance mutuelle pour ce qui est des habilitations de sécurité délivrées par les autorités compétentes des États membres (§ 2).

§ 1. – *Objet de la directive 2009/81/CE*

252. Champ spécifique. En cohérence avec son objet, la directive 2009/81 repose sur un champ d'application limité au domaine de la défense. D'un point de vue matériel, l'objet du marché est identifié à l'article 2 de la directive : fourniture d'équipements militaires et/ou

(552) Voy. par exemple pour l'acquisition d'un matériel informatique lié à la sécurité du territoire en Belgique : CJCE, 16 octobre 2003, *Commission c. Belgique*, aff. C-252/01, *Rec.*, p. I-11878.

(553) CJUE, 7 juin 2012, *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, aff. C-615/10, ECLI:EU:C:2012:324 ; obs. D. Simon, *Europe*, 2012, n°s 8-9, comm. 324.

(554) Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, *JOUE*, n° L 216/76 du 20 août 2009. Cette directive a été transposée par le décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 relatif à la passation et à l'exécution des marchés publics de défense ou de sécurité. Ce décret a ajouté une troisième partie dans le code, relative aux marchés publics de défense ou de sécurité. Voy. l'étude de St. Rodrigues, « La directive sur les marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité. Ou de l'art difficile de rentrer dans le rang (du marché intérieur) », *Europe*, 2009, n° 11, étude 10.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

d'équipements sensibles, y compris de leurs pièces détachées, composants, et/ou sous-assemblages ; des travaux, fournitures et services directement liés à un de ces équipements ; et/ou des travaux et services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services sensibles. La spécificité réside bien évidemment dans le caractère sensible que présente la prestation au sens où celle-ci est alors destinée « à des fins de sécurité qui font intervenir, nécessitent et/ou comportent des informations classifiées » (555), à savoir « toute information ou tout matériel, quel qu'en soit la forme, la nature ou le mode de transmission, auquel un certain niveau de classification de sécurité ou un niveau de protection a été attribué et qui, dans l'intérêt de la sécurité nationale et conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur dans l'État membre considéré, requiert une protection contre tout détournement, toute destruction, suppression, divulgation, perte ou tout accès par des personnes non autorisées, ou tout autre type de compromission » (556).

253. Admission des opérateurs. Les pouvoirs adjudicateurs (qui ont la même définition que dans la directive 2014/24) disposent d'une compétence significative pour imposer des exigences en matière de protection des informations classifiées et pour utiliser celles-ci comme une condition de sélection des candidats. Ces exigences s'imposent également aux sous-traitants (557). Cette disposition permet de réduire à l'avance les opérateurs aptes à participer à un marché de défense. D'autres mesures restrictives s'imposent à ceux-ci : ils peuvent être contraints par le pouvoir adjudicateur, dès le début de la procédure, d'indiquer les noms des personnes physiques ou morales qui réaliseront certaines prestations (par exemple des travaux au sein de bâtiments miliaires) ; dans l'hypothèse où ils se constituent en groupement, le pouvoir adjudicateur peut également imposer une forme juridique déterminée à celui-ci, par dérogation aux règles contenues dans la directive 2014/24 (558).

254. Multiplicité des exclusions. Les hypothèses d'exclusion sont nombreuses. D'un côté, sont exclus des marchés « passés en vertu

(555) Directive 2009/81, art. 1er, § 7. Cette définition figure également à l'article 6 de l'ordonnance n° 2015-899.

(556) Directive 2009/81, art. 1er, § 8.

(557) Directive 2009/81, art. 7.

(558) Directive 2009/81, art. 5.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de règles internationales » (559), qui couvrent des marchés associés à des procédures spécifiques en application d'un accord ou d'un arrangement international, conclus entre un ou plusieurs États membres et un ou plusieurs pays tiers ; ceux relatifs à des stationnements de troupes ou encore les marchés spécifiques d'une organisation internationale. D'un autre côté, des exclusions spécifiques sont identifiées, elles portent à la fois sur les motifs traditionnels de la directive 2014/24 et sur des exclusions particulières, telles que les activités de renseignement ; la mise en place d'un programme de coopération fondé sur des activités de R&D, mené conjointement par au moins deux États membres en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, aux phases ultérieures du cycle de vie de ce produit ; les marchés passés dans un pays tiers, y compris pour des achats civils, lorsque des forces sont déployées hors du territoire de l'UE ou lorsque les besoins opérationnels exigent qu'ils soient conclus avec des opérateurs économiques implantés dans la zone des opérations ; ainsi que les marchés passés par un gouvernement avec un autre gouvernement pour la fourniture d'équipements militaires ou sensibles, ou des travaux/services directement liés à ces équipements (560).

§ 2. – *Dispositions dérogatoires*

Compte tenu de sa spécificité, la directive sur les marchés publics de défense emprunte au droit commun des marchés publics et repose sur de nombreuses règles dérogatoires.

255. Emprunt au droit commun des marchés. De manière classique, les documents du marché sont établis par le pouvoir adjudicateur, ils renvoient au cahier des charges, aux documents descriptifs ou à tout autre document complémentaire. Figurent dans ces documents la présentation des spécifications techniques et des critères de sélection qualitative, qui portent sur l'aptitude à exercer l'activité et sur les capacités économiques et financières (561). Par ailleurs, en cohérence avec la directive 2014/24, la directive sur les marchés de défense admet, pour la passation des marchés, soit une procédure restreinte soit une procédure négociée avec publication d'un avis

(559) Directive 2009/81, art. 12.
(560) Directive 2009/81, art. 13.
(561) Directive 2009/81, art. 42.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de marché. La procédure négociée est rendue possible de manière plus large que dans la directive 2014/24 (562). Par ailleurs, les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir de manière plus souple au dialogue compétitif, il leur suffit d'établir que, compte tenu de la complexité des marchés (au demeurant fréquente pour les équipements militaires), les procédures restreintes ou négociées ne permettent pas d'attribuer le marché pour justifier le dialogue compétitif (563).

256. Régime spécifique pour la R&D. Sont exclus du champ d'application de la directive les marchés passés dans le cadre d'un programme de coopération fondé sur des activités de R&D, mené conjointement par au moins deux États membres en vue du développement d'un nouveau produit et, le cas échéant, aux phases ultérieures de tout ou partie du cycle de vie de ce produit. Dans ce domaine, la directive prévoit également la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de recourir à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché dans le cas des marchés de fournitures et de services pour les services de R&D, autres que visés à l'article 13 (à savoir au titre des exclusions spécifiques) et pour des produits fabriqués uniquement à des fins de R&D (à l'exception de la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement. On peut considérer que ces dispositions dérogatoires participent d'une volonté d'encourager la base industrielle et technologique de défense européenne et de développer des programmes de coopération bi/multilatéraux portés par l'Agence européenne de défense et l'Organisation conjointe de coopération en matière d'armement (564).

(562) Directive 2009/81, art. 26 : « Dans les procédures négociées avec publication d'un avis de marché, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices négocient avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché, les documents du marché et les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre conformément à l'article 47. Au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices peuvent prévoir que la procédure négociée se déroule en phases successives afin de réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le recours ou non à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges ».

(563) Directive 2009/81, art. 27.

(564) Sur ces questions, voy. St. Rodrigues, « Le marché européen de la défense : entre coopération et harmonisation », in N. Clinchamps et P.-Y. Monjal (dir.), *L'autonomie stratégique de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 137-161.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

257. Dérogations pour la sous-traitance. Un appel d'offres ne peut interdire le recours à la sous-traitance. Les États peuvent imposer la sous-traitance jusqu'à 30 % de la valeur du marché (565). Comme le souligne Stéphane Rodrigues, il s'agit moins de favoriser l'accès des PME aux marchés publics que de tenir compte d'une réalité économique, à savoir que dans certains domaines, comme celui des équipements militaires de haute technologie, la sous-traitance hors d'Europe est devenue incontournable (566). Il s'agit également d'instaurer un régime d'autorisation préalable : l'ensemble des titulaires de « sous-contrats » (c'est-à-dire non seulement les sous-traitants, mais également les fournisseurs) doivent être acceptés par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

Section 3. – Les marchés publics de l'Union

258. Spécificité du cadre normatif. Afin d'accomplir leur mission, les institutions et organes de l'Union européenne attribuent annuellement plusieurs milliers de contrats dans le cadre de procédures de passation de marchés publics. Ces procédures spécifiques sont déterminées dans le règlement relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et dans son règlement d'application (567). Pour l'essentiel, les critères et les procédures suivis par l'Union pour conclure ses marchés sont très proches des directives sur les marchés publics. À la suite de l'adoption des directives en 2014, une révision du cadre normatif qui régit les marchés

(565) Directive 2009/81, art. 53. La directive (art. 53, § 1) insiste sur leur mention obligatoire dans l'avis de sous-traitance et sur le fait qu'ils doivent être « objectifs, non-discriminatoires et cohérents avec les critères appliqués par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice pour la sélection des soumissionnaires pour le marché principal ». Dans le même esprit, lorsqu'il est question d'exiger certaines capacités, celles-ci doivent être « directement liées à l'objet du contrat de sous-traitance et les niveaux minimaux de capacités exigés doivent être proportionnés à cet objet ». De manière plus originale en revanche, l'adjudicataire du marché principal n'est pas tenu de sous-traiter « s'il apporte la preuve, à la satisfaction du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, qu'aucun des sous-traitants participant à la mise en concurrence ou qu'aucune des offres présentées ne satisfait aux critères figurant dans l'avis de sous-traitance, empêchant ainsi le soumissionnaire retenu de satisfaire aux exigences figurant dans le marché principal ».

(566) St. Rodrigues, « La directive sur les marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité. Ou de l'art difficile de rentrer dans le rang (du marché intérieur) », *op. cit.*

(567) Règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil, *JOUE*, n° L 298/1 du 26 octobre 2012, et règlement délégué (UE) n° 1268/2012 relatif aux règles d'application du règlement n° 966/2012, *JOUE*, n° L 362/1 du 31 décembre 2012.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'Union est intervenue en 2015 (568). Les principales notions qui structurent la matière (pouvoir adjudicateur, les différentes procédures, la notion d'opérateur économique, de travaux, de services, etc.) ont pour l'essentiel la même signification que dans le droit commun des marchés qui résulte de la directive 2014/24. Des spécificités, qui correspondent au caractère sectoriel de cette réglementation, doivent être toutefois soulignées. Par ailleurs, outre ces règles financières spécifiques, qui forment le cadre normatif général pour les marchés de l'Union, des règles complémentaires s'imposent aux institutions pour certains marchés, notamment ceux qui relèvent de la politique d'aide extérieure de l'Union (569).

259. Champ d'application. Les règles qui régissent les marchés publics, et qui sont contenues dans les règles applicables au budget de l'Union, s'appliquent à la quasi-totalité des achats réalisés en exécution du budget par les pouvoirs adjudicateurs qui y sont soumis, et ce, quels que soient leur objet et leur valeur. Cela couvre les marchés immobiliers, de fournitures, de travaux, de services et, depuis la révision, les contrats de concession de travaux et de services. Pour prendre en compte la dimension sectorielle, le règlement 2015/1929 adapte certaines définitions, en rattachant la notion de pouvoir adjudicateur aux institutions ou aux organes de l'Union ou encore en envisageant le marché public au regard d'un paiement sur le budget de l'Union. Par exemple, le « marché public » est défini à l'article 101 du même règlement comme « un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs en vue d'obtenir, contre le paiement d'un prix en tout ou en partie à la charge du budget, la fourniture de biens mobiliers ou immobiliers, l'exécution de travaux ou la prestation de services ». En outre, à la différence des directives, l'application des règles financières ne dépend pas de seuils : les marchés de l'Union sont systématiquement régis par ces règles, mais les exigences peuvent varier en fonction de la valeur du marché.

(568) Règlement (UE, Euratom) n° 2015/1929 du Parlement européen et du Conseil, du 28 octobre 2015, modifiant le règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union, *JOUE*, n° L 286 du 30 octobre 2015 ; règlement délégué n° 2015/2462, du 30 octobre 2015, modifiant le règlement délégué n° 1268/2012 relatif aux règles d'application du règlement n° 966/2012, *JOUE*, n° L 342 du 29 décembre 2015 ; G. Gathem et R. Bemelmans, « Les nouvelles règles sur la passation et l'exécution des marchés publics des institutions et organes de l'Union », *JDE*, 2016/1, n° 225.

(569) Voy. la présentation exhaustive de H.-J. Priess, « Award Procedures for EU Institutions », in *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, *op. cit.*, pp. 417-442.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Au-delà des seuils de procédures formalisées, qui sont définis par renvoi à la directive 2014/24 (et donc à ceux qui s'appliquent aux États), les mesures de publicité sont similaires, avec un avis de marché au *JOUE*. En dessous de ces seuils, les marchés font l'objet d'une publicité appropriée, qui comporte une publicité *ex ante* adéquate sur internet ou un avis de marché, ainsi qu'un appel à manifestation d'intérêt publié au *JOUE*. L'appel permet soit de sélectionner des candidats pour les inviter à soumissionner lors de futures procédures d'appels d'offres restreints, soit de constituer une liste de soumissionnaires potentiels, susceptibles de présenter des demandes de participation ou des offres (570).

260. Critères. Les règles de passation sont calquées sur la directive 2014/24 : indication dans les documents de marché des besoins, possibilité de recourir à des consultations préalables du marché, définition des spécifications techniques, application de critères de sélection et de capacité professionnelle. Des motifs d'exclusion s'ajoutent à ceux reconnus par la directive, notamment lorsqu'un « opérateur économique a gravement manqué à des obligations essentielles dans l'exécution d'un marché financé par le budget, ce qui a conduit à la résiliation anticipée du marché ou à l'application de dommages-intérêts forfaitaires ou d'autres pénalités contractuelles ou ce qui a été découvert à la suite de contrôles, d'audits ou d'enquêtes effectués par un ordonnateur, l'OLAF ou la Cour des comptes » (571).

Il faut souligner que les règles financières reconnaissent une certaine flexibilité aux institutions, en cohérence avec la jurisprudence de la Cour relative aux marchés publics de l'Union et, plus généralement, à la nécessité de préserver une marge de manœuvre lorsqu'elles exercent un pouvoir discrétionnaire (572). Ainsi, la notion d'offre économiquement avantageuse pour l'attribution du marché est entendue de manière souple, elle renvoie à trois méthodes d'attribution : le prix le plus bas, le coût le plus bas ou le meilleur rapport qualité/prix (573). Pour la méthode d'attribution selon le coût le plus bas, le pouvoir adjudicateur applique une approche fondée sur le rapport coût/efficacité prenant en compte le coût du cycle de vie. Pour déterminer le

(570) Règlement délégué n° 2015/2462, art. 118 et 135.

(571) Règlement n° 2015/1929 relatif aux règles financières, 106, § 1, e).

(572) Voy. CJUE, 21 juillet 2011, *Evropaïki Dynamiki c. EMSA*, aff. C-252/10 P, ECLI:EU:C:2011:512, *op. cit.*

(573) Règlement n° 2015/1929 relatif aux règles financières, art. 110.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

meilleur rapport qualité/prix, le pouvoir adjudicateur tient compte du prix ou du coût et d'autres critères de qualité liés à l'objet du marché. Plus généralement, l'évaluation des offres est conçue de manière flexible. S'il le souhaite, le pouvoir adjudicateur, dans le cadre des nouvelles règles financières, peut désormais vérifier l'exclusion et appliquer les critères de sélection et d'attribution ainsi que vérifier la conformité avec les documents de marché dans n'importe quel ordre, par exemple d'abord en évaluant la qualité et en limitant l'examen des autres critères aux offres qui ont passé le seuil minimum. Il peut donc rejeter une offre sur la base des critères d'attribution, sans contrôle préalable des critères d'exclusion ou de sélection du soumissionnaire concerné, ce qui est particulièrement appréciable lorsque les offres sont nombreuses. Les exigences de preuve relatives aux critères d'exclusion et de sélection sont plus souples pour les marchés de faible ou moyenne valeur et le document unique de marché européen (DUME), la nouvelle déclaration standard introduite par la directive 2014/24, doit être en principe utilisé comme moyen de preuve *a priori* (574).

261. Procédures. L'article 104 du règlement 2015/1929 établit des procédures similaires à celles de la directive 2014/24 : procédure ouverte, procédure restreinte (y compris par un système d'acquisition dynamique), concours, procédure négociée, dialogue compétitif, procédure concurrentielle avec négociation, partenariat d'innovation, procédures après appel à manifestation d'intérêt. Les règles sectorielles renforcent également la possibilité de recourir à la négociation. La possibilité d'utiliser la procédure négociée a été étendue aux marchés de valeur moyenne, une nouvelle catégorie couvrant les marchés de plus de 60.000 €, mais inférieurs aux seuils des directives (c'est-à-dire actuellement 135.000 € pour les marchés de fourniture et de services). Cette mesure est censée faciliter l'accès des PME à la commande publique de l'Union (575). La procédure négociée sans publicité préalable demeure quant à elle exceptionnelle. En dehors des cas traditionnels (par exemple, les marchés immobiliers après prospection du marché local), son usage est notamment prévu pour des marchés non couverts par la directive 2014/24, afin de leur donner un cadre juridique (par exemple, certains services juridiques et financiers) (576).

(574) Règlement délégué n° 2015/2462, art. 141.
(575) *Ibid.*, art. 136, a et 137.
(576) *Ibid.*, art. 134.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 4 - Les réglementations spécifiques
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CHAPITRE 5
LES EXCLUSIONS

262. Définition. Reconnues à la fois dans le droit de l'Union et dans la plupart des droits nationaux, les exclusions permettent de fonder l'inapplicabilité des règles substantielles de la commande publique, alors même qu'un contrat répond aux critères organiques et matériels d'un marché public ou d'une concession. Dès l'origine, les directives relatives aux marchés publics ont établi une série d'exclusions à leur propre champ d'application (577). Les justifications qui les sous-tendent sont multiples : volonté des États de maintenir hors de la concurrence certains secteurs d'activités, lien entre un marché et la délivrance de services publics, inadéquation des procédures de marchés publics à des secteurs qui ne peuvent uniquement s'apprécier sous l'angle du prix. Au fil des différents paquets législatifs, le nombre des exclusions s'est progressivement élargi.

263. Diversité. Désormais, derrière la catégorie générale des exclusions, la directive 2014/24 identifie des cas de figure très différents les uns des autres : marchés passés dans certains secteurs en réseau, couverts par la directive 2014/25 (578), exclusions spécifiques dans le domaine des communications électroniques (579), marchés publics passés en vertu des règles internationales (580), exclusions spécifiques pour les marchés de services (581), marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif (582), marchés publics passés

(577) Dès 1971, la première directive relative aux marchés publics ne s'appliquait pas, par exemple, aux marchés publics conclus, en vertu d'un accord international, avec un pays tiers ou avec des entreprises situées dans un pays tiers (art. 4 de la directive 71/305/CEE du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *JOCE*, n° L 185/5 du 16 août 1971).

(578) Directive 2014/24, art. 7. À savoir l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux.

(579) Directive 2014/24, art. 8.

(580) Directive 2014/24, art. 9.

(581) Directive 2014/24, art. 10.

(582) Directive 2014/24, art. 11.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

entre entités appartenant au secteur public (583). La directive 2014/23 relative aux concessions reprend les mêmes catégories pour les contrats de concessions. En tout état de cause, il ressort du droit dérivé une grande hétérogénéité des cas de figure : certaines exclusions reposent sur des exceptions ou des limitations concernant le champ d'application du traité, ou sont motivées par une recherche de cohérence avec l'ordre juridique international ; d'autres encore sont liées à des objets spécifiques ; d'autres, enfin, résultent de choix opérés par les États, qui souhaitent exclure certaines activités, jugées sensibles, du champ de l'harmonisation en matière de commande publique. En France, la totalité de ces exceptions ont été reprises par les ordonnances sur les marchés et les concessions (584).

Plan. Pour envisager de manière systématique les exclusions, il convient de les rattacher à trois catégories principales. Tout d'abord, certaines exclusions se rattachent à un fondement général – la coopération public-public –, qui est visé à l'article 12 de la directive 2014/24 (art. 28 de la directive 2014/25 pour les marchés en réseau) et à l'article 17 de la directive 2014/23. À lui seul, ce fondement, qui systématise des exceptions prétoriennes construites par la Cour, justifie un examen particulier car il apparaît comme une spécificité tangible du droit européen de la commande publique (section 1). Mais d'autres hypothèses d'exclusion doivent également être précisées, notamment lorsque le contrat conclu répond imparfaitement à la définition de marché (ou de concession) (section 2) ou encore au regard de la spécificité de certaines activités (section 3).

Section 1. – Une exclusion générale : la coopération public-public

264. Filière jurisprudentielle du *in house*. À partir de sa célèbre décision *Teckal* (585), la Cour a reconnu plusieurs cas de figure liés à une situation de forte imbrication entre le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique, au regard desquels le pouvoir adjudicateur peut être dispensé des obligations de concurrence et de publicité contenues dans les directives et, plus généralement, du respect des

(583) Directive 2014/24, art. 12.
(584) Ordonnance n° 2015-899, art. 14 ; ordonnance n° 2016-65, art. 13.
(585) CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Srl*, aff. C-107/98, *Rec.*, p. I-8121. Note F. Kauff-Gazin, *Europe*, 2000, n° 1, p. 22.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

contraintes procédurales inhérentes aux principes fondamentaux de la commande publique.

La jurisprudence a progressivement construit une « filière » du *in house*, qui correspond à plusieurs schémas – contrôle vertical descendant ou ascendant ou contrôle conjoint (586) –, qui s'est elle-même généralisée pour être qualifiée, dans la terminologie de la Commission, de « coopération public-public » (587). La jurisprudence récente veille à systématiser les types d'accords qui, par leur nature, échappent au champ de la commande publique ; ainsi que l'a énoncé la Cour dans l'affaire *Azienda Sanitaria Locale*, « il s'agit, en premier lieu, des marchés conclus par une entité publique avec une personne juridiquement distincte de celle-ci lorsqu'à la fois, cette entité exerce sur cette personne un contrôle analogue à celui qu'elle exercice sur ses propres services et que ladite personne réalise l'essentiel de ses activités, avec la ou les entités qui la détiennent […] il s'agit, en second lieu, des contrats qui instaurent une coopération entre des entités publiques ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à celles-ci » (588).

Cette formule englobante couvre les deux grandes catégories de coopération public-public, qui correspondent à l'exception dite *in house*, au sens de la jurisprudence *Teckal*, et à la coopération directe entre personnes publiques, issue de l'arrêt *Ville de Hambourg* (589). En tout état de cause, si les conditions de cette exception sont remplies, elle a vocation à couvrir des contrats de commande au-delà du périmètre traditionnel des directives. En d'autres termes, la question de qualification du contrat (concession ou marché) et la détermination de sa

(586) CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle*, aff. C-324/07, *Rec.*, p. I-8457 ; note R. Noguellou, *RDI*, 2009, n° 2, p. 115 ; W. Zimmer, *Contrats et Marchés publics*, 2009, n° 2, p. 17, comm. 34.

(587) Selon l'expression retenue par la Commission pour systématiser les différents cas de figure dans lesquels la jurisprudence a exclu, en raison d'une étroite coopération entre les pouvoirs adjudicateurs et leurs propres services, ou entre les pouvoirs adjudicateurs entre eux, l'applicabilité des directives et des principes fondamentaux de la commande publique, voy. *Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs* (« coopération public-public »), 4 octobre 2011, SEC (2011) 1169 final.

(588) CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitataria Locale di Lecce e.a.*, aff. C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817, pts 32 et 34 ; D. Capitant, *D.*, 2013, n° 5, p. 309 ; D. Simon, *Europe*, 2013, n° 2, comm. 81 ; R. Noguellou, *RDI*, 2013, n° 4, p. 213 ; W. Zimmer, *Contrats et Marchés publics*, 2013, n° 3, comm. 64.

(589) CJCE (gr. ch.), 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-480/06, *Rec.*, p. I-4747 ; H. Hoepffner, *Contrats et Marchés publics*, 2009, comm. 226 ; R. Noguellou, *RDI*, 2009, n° 9, p. 469 ; D. Simon, *Europe*, 2009, n° 8, comm. 307.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

valeur par rapport aux seuils des directives (sauf dans l'hypothèse où il ne présente pas un intérêt transfrontalier certain) n'interfèrent pas avec l'admission de cette exception.

Pour comprendre la portée de cette exception générale, il convient d'en présenter successivement les fondements et les critères d'identification (§ 1), la codification opérée par les directives marchés et concession (§ 2) ainsi que sa mise en œuvre dans les États membres (§ 3).

§ 1. – *La construction prétorienne de l'exception* in house

L'exception *in house* est intrinsèquement liée au fait que la relation entre le pouvoir adjudicateur et un opérateur économique dédié n'est pas assimilable à un véritable contrat (A). Les critères dégagés par le juge pour reconnaître le *in house* ont vocation à rendre compte d'une telle situation, d'un point de vue à la fois organique et matériel (B), à la fois dans des relations horizontales et dans le cadre un contrôle conjoint (C). Au-delà du *in house stricto sensu*, les exceptions dégagées par la Cour se sont également étendues, avec l'arrêt *Ville de Hambourg* (590), à des formes de coopération directes entre collectivités, sans la présence d'une opérateur dédié (D).

A. *Les fondements de l'exception*

265. Imbrication organique et fonctionnelle de l'entité. L'exception dite du *in house* s'est construite sur la prémisse suivant laquelle une autorité publique a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs et techniques, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services. Dans cette situation, on ne saurait y voir un contrat conclu à titre onéreux avec une entité juridique distincte du pouvoir adjudicateur et il n'y a pas lieu d'appliquer les règles de l'Union en matière de marchés publics, qu'il s'agisse des principes fondamentaux ou des règles définies par le droit dérivé. En ce sens, l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a pu considérer que « la position exprimée dans l'arrêt *Teckal* est fondée sur la prémisse suivant laquelle l'absence d'autonomie d'une entité économique par rapport à la collectivité qui en détient la propriété rend impossible

(590) Aff. C-480/06, *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

ou illusoire l'existence d'un contrat entre ces deux personnes, pourtant juridiquement distinctes » (591). Cette considération justifie que la doctrine ait associé, du moins en France, cette exception à une forme de quasi-régie, proche de la position du Conseil d'État dans l'arrêt *Société Unipain*, qui avait jugé qu'une administration pouvait satisfaire ses besoins par ses propres services (592).

266. Nécessité d'un contrat. Pour que la théorie du *in house* puisse être opérante, encore faut-il qu'il y ait une entité distincte du pouvoir adjudicateur, dotée d'une personnalité juridique propre, même si celle-ci est largement artificielle du fait de l'imbrication avec le pouvoir adjudicateur. Telle est la logique suivie par la Cour lorsqu'elle vérifie l'existence du contrat, qui « présuppose qu'il y ait eu une convention entre deux personnes distinctes » (593). *A contrario*, dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur effectue une mission de service public en recourant à ses propres ressources de telle manière qu'aucun contrat n'est conclu à titre onéreux parce que la situation est interne à une seule et même personne, le droit de l'Union ne s'applique pas. Tel est par exemple le cas lorsque toutes les ressources nécessaires à la réalisation de la mission sont disponibles au sein de l'organisation propre du pouvoir adjudicateur, ou encore lorsque deux collectivités, par un accord non onéreux (à savoir sans rémunération ni échange de droits et obligations réciproques), mettent en commun des ressources dont elles disposent dans le cadre de régies.

267. Absence de concours de volontés autonomes. Bien que l'exception *in house* nécessite d'identifier un contrat qui est formellement à titre onéreux, ledit contrat présente toutefois des caractéristiques qui

(591) Conclusions de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 7 décembre 2000 dans l'affaire *ARGE Gewässerschutz* (aff. C-94/99), pt 66.

(592) CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, req. n° 77.935, « considérant que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'État satisfasse, par ses propres moyens, aux besoins de ses services ; que l'extension des fournitures de pain par la boulangerie militaire à des établissements pénitentiaires, motivée par des raisons d'économie, est conforme à l'intérêt général ». Sur la qualification de quasi-régie, voy. P. Delvolvé, « Marchés publics : des contrats-maison », *RDUE*, 2002, p. 55.

(593) CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei*, aff. C-340/04, *Rec.*, p. I-4137, pt 32 ; G. Eckert, *Contrats et Marchés publics*, 2006, n° 7, comm. 203 ; E. Meisse, *Europe*, 2006, n° 7, comm. 211. Cette approche figurait déjà dans l'arrêt *Teckal* (C-107/98), dans lequel la Cour soulignait que le marché doit avoir été conclu entre, « d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent » (pt 50).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

rendent incertaines la traduction opératoire de l'onérosité. Le contrat en cause n'est pas envisagé comme étant l'expression des volontés autonomes des entités qui y sont parties mais comme la traduction d'une volonté unique. La relation interne existant entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire ne correspond pas au concours de deux volontés autonomes qui représentent des intérêts légitimes distincts (594). Cette lecture « contractualiste » (595) est destinée à montrer que tant l'autorité publique que l'entité qui preste le service sont considérées comme formant un seul tout. Une telle relation n'est couverte ni par les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination qui découlent du traité, ni par les directives marchés et concession. Une telle approche constitue le fil directeur de la jurisprudence de la Cour depuis l'arrêt *Teckal* ; dans la mesure où la théorie du *in house* est une théorie du « non-contrat » (596), son admission nécessite d'établir le caractère fictif de la personnalité juridique de l'opérateur économique, qui se trouve être diluée du fait de l'existence d'un contrôle analogue, conjoint ou unilatéral (597).

B. *Les critères de l'exception*

Selon une jurisprudence constante, inaugurée par l'arrêt *Teckal*, un pouvoir adjudicateur est dispensé d'organiser l'ouverture à la concurrence pour l'attribution d'un marché dans le cas où deux conditions cumulatives sont remplies : en premier lieu, il doit exercer sur l'opérateur un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (1) ; en second lieu, ce même opérateur doit réaliser l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui le contrôlent (598) (2).

(594) CJCE, *Teckal*, *op. cit.*, pts 49 et 50, et les conclusions des Avocats généraux Cosmas dans l'affaire *Teckal* (C-107/98, pt 64), Cruz Villalón dans l'affaire *Econord Spa* (C-182/11, pt 43) et Mengozzi dans l'affaire *Université technique de Hambourg* (C-15/13, pt 41).

(595) En ce sens, F. Martucci, « Les concessions entre entités dans le secteur public : la codification de la jurisprudence relative aux coopérations public-public », in St. de La Rosa (dir.), *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique. Les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession*, *op. cit.*, pp. 49-71, spéc. p. 54.

(596) L. Richer, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ, 2009, spéc. p. 113.

(597) G. Eckert, « La coopération public-public, entre espoirs et inquiétudes », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer. À propos des contrats des personnes publiques*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 617-632.

(598) Le rappel de ces critères est constant dans la jurisprudence ; voy., par exemple, les arrêts *Teckal* (*op. cit.*, pt 50) ; *Stadt Halle et RPL Lochau* (11 janvier 2005, aff. C-26/03, pt 49) ; *Parking Brixen* (13 octobre 2005, aff. C-458/03) ; *Coditel Brabant* (13 novembre 2008, aff. C-324/07) ; *Sea* (10 septembre 2009, aff. C-573/07, pt 40), *Econord* (29 novembre 2012, aff. C-182/11, pt 25), *Université de Munich* (8 mai 2014, aff. C-15/13, pt 25).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

1) *Le critère tiré du contrôle analogue*

Conçu comme un critère organique, le critère tiré du contrôle analogue suppose de caractériser l'existence d'une interdépendance entre le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique. Dans la mesure où il vise à caractériser une exception à des règles de marchés publics qui constituent une mise en œuvre des libertés économiques fondamentales, il est conçu de manière restrictive (a). En découlent plusieurs conséquences, notamment quant à la possibilité d'admettre des capitaux privés (b).

a) La caractérisation du contrôle analogue

268. Finalité. La finalité du contrôle analogue est de mettre en évidence une dépendance organisationnelle entre l'entité et le pouvoir adjudicateur. De jurisprudence constante, il est établi qu'il y a contrôle analogue lorsque l'adjudicataire du marché est soumis à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influer sur ses décisions. Il en résulte que l'entité *in house* doit, en substance, agir comme un organe de l'administration, celle-ci doit exercer une influence déterminante sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de l'entité qu'elle contrôle (599). La manière dont ce contrôle est exercé importe peu : il peut l'être en vertu de pouvoirs de droit privé ou public.

269. Mise en œuvre. D'un point de vue pratique, la qualification du contrôle analogue nécessite d'établir une série d'éléments :

– la détermination d'un degré de contrôle suffisant pour que le pouvoir adjudicateur restreigne la liberté d'action de l'entité considérée est essentielle. À cet égard, la forme sociétale de l'entité n'est pas déterminante : dans l'arrêt *Coditel Brabant*, la Cour a admis l'éligibilité d'une entité à un schéma de type *in house* (en l'occurrence dans le cas d'un contrôle conjoint), en précisant que celle-ci n'est pas constituée « sous la forme d'une société par actions ou d'une société anonyme susceptible de poursuivre des objectifs indépendamment de ses actionnaires mais sous la forme d'une société coopérative intercommunale » (600) ;

(599) Aff. C-458/03, *Parking Brixen*, pt 65 ; CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c. Italie*, aff. C-371/05, pt 24.

(600) Aff. C-324/07, *Coditel*, pt 51.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– la possibilité pour l'entité de nouer des relations avec des entreprises du secteur privé doit nécessairement être marginale. Cette appréciation suppose de prendre en considération la portée matérielle et géographique des activités de l'entité contrôlée ainsi que la possibilité pour celle-ci de nouer des relations avec des entreprises du secteur privé. L'absence de vocation de marché de l'entité contrôlée peut se déduire du fait que la portée géographique de ses activités est limitée au territoire des pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent et que ses activités consistent presque exclusivement à réaliser les missions de ceux-ci ;
– néanmoins, l'entité dédiée peut développer, à la marge, une activité avec des entreprises du secteur privé, à la condition que celle-ci soit accessoire. L'affaire *Sea c. Comune di Ponte Nossa* est une illustration intéressante de ce cas de figure : une société intercommunale, détenue exclusivement par des communes italiennes, qui a pour activité principale la collecte des déchets pour le compte des pouvoirs adjudicateurs de contrôle, peut toutefois revendre auprès d'opérateurs privés certaines catégories de matières récupérées accessoirement à la collecte des déchets (601).

b) Les conséquences associées à l'approche restrictive

La Cour a tiré deux conséquences principales de l'appréciation rigoureuse du contrôle analogue, qui ont toutefois été assouplies par les directives en 2014 : le rejet de la participation d'une entreprise privée dans le capital de l'entité contrôlée et l'impossibilité d'établir un tel contrôle lorsque le pouvoir adjudicateur qui assure le contrôle n'est pas lui-même autonome.

270. Rejet initial de la participation privée. Une conséquence de l'appréciation rigoureuse du critère organique est l'exclusion de la participation, même minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur. Dans son arrêt *Stadt Halle*, la Cour a considéré que la participation, même minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une

(601) Aff. C-573/07, *Sea*, pts 79 et 80 : « il convient de considérer que, si le pouvoir reconnu à la société adjudicataire en cause au principal de fournir des services à des opérateurs économiques privés est simplement accessoire à son activité essentielle, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, l'existence de ce pouvoir n'empêche pas que l'objectif principal de cette société demeure la gestion de services publics. Dès lors, l'existence d'un tel pouvoir ne suffit pas pour considérer que ladite société a une vocation de marché qui rend précaire le contrôle des collectivités qui la détiennent ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

société exclut que le pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (602). Sur ce point, les directives de 2014 ont engagé toutefois un assouplissement du critère en ouvrant la possibilité d'une participation minoritaire sans blocage, présentée ci-après (603). En tout état de cause, ce rejet de toute participation privée, qui exclut de fait la possibilité d'admettre des sociétés d'économie mixte comme support de *in house*, est, jusqu'à présent, apprécié restrictivement par la Cour :

– l'impossibilité d'admettre un capital privé se vérifie tout au long de l'exécution du contrat qui lie l'autorité publique et l'entité ; ainsi, lorsque celle-ci ouvre son capital pendant la durée de validité du contrat à des actionnaires privés, il faut y voir un changement dans une condition fondamentale du marché qui nécessite une mise en concurrence (604) ;
– cette jurisprudence vaut également pour des entités qui présentent la forme d'une association d'utilité publique sans but lucratif et qui ne possèdent donc pas de capital social ; cette solution – critiquée – a été suivie dans l'affaire du *Centre hospitalier de Sébutal*, à l'occasion de laquelle la Cour a considéré que des sociétaires privés au sein d'une association sans but lucratif (en l'occurrence une association réunissant des usagers d'un hôpital) peuvent, sur le plan des principes, poursuivre des activités privées sur le marché concurrentiel (605).

271. Impossibilité initiale de pluri-contrôles sur le pouvoir adjudicateur qui exerce lui-même le contrôle analogue. Le fait de lier la caractérisation du contrôle analogue à l'existence d'un lien organique entre le pouvoir adjudicateur et l'entité a soulevé une difficulté

(602) CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, *Rec.*, p. I-1 ; G. Eckert, *Contrats et Marchés publics*, 2005, comm. 85 ; C. Maugüe, *BJCP*, 2005, n° 40, p. 180.

(603) L'article 12 de la directive 2014/24 ne procède pas à une reprise à l'identique de la jurisprudence antérieure et admet que, pour être éligible à la coopération public-public, « la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ».

(604) CJCE, 10 septembre 2009, *Sea SLR c. Comune di Ponte Nossa*, *op. cit.*

(605) CJUE, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, *SUCH c. Eurest*, aff. C-574/12, pt 36 : « l'une des raisons qui ont amené la Cour aux conclusions établies dans l'arrêt *Stadt Halle* était fondée non pas sur la forme juridique des entités privées faisant partie de l'entité attributaire ni sur le but commercial de ces dernières, mais sur le fait que ces entités privées obéissaient à des considérations propres à leurs intérêts privés, qui étaient de nature différente de celle des objectifs d'intérêt public poursuivis par le pouvoir adjudicateur ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur conclut un contrat avec une société qui est elle-même contrôlée par des autorités publiques qui contrôlent le pouvoir adjudicateur. C'est là le cas de figure du *in house* « en chaîne ». Cette question a été soulevée dans l'affaire *Technische Universität Hamburg-Harburg* (606), qui mettait en cause un contrat, attribué sans publicité ni concurrence, entre une Université et une société de service informatique, elle-même contrôlée par l'État fédéral allemand et par les seize *Länder* allemands (dont celui de Hambourg, qui exerce la tutelle sur l'Université). En considérant, en cohérence avec sa jurisprudence antérieure, que le contrôle analogue nécessite l'exercice de prérogatives de contrôle et d'un lien particulier entre l'entité et le pouvoir adjudicateur, la Cour conclut en l'occurrence à l'inexistence d'un tel contrôle et exclut l'exception *in house*. Cette solution, rigoureuse pour les schémas de coopération en réseau, a vocation à évoluer avec la transposition des directives, qui assouplissent à la marge le régime du *in house*.

2) *Le critère lié à l'essentiel des activités*

272. Signification. Le second critère, qui présente un caractère matériel, consiste à apprécier si l'essentiel de l'activité de l'entité est réalisé avec le (ou les) détenteur(s) du contrôle. Il s'agit là d'une appréciation du lien fonctionnel qui s'établit entre le pouvoir adjudicateur et l'organisme qui a été spécifiquement créé. Lorsqu'un organisme agit pour l'essentiel auprès de l'autorité publique qui le contrôle, le rapport qui lie les deux entités légitime les prestations de services que l'une fournit à l'autre, à l'image d'un service interne agissant pour son institution. De ce fait, il apparaît justifié qu'il échappe aux contraintes de la directive, celles-ci étant dictées par le souci de préserver une concurrence qui n'a, en ce cas, plus lieu d'être. La finalité de ce critère est de garantir que le droit de l'Union en matière de marchés publics demeure applicable dans le cas où une entreprise contrôlée par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs est active sur le marché et, par voie de conséquence, susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres entreprises (607).

(606) CJUE, 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, aff. C-15/23, ECLI:EU:C:2014:303 ; I. Biaciu et D. Drago, « Horizontal In-House Transactions *vs*. Vertical In-House Transactions and Public-Public Cooperation », *EPPPL*, 2015/4, pp. 254-272.

(607) SEC (2011) 1169 final, Document de travail de la Commission sur la coopération public-public, *op. cit.*, pt 12.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

273. Mise en œuvre. La détermination en jurisprudence de ce critère fut plus tardive et on peut faire remonter une première recherche de systématisation dans les conclusions de l'Avocat général Stix-Hackl dans l'affaire *Cabotermo* en 2006. Tel qu'il est conçu, ce critère présente un intérêt toutes les fois où l'entité contrôlée fournit des prestations à des tiers, que la personne publique actionnaire aurait généralement dû fournir. En pratique, cela concerne surtout les services d'intérêt général et donc les municipalités qui ont, vis-à-vis de certaines personnes, l'obligation de fournir certaines prestations. Doivent être prises en considération les activités effectives, et non pas les activités possibles d'après la loi ou les statuts de la société, ni même les activités auxquelles l'entité contrôlée est obligée (608). Les activités dont il convient de tenir compte sont toutes celles que l'entité *in house* réalise dans le cadre d'un marché attribué par le pouvoir adjudicateur. Cette considération s'applique quelle que soit l'identité du bénéficiaire (qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur lui-même ou de l'utilisateur des services), de l'entité qui paie l'adjudicataire (qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur ou de tiers utilisateurs des services) ou du territoire sur lequel ces services sont fournis.

274. Seuil quantitatif. Jusqu'à l'adoption des directives en 2014, la détermination de ce critère était associée à la définition d'un seuil quantitatif susceptible de caractériser le lien fonctionnel. À l'inverse des conclusions de l'Avocat général, la Cour, dans l'affaire *Cabotermo*, avait jugé que le seuil de 80 % du chiffre d'affaires, pourtant mentionné dans la directive services spéciaux pour admettre l'exclusion de celle-ci à des marchés attribués à des entreprises affiliées aux entités adjudicatrices, ne pouvait être utilisé comme référence dans le cadre de la directive générale sur les marchés publics (609). L'appréciation de ce seuil est désormais plus claire. En effet, les directives établissent que plus de 80 % des activités de la personne contrôlée doivent être destinées au pouvoir adjudicateur qui contrôle. En d'autres termes, une entité est présumée réaliser l'essentiel des activités dans la mesure où 80 % de son activité, exprimée en chiffre d'affaires, est réalisée avec le pouvoir adjudicateur, le reste pouvant être consacré à des activités auprès de

(608) Conclusions de l'Avocat général Stix-Hackl, aff. C-340/04, présentées le 12 janvier 2006, pt 80.

(609) CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei*, aff. C-340/04, *op. cit.*, pt 55.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

tiers, accessoires et complémentaires à l'activité principale de service public ou d'intérêt général (610).

C. *Le périmètre de l'exception*

L'arrêt de principe *Teckal*, à l'origine de la jurisprudence subséquente sur le *in house*, n'a envisagé cette exception que dans le cadre d'une relation verticale avec un seul pouvoir adjudicateur de contrôle (1). Elle a été ultérieurement étendue, par l'arrêt *Coditel*, aux relations dites conjointes, impliquant le contrôle de plusieurs pouvoirs adjudicateurs (2).

1) *Le* in house *vertical*

275. *In house* descendant. Le schéma le plus classique dans lequel l'exception d'opération d'intégration a vocation à s'appliquer est celui de la relation unilatérale descendante. Dans ce cas de figure, seules deux parties sont identifiées – le pouvoir adjudicateur et l'entité dédiée – et le contrôle s'exerce de manière descendante (le premier contrôle le second). C'est par exemple le cas lorsqu'une société qui, bien que dotée de la personnalité juridique, d'une autonomie d'entreprise et de ses propres statuts, dispose de capitaux entièrement publics et voit ses objectifs définis par l'administration. Tel est, par exemple, le cas des « entreprises spéciales » en droit italien, prévues par la loi portant organisation des autonomies locales (611). Ou encore, en présence d'un contrat conclu entre la ville de Paris et l'Office public d'aménagement et de construction (OPAC). Le bail emphytéotique passé entre la ville de Paris et l'OPAC, par lequel la ville de Paris a transféré à l'OPAC des immeubles lui appartenant et destinés à être loués par l'OPAC, à usage d'habitation, à un prix inférieur au prix du marché, n'a pas à être précédé d'une mise en concurrence, dès lors que la ville de Paris (conjointement avec l'État) exerce sur l'OPAC un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que les prestations de l'OPAC sont rendues essentiellement au bénéfice des collectivités publiques qui le contrôlent (612).

(610) Directive 2014/24, art. 12.1, b).

(611) CJCE, ord., 10 avril 2008, *Termoraggi Spa c. Comune di Monsa*, aff. C-323/07, ECLI:EU:C:2008:219.

(612) CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville de Paris*, n° 07PA02380, *Dr. adm.* 2009, comm. 113 ; *Contrats et Marchés publics*, 2009, comm. 306.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

276. Sociétés publiques locales. En France, la création des sociétés publiques locales (SPL) par la loi du 28 mai 2010 a été présentée comme la traduction du *in house* par la création d'une forme sociétale dédiée. L'article 1er de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, dont les dispositions ont été codifiées à l'article L.1531-1 du Code général des collectivités territoriales, permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements de créer des SPL dont ils détiennent la totalité du capital. Une circulaire en date du 29 avril 2011 est venue apporter des précisions sur le régime juridique applicable aux SPL (613). Par dérogation à l'article L.225-1 du livre II du Code de commerce, ces sociétés qui revêtent la forme de société anonyme sont composées d'au moins deux actionnaires. À la différence des sociétés d'économie mixte locales (SEML), les SPL peuvent se voir attribuer des marchés publics ou des concessions sans publicité ni mise en concurrence. Leurs activités restent exonérées de toute mise en concurrence préalable dès lors, d'une part, que les collectivités territoriales actionnaires détiennent la totalité de leur capital, c'est-à-dire qu'elles exercent un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, et d'autre part, que ces sociétés exercent « leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales » (art. L.1531-1 du Code général des collectivités territoriales) (614). Créées sur le modèle précédent des sociétés publiques d'aménagement, leur champ d'intervention est large et recouvre globalement celui des SEML : opérations d'aménagement au sens de l'article L.300-1 du Code de l'urbanisme, opérations de construction, ou exploitation de services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général. Cependant, si les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer des SPL dans des secteurs variés, elles ne peuvent le faire que dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi. Les SPL n'ont, en outre, pas vocation à exercer des fonctions de support comme la gestion des ressources

(613) Circulaire du 29 avril 2011 (NOR COTB1108052C) du ministre délégué auprès du ministre de l'Intérieur chargé des collectivités territoriales. Sur les SPL, parmi une littérature abondante, voy. le n° spécial de la revue *Contrats publics*, « Les sociétés publiques locales : bilan et perspectives », 04/2013, n° 131 ; P. Meunier *e.a.*, *Les sociétés publiques locales*, coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2016.

(614) Au départ, les actionnaires d'une SPLA devaient être au moins sept en raison de sa nature de société anonyme La loi du 28 mai 2010 a autorisé par dérogation au droit commun des sociétés anonymes la constitution des SPLA et SPI avec seulement deux actionnaires.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

humaines, la gestion budgétaire ou encore des expertises juridiques ou d'assistance technique pour le compte des collectivités qui les contrôlent.

277. *In house* ascendant. Ce cas de figure peut être renversé pour admettre l'hypothèse d'un contrôle unilatéral ascendant. Il s'agit là d'une hypothèse où l'entité contrôlée est elle-même un pouvoir adjudicateur, ce qui lui permet de conclure des marchés avec le pouvoir adjudicateur qui la contrôle. Ce cas de figure permet d'envisager une coopération entre deux pouvoirs adjudicateurs, permettant à l'un qui contrôle l'autre de solliciter une prestation. Tel peut être le cas d'un groupement de collectivités qui souhaite conclure, pour satisfaire ses besoins, un marché avec l'un de ses membres (615). On peut aussi envisager cette situation dans une société *holding* : au sein d'un même groupe, constitué en *holding*, les sociétés peuvent passer des contrats avec la société qui les contrôle.

2) *Le* in house *et l'exercice d'un contrôle conjoint*

278. Arrêt *Coditel*. L'apport essentiel de l'arrêt *Coditel Brabant* (616) est d'avoir admis la possibilité que le *in house* puisse se déployer dans le cadre d'une pluralité de personnes publiques exerçant le contrôle sur l'entité. En d'autres termes, la condition de « contrôle analogue » peut être remplie lorsque le capital de la société éligible au *in house* est détenu non pas par une, mais par plusieurs collectivités publiques. De manière très claire, la Cour a ainsi souligné qu'il « importe que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire soit effectif, mais il n'est pas indispensable qu'il soit individuel », car exiger « que le contrôle exercé par une autorité publique en pareil cas soit individuel aurait pour effet d'imposer une mise en concurrence dans la plupart des cas où une autorité publique entendrait s'affilier à un groupement composé d'autres autorités publiques, tel qu'une société coopérative intercommunale ». Par cette jurispru-

(615) F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Interrogations à propos du *in house* "ascendant" », *Contrats et Marchés publics*, 2014, n°s 8-9, repère 8.

(616) CJUE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, *op. cit.*, pts 46 et 47. Dans cette affaire, la Cour a admis qu'un contrat passé par une collectivité locale (en l'occurrence la commune d'Uccle à Bruxelles) avec une société intercommunale en Belgique, dont elle est membre, ne relève pas du champ d'application des directives en raison de la nature intégrée des prestations fournies. Il faut y voir la première application de l'exception *in house* à une prestation de service réalisée par un organisme dédié dans le cadre d'une coopération entre collectivités.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

dence, la Cour a ainsi ouvert la voie à ce qu'il est convenu d'appeler le contrôle conjoint, qui sera confirmé dans l'arrêt *Sea* (617).

279. Détermination de la réalité du contrôle conjoint. L'hypothèse du contrôle conjoint dans l'exercice du contrôle *in house* s'accompagne d'une série de spécificités :

– tout d'abord s'est posée dans la jurisprudence la question de l'égalité des entités publiques qui exercent le contrôle. La logique du contrôle analogue suppose que le contrôle soit conjointement assuré par plusieurs autorités publiques, sans qu'il soit indispensable que ce contrôle soit exercé individuellement par chacune d'elles. Mais faut-il, pour autant, que chaque collectivité soit placée au même niveau dans l'exercice du contrôle ? La problématique rejoint l'affaire *Econord Spa* (618), dans laquelle était en cause l'attribution d'un marché de propreté urbaine à une société anonyme (de droit italien) contrôlée intégralement par des communes, mais avec un degré variable de participation (une commune étant à elle seule majoritaire). Dans son arrêt, la Cour envisage une réponse équilibrée à cette difficulté : s'il n'est certes pas indispensable que chacune des autorités « détienne, à elle seule, un pouvoir de contrôle individuel sur cette entité, il n'en demeure pas moins que le contrôle exercé sur celle-ci ne saurait reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l'autorité publique détenant une participation majoritaire dans le capital de l'entité concernée et ce sous peine de vider de son sens la notion même de contrôle conjoint » (619) ;
– dès lors, la position d'un pouvoir adjudicateur au sein d'une entité détenue en commun ne lui assurant pas la moindre possibilité de participation au contrôle de cette entité fait courir le risque d'un contournement de l'application des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ou de concessions de services, dans la mesure où une affiliation purement formelle à une telle entité dispenserait ce pouvoir adjudicateur de l'obligation d'engager une procédure d'appel d'offres alors même qu'il n'exercerait aucun contrôle analogue. Une telle compréhension du contrôle analogue a pour conséquence, pour les collectivités, de veiller à la nature de l'accord qu'elles concluent entre elles pour admettre un contrôle

(617) CJCE, 10 septembre 2009, *Sea c. Comune di Ponte Nossa*, aff. C-573/07, *op. cit.*, pt 46.
(618) CJUE, 29 novembre 2012, *Econord Spa c. Comune di Cagno* (C-182/11), *Comune di Varese*, *Comune di Solbiate* (C-183/11), ECLI:EU:C:2012:758. A. See, *Contrats-concurrence-consommation*, comm. 38 ; D. Simon, *Europe*, 2013, obs. 33 ; *RTDE*, 2013, note. A.-L. Durviaux.
(619) *Ibid.*, pt 14.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

conjoint. Le pacte d'actionnaires qu'elles seraient susceptibles de conclure suppose d'admettre à chaque collectivité le droit d'être consultée, de nommer un membre du conseil d'administration de l'entité contrôlée ou encore d'avoir la possibilité d'influencer sa gestion ;

– s'agissant de la condition relative à l'essentiel de l'activité, celle-ci peut être satisfaite, dans le cadre d'un contrôle conjoint, si l'entité effectue l'essentiel de son activité avec les pouvoirs adjudicateurs pris dans leur ensemble. L'activité à prendre en compte dans le cas d'une entreprise détenue par plusieurs collectivités est celle que cette entreprise réalise avec l'ensemble de ces mêmes collectivités (620).

D. *L'extension de la logique du* in house *: l'exception d'intercommunalité*

280. Apport de l'arrêt *Ville de Hambourg*. Dans son arrêt *Ville de Hambourg* (621), la Cour a accepté qu'une coopération public-public puisse s'établir en dehors de la situation où des entités *in house* sont contrôlées conjointement. La Cour était saisie par la Commission d'un recours en manquement visant à faire constater que la conclusion, sans publicité ni appel à la concurrence, d'un contrat entre les services de voirie de la ville de Hambourg et quatre communes de sa périphérie, pour mutualiser le traitement des déchets, méconnaissait la directive 2004/18 et les principes fondamentaux de la commande publique. Dans son raisonnement, la Cour, constatant préalablement que la situation ne relève pas de l'hypothèse de l'arrêt *Teckal* en l'absence d'entité juridiquement distincte, fonde une nouvelle exception liée à la coopération entre personnes publiques. Il apparaît « que le contrat litigieux instaure une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières, à savoir l'élimination de déchets ». Un tel contrat doit être conçu comme « l'aboutissement d'une démarche de coopération intercommunale entre les parties et constitue tant le fondement que le cadre juridique pour la construction et l'exploitation futures d'une installation destinée à l'accomplissement d'un service public, à savoir la valorisation thermique des déchets » (622). Dans

(620) CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei*, aff. C-340/04, *op. cit.*, pts 70 et 71.

(621) CJCE (gr. ch.), 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-480/06, *Rec.*, p. I-04747.

(622) *Ibid.*, pts 38 et 44.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

cette affaire, la reconnaissance d'un nouveau fondement à la coopération est d'autant plus singulière qu'elle s'écarte des conclusions de l'Avocat général Ján Mazák, qui, fidèle à une lecture classique des directives marchés sur le fondement de la libre prestation de services, concluait à l'incompatibilité du contrat conclu (623).

281. Systématisation des critères. Le nouveau fondement dégagé par la Cour va ouvrir la voie à plusieurs qualifications : « exception d'intercommunalité », « coopération non institutionnalisée » ou « horizontale ». Mais l'admission de cette exception demeure restrictive. Consécutivement à la décision *Ville de Hambourg*, on ne trouve guère dans la jurisprudence de concrétisation de l'exception. Les conditions pour recourir à celle-ci seront systématisées avec l'arrêt *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, qui pose cinq critères cumulatifs :

– les contrats doivent instituer une coopération entre des entités publiques, la qualification d'entité supposant de caractériser une appartenance dans le domaine public, que l'entité soit de droit public ou privé (624) ;
– la coopération instituée doit avoir pour objet d'assurer la mise en œuvre de tâches d'intérêt public qui sont communes aux entités publiques ;
– les contrats de coopération ne prévoient pas la participation d'une partie privée ;
– aucun prestataire privé n'est placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents ;
– la coopération instituée entre les entités publiques doit être uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public.

§ 2. – *La systématisation de l'exception public-public par les directives marchés et concession*

282. Un des enjeux de la négociation du paquet législatif adopté en 2014 a été d'intégrer les exceptions qui viennent d'être présentées dans le droit dérivé. Deux arguments ont été essentiellement

(623) Conclusions de l'Avocat général J. Mazák, présentées le 19 février 2009, aff. C-480/06.
(624) Conclusions de l'Avocat général P. Mengozzi, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg*, présentées le 23 janvier 2014, pt 54.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

mobilisés pour justifier l'intégration des critères prétoriens (625). Tout d'abord, un discours général sur la nécessité de renforcer la sécurité juridique a été largement véhiculé. C'est là un leitmotiv des directives marchés, et surtout de la directive concession, dont la révision ou l'adoption ont été conçues pour remédier à une « insécurité juridique » (626). Par ailleurs, il s'est agi de mieux reconnaître la marge de manœuvre des collectivités. À leur échelle, la jurisprudence de la Cour relative au *in house* a souvent été perçue comme un nouveau fondement pour mettre les conceptions nationales de la coopération entre autorités publiques et légitimer des dispositifs existants (627). Ces données expliquent que la codification des critères prétoriens par les directives n'est pas une reprise à l'identique ; la négociation des directives a été l'occasion d'introduire, à la marge, des assouplissements pour élargir le recours aux différentes formes de coopération public-public. On peut y voir une tendance à l'éclatement de la catégorie du *in house* (628), qui se vérifie à la fois pour les critères du contrôle analogue et de l'essentiel des activités (A), et pour l'admission de la coopération intercommunale (B).

A. *Un assouplissement marginal des critères prétoriens du* in house

Les trois directives 2014/23 (concessions) (629), 2014/24 (travaux, services, fournitures) (630) et 2014/25 (marchés en réseau) (631) établissent la même codification des critères prétoriens, à la fois pour le *in house* unilatéral (1) et pour le *in house* conjoint (2). Ces codifications ont été reprises en droit interne.

(625) St. de La Rosa, « Enjeux et négociation de la directive n° 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession », *JCP Adm. et Coll.*, n°s 18-19, mai 2014, p. 2136.

(626) Formulation employée par le considérant (1) de la directive 2014/23 relative à l'attribution des contrats de concession.

(627) En ce sens, L. Richer, *La concession en débat*, coll. Systèmes, Paris, LGDJ, 2014, qui souligne que le *in house* est venu au soutien « d'une tradition de protection de la sphère publique contre l'immixtion d'une concurrence perçue comme entrave à la bonne administration » (p. 51).

(628) Ainsi que le souligne justement Michaël Karpenschif, la codification a favorisé un éclatement de la notion, initialement unitaire, de *in house* ; voy. M. Karpenschif, « Du "*in house*" aux "*in house*" après la directive concession ? », *Contrats Publics*, mars 2014 ; également, St. Braconnier, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA*, 2014, p. 832.

(629) Directive 2014/23, art. 17.

(630) Directive 2014/24, art. 12.

(631) Directive 2014/25, art. 28.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

1) In house *unilatéral*

283. *In house* unilatéral. Les critères du contrôle analogue et celui lié à l'essentiel des activités ont été systématisés comme suit par les directives (632) :

> « Un marché public attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale régie par le droit privé ou le droit public ne relève pas du champ d'application de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :
>
> a) le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
>
> b) plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ;
>
> c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.
>
> Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, au sens du premier alinéa, point a), s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur ».

284. *In house* ascendant. Le contrôle peut être envisagé de manière inversée, à savoir entre l'entité qui exécute le marché, elle-même pouvoir adjudicateur, qui contrôle le pouvoir adjudicateur au titre du contrat. Tel est le sens de l'article 12, § 2, de la directive 2014/24, lequel prévoit l'exception *in house* « lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un

(632) Directive 2014/23, art. 17, § 1 ; directive 2014/24, art. 12, § 1 ; directive 2014/25, art. 28, § 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

marché au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, ou à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le marché public ne comporte pas de participation directe de capitaux privées, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée » (633).

285. Appréciation. Cette codification se caractérise par un léger assouplissement des critères fixés par la Cour. En effet :

– Le critère du contrôle analogue est précisé dans le sens de la jurisprudence (contrôle sur les objectifs stratégiques), tout en ouvrant la possibilité que la personne morale contrôlée contienne des capitaux privés qui ne sont pas des capitaux de blocage. Mais le bénéfice de cette ouverture pour admettre l'éligibilité de certaines SEM au *in house* demeure incertain. D'un point de vue pratique, cette hypothèse pourrait permettre d'admettre certains montages complexes, dans lesquels la participation privée au sein d'une SEM se situerait à son seuil plancher (en France, de 15 % en vertu de l'article L.1522-2 du Code général des collectivités territoriales), tout en veillant à ce que les statuts de celle-ci excluent la faculté de blocage du ou des actionnaires minoritaires, quitte à ce qu'ils ne soient pas représentés dans les organes de direction (634).

Tel pourrait être le cas des « sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux » au sens, en France, de l'article L.481-1 du Code de la construction et de l'habitation. Ces sociétés, qui doivent être agréées, sont soumises à un contrôle de l'État par l'intermédiaire de l'Agence nationale de contrôle du logement social. Le capital de ces SEM peut être constitué des apports du département ou de la commune, à la hauteur de 65 % (art. L.312-4 du même code), d'apports d'organismes de HLM ou encore d'apports de locataires.

– Le critère tiré de l'activité peut désormais être apprécié au regard du seuil quantitatif de 80 %. C'est là la fin du débat qui avait été

(633) *Ibid.*, art. 17, § 2, art. 12, § 2 ; art. 28, § 2.

(634) En ce sens, St. Braconnier, K. Holterbach et N. Armbruster, « Transposition de la directive marchés publics du 26 février 2014 : du nouveau pour les SEM ? », *Contrats et Marchés publics*, juillet 2015, n° 7 ; également St. Braconnier, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

ouvert dans l'affaire *Cabotermo* en 2006. Objet d'intenses discussions – la Commission proposait initialement un seuil de 90 %, tandis que le Parlement défendait celui de 80 % –, ce seuil permet à la personne morale contrôlée de développer des activités complémentaires sur le marché concurrentiel, en s'appuyant sur activité au cours des trois années précédentes (635). On peut voir dans ce critère le signe d'une plus grande « tolérance marchande », en ce qu'il permet à des entités contrôlées d'utiliser sur le marché concurrentiel des ressources sous-exploitées dans le cadre de leur coopération principale (636). Il peut favoriser une meilleure viabilité financière des montages de prestations intégrées.

2) In house *conjoint*

286. Reconnaissance. Les directives établissent une codification de la jurisprudence *Coditel*, qui renvoie à l'exercice en commun d'un contrôle analogue sur l'entité (637). En ce sens,

> « Un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale régie par le droit privé ou le droit public au sens du paragraphe 1 peut néanmoins attribuer un marché public à cette personne morale sans appliquer la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :
>
> a) le pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale concernée, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ;
>
> b) plus de 80 % des activités de cette personne morale sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs ;
>
> c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de

(635) En France, l'article 17, § 4, de l'ordonnance relative aux marchés publics précise en effet que le pourcentage de 80 % est déterminé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du marché public. Lorsque ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, le pourcentage d'activités est déterminé sur la base d'une estimation vraisemblable.

(636) F. Martucci, « Les concessions entre entités dans le secteur public : la codification de la jurisprudence relative aux coopérations public-public », *op. cit.*

(637) Directive 2014/23, art. 17, § 3 ; directive 2014/24, art. 12, § 3 ; directive 2014/25, art. 28, § 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Aux fins du premier alinéa, point a), les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

i) les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;

ii) ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ; et

iii) la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ».

287. Appréciation. Cette codification intègre les solutions dégagées dans les arrêts *Sea* et *Econord*, suivant lesquelles le contrôle conjoint suppose que soit établie la réalité d'un pluri-contrôle de la part de plusieurs pouvoirs adjudicateurs, ce qui implique qu'ils soient tous représentés au sein de l'organe de décision de l'entité. Le cas de figure d'une coopération conjointe mais déséquilibrée entre les pouvoirs adjudicateurs au point d'en exclure certains de la gestion de l'entité n'est donc pas possible. Tel a été également le raisonnement suivi par le Conseil d'État dans son arrêt *Commune de Marsannay-la-Côte*, qui exclut la qualification de contrôle analogue en présence d'une société publique locale d'aménagement (dans l'agglomération de Dijon) en présence d'une commune qui n'a pas de voix délibérative au sein du conseil d'administration de ladite société (638).

3) *Mise en œuvre dans les droits nationaux*

288. Reconnaissance législative préalable. Certains États, avant même que les directives adoptées en 2014 ne procèdent à la codification de cette exception, avaient intégré dans leur Code des marchés

(638) CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

les critères dégagés par la Cour depuis l'arrêt *Teckal*. C'est le cas du Portugal (639) ou encore celui de l'Italie (640).

289. Adaptation prétorienne. En France, dans un premier temps, la jurisprudence du Conseil d'État a associé la mise en œuvre des critères du *in house* à l'absence « d'opérateur sur un marché concurrentiel ». L'entité contrôlée ne pouvant être assimilée à une entreprise, ou plus largement à un cocontractant agissant sur le marché, l'existence d'un marché public ne saurait être établie. Tel a, par exemple, été le raisonnement suivi dans l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* (641), mettant en cause l'existence d'un marché entre la ville et l'association en charge de la gestion du festival d'art lyrique, ou encore dans l'arrêt *SNIIS* (642), au sujet de la qualification d'un groupement d'intérêt public créé en application de l'article L.6134-1 du Code de la santé publique.

290. Ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016. Tant l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics que l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux

(639) La directive 2004/18 a été transposée dans l'ordre juridique portugais par le Code des marchés publics, approuvé par le décret-loi n° 18/2008. Faisant application de la jurisprudence de la Cour, l'article 5, § 2, de ce code prévoit son inapplication dès lors que : a) le pouvoir adjudicateur exerce sur l'activité d'une entité, isolément ou avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ; et b) cette entité réalise l'essentiel de son activité au bénéfice d'un ou de plusieurs pouvoirs adjudicateurs qui exercent sur elle le contrôle analogue.

(640) En Italie, la loi du 24 novembre 2003 sur l'organisation des entités locales prévoit qu'une prestation de services peut être confiée à des sociétés à capital entièrement public à condition que la ou les collectivités publiques titulaires du capital social exercent sur la société un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services et que la société réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités publiques qui la contrôlent.

(641) CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736.

(642) CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé* (SNIIS), n° 300481 ; « les collectivités publiques peuvent recourir à leurs propres moyens, pour assurer, dans le cadre de leurs compétences, les prestations répondant à leurs besoins ; qu'elles ne sont pas tenues de faire appel à des tiers, en particulier à des entreprises, en passant avec eux des marchés publics ; que, si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, un tel organisme ne pouvant en effet être regardé, alors, comme un opérateur sur un marché concurrentiel ; que cet organisme peut notamment prendre la forme d'un groupement d'intérêt public créé en application des dispositions de l'article L.6134-1 du Code de la santé publique en vue d'assurer certaines prestations répondant aux besoins de ses membres ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

contrats de concession reprennent intégralement le contenu des directives. Si les critères de l'exception public-public sont parfaitement les mêmes dans les directives et les ordonnances, force est toutefois de reconnaître qu'elles diffèrent dans la formulation retenue. Tandis que les directives rassemblent l'ensemble des exceptions derrière une qualification globalement neutre (marchés (ou concessions) passés entre entités appartenant au secteur public), les secondes privilégient l'expression « d'exclusions applicables aux relations internes au secteur public ». Cette formulation renvoie à des hypothèses distinctes : la quasi-régie, la coopération entre pouvoirs adjudicateurs, ainsi que les marchés attribués à une entreprise liée ou à une coentreprise par une entité adjudicatrice.

B. *Les critères de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs*

291. Simplification. De la même manière qu'elles procèdent à une codification des critères des prestations intégrées, les directives reconnaissent également l'exception issue de la jurisprudence *Ville de Hambourg* (643). Elles prévoient, en ce sens, que :

> « Un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :
>
> a) le marché établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ;
>
> b) la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ; et
>
> c) les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération ».

292. Mise en œuvre. En tout état de cause, la portée de cette exception dépend essentiellement du cadre juridique dans lequel s'inscrit, dans chaque État, la coopération intercommunale. Ainsi, dans l'hypothèse où une compétence liée à une mission de service public a été transférée à un établissement – tel qu'un EPCI –, l'hypothèse « Ville

(643) Directive 2014/23, art. 17, § 4 ; directive 2014/24, art. 12, § 4 ; directive 2014/25, art. 28, § 4.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de Hambourg » n'est pas opératoire car il n'y a alors pas de contrat entre les collectivités. Elle trouve un intérêt en présence de conventions d'entente ou de groupements d'intérêt public en dehors d'un transfert de compétences.

293. Exemple. Ce cas de figure peut trouver à s'appliquer dans le champ de l'article L.5221-1 du Code général des collectivités territoriales (644). Sur ce fondement, une commune peut confier à la communauté d'agglomération le service public de la distribution d'eau sur son territoire, dès lors que l'entente tend à l'exploitation d'un même service public, en continuité géographique, sur l'ensemble du territoire couvert par les deux personnes publiques (645).

§ 3. – *La coopération public-public dans le cadre des activités en réseau*

294. Identification. Les articles 29 et 30 de la directive 2014/25 relative aux secteurs spéciaux établissent deux exceptions au champ d'application à la réglementation des marchés publics qui sont spécifiques aux activités en réseau : l'entreprise liée (A) et la coentreprise (B). Ces deux exceptions peuvent être mises en parallèle avec l'exception plus générale de la coopération public-public car elles renvoient à des cas de figure où il existe une relation de forte imbrication entre une entité (en l'occurrence l'entité adjudicatrice) et un opérateur. Elles suivent ainsi la prémisse liée à l'absence de contrats. Mais elles ne peuvent pas être assimilées, dans la mesure où les hypothèses propres aux secteurs spéciaux renvoient à l'existence de liens capitalistiques entre des sociétés qui ne sont pas conçues comme des organismes « sous contrôle » au sens de l'arrêt *Teckal*.

(644) Deux ou plusieurs conseils municipaux, organes délibérants d'établissements publics de coopération intercommunale ou de syndicats mixtes peuvent provoquer entre eux, par l'entremise de leurs maires ou présidents, une entente sur les objets d'utilité communale ou intercommunale compris dans leurs attributions et qui intéressent à la fois leurs communes, leurs établissements publics de coopération intercommunale ou leurs syndicats mixtes respectifs. Ils peuvent passer entre eux des conventions à l'effet d'entreprendre ou de conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune.

(645) CE, 3 février 2012, *Commune Veyrier-du-Lac*, n° 353737 ; *Dr. adm.*, 2012, comm. 33. Dans cette affaire, la communauté d'agglomération d'Annecy avait conclu avec la commune de Veyrier-du-Lac, non-membre de la communauté, une entente au sens de l'article L.5221-1 du Code général des collectivités territoriales, aux termes de laquelle la communauté d'agglomération d'Annecy assurait, en régie, le service public de l'eau potable pour le compte de la commune. Le contrat n'ayant pas été mis en concurrence, la Lyonnaise des eaux, évincée du contrat, avait attaqué la procédure.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

A. *L'entreprise liée*

295. Définition. Applicable aux secteurs spéciaux, l'entreprise liée est caractérisée lorsqu'il existe un rapport d'influence dominante, direct ou indirect, entre l'entité adjudicatrice et une entreprise. Cette exclusion spécifique trouve sa justification dans le fait que de nombreuses entités adjudicatrices sont organisées sous la forme de groupement économique ou de *holding*, qui comportent une série d'entreprises distinctes qui interviennent à un stade précis de l'activité économique du réseau.

296. Critères. Le droit de l'Union pose des critères qui permettent d'établir le degré d'influence et, partant, d'exclure l'application de la réglementation aux relations entre l'entité adjudicatrice et l'entreprise liée. L'article 29 de la directive 2014/25 définit comme entreprise liée toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice. Pour définir les comptes consolidés, la directive s'appuie sur la directive 2013/34 qui harmonise certaines règles comptables applicables aux sociétés, ou, si celle-ci ne s'applique pas compte tenu de la nature juridique de l'entité (646), l'identification de l'entreprise liée repose sur trois critères cumulatifs qui établissent que ladite entreprise est :

– susceptible d'être directement ou indirectement soumise à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice ;
– susceptible d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice ; ou
– de même que l'entité adjudicatrice, soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

Dans le cas où une entreprise liée est caractérisée, les marchés conclus entre l'entité adjudicatrice et la filiale sur laquelle elle exerce une influence dominante ne sont pas soumis aux exigences de la directive sur les secteurs spéciaux. Qu'il s'agisse de marchés de travaux, de services ou de fournitures, il faut que 80 % au moins du chiffre

(646) La directive 2013/34 s'applique en effet uniquement aux sociétés commerciales, de capitaux comme de personnes. En France, elle s'applique ainsi, pour les sociétés de capitaux, à la SA, société en commandite par actions, SARL, société par actions simplifiée, pour les sociétés de personnes, société en nom collectif et société en commandite simple. En Allemagne : die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ; die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

d'affaires moyen total que l'entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années provienne de la prestation de services au sein du groupe (donc auprès de l'entité adjudicatrice ou d'autres filiales du groupe). Cette exigence est reprise dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 (art. 19). Si l'entreprise liée a été créée récemment, elle doit être en mesure de démontrer, sur la base de projections d'activités, qu'il est vraisemblable qu'elle atteindra ce seuil.

On sera en présence d'une entreprise liée lorsqu'une société de droit privé opérateur d'infrastructure (par exemple gestionnaire de port, d'aéroport) filialise une partie de ses activités (maintenance, cabotage, sécurité) au sein d'un même groupe (ce qui suppose que ladite société, entité adjudicatrice, soit la société mère qui délègue à une partie de ses filiales).

B. *La coentreprise*

297. Définition. Suivant une logique similaire à celle de l'entreprise liée, l'article 30 de la directive 2014/25 exclut son application aux marchés attribués à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise. La coentreprise est conçue comme un groupement d'entités adjudicatrices qui, pendant une période d'au moins trois ans, font partie d'un même groupement. Cette hypothèse est intégrée à l'article 20 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

298. Exemple. Ce cas de figure, qui demeure peu utilisé, permet d'envisager des accords ou *joint ventures* entre une entité adjudicatrice et une autre entreprise afin de partager des investissements ou des risques. S'agissant de la forme sociale, la coentreprise peut prendre la forme d'un groupement d'intérêt économique (GIE) ou d'une société en participation régie par les articles 1871 à 1873 du Code civil.

Section 2. – Les exclusions liées à l'absence de contrat à titre onéreux

299. Absence des caractéristiques usuelles du contrat ou contrat spécifique. Outre l'exception générale « public-public », les directives établissent un ensemble d'hypothèses dans lesquelles leur application est exclue du fait que l'objet caractérisé ne peut être assimilé

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

à un contrat. L'identification de ces exclusions est sûrement redondante, du fait que, dans ces cas de figure, les critères des marchés publics (notamment le critère tiré d'une relation à titre onéreux) ou des concessions (l'existence d'un risque pour le concessionnaire) ne peuvent être établis. Tel est d'ailleurs le sens de l'article 7 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui les exclut au titre de la qualification même du marché (647). Mais leur spécification participe d'une volonté de les isoler, pour singulariser leur importance. Entrent dans cette catégorie les exceptions liées à la qualification de contrat de travail (§ 1), à l'attribution d'une subvention (qui remet en cause le caractère onéreux du contrat) (§ 2) ou encore à l'existence d'un droit exclusif (§ 3).

§ 1. – *Les contrats de travail*

300. Identification. Les « contrats d'emploi » sont exclus par la directive 2014/24 au titre des exclusions spécifiques pour les prestations de services visées à son article 10. Il s'agit d'une exclusion qui s'inscrit en cohérence avec les dispositions précédentes de l'article 3 du Code des marchés publics et qui renvoie au fait qu'un contrat de travail ne peut être assimilé, sur le plan de la qualification juridique, à un marché public. Encore faut-il, pour autant, que le contrat en cause réponde aux caractéristiques d'un contrat de travail, à savoir l'existence d'un emploi rémunéré et d'un lien de subordination caractérisé par un pouvoir de direction.

301. Application. La Cour de justice a considéré que cette exclusion ne peut jouer en présence de marchés qui portent sur le recours à des entreprises d'intérim ou à des cabinets de recrutement, ni lorsqu'un marché, tel un conventionnement entre une personne publique et un organisme d'assurance, est conclu en application du droit social interne mais sans faire naître un lien de subordination (648). L'admission de cette exclusion implique l'identification d'une relation de travail, à savoir qu'une personne s'engage à accomplir pendant un certain temps, en faveur du bénéficiaire, et sous la

(647) Ordonnance n° 2015-899, art. 7 : « Ne sont pas des marchés publics, au sens de la présente ordonnance : 1° Les transferts de compétences ou de responsabilités entre acheteurs soumis à l'ordonnance en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles ; 2° Les subventions au sens de l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000 susvisée ; 3° Les contrats de travail ».

(648) CJUE (gr. ch.), *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08, pt 81, ECLI:EU:C:2010:426.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

direction de celui-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération. Il est possible, sur ce point, de raisonner par analogie avec la notion de travailleur au sens de l'article 45 TFUE relatif à la libre circulation des travailleurs (649).

§ 2. – *Les subventions*

302. Justification de l'exclusion. Le simple financement d'une activité, notamment par le biais de subventions auxquelles est souvent liée l'obligation de remboursement des montants perçus lorsqu'ils ne sont pas utilisés aux fins prévues, n'entre habituellement pas dans le champ des règles relatives aux marchés publics. Cette exclusion est directement liée à la qualification même de marché public. En effet, à la différence du marché, la subvention n'est pas censée répondre à un besoin du pouvoir adjudicateur. La subvention constitue une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers. Il s'agira d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière. Dans le cas contraire, il s'agira d'un marché public. La notion d'initiative recouvre non seulement l'impulsion du projet mais aussi sa conception et sa définition, pour la satisfaction duquel elle recourt aux services d'un opérateur rémunéré. Devant la Cour de justice, la problématique de l'identification d'une subvention ne s'est pas directement posée dans le cadre d'un contentieux de marchés publics. Elle l'est plus fréquemment dans les litiges relatifs aux aides d'État, à travers l'identification de la sélectivité ou non d'une aide au profit d'un opérateur. Mais la jurisprudence, plus générale, sur les libertés de circulation peut être pertinente pour dissocier la subvention et la prestation rémunérée. Par exemple, dans son arrêt *Apple and Pear Development Council*, la Cour, saisie d'un contentieux sur la déduction de la TVA par un organisme agricole professionnel, a souligné que « la notion de prestation de services effectuée à titre onéreux […] suppose l'existence d'un lien direct entre le service rendu et la contre-valeur reçue » (650). Il convient ainsi de caractériser un avantage pour le bénéficiaire du service.

(649) Voy. en ce sens, les conclusions de l'Avocat général V. Trztenjak, présentées le 14 avril 2010 dans l'affaire C-271/08, *op. cit.*, pt 134.

(650) CJCE, 8 mars 1988, *Apple and Pear Development Council*, aff. 102/86, pt 12.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

303. Mise en œuvre. L'exclusion des subventions est liée, dans l'ordonnance du 23 juillet 2015, à la qualification même de marché public au sens de son article 7. Pour être admise, elle suppose de qualifier la subvention au sens du droit interne (651). Le critère de l'initiative du projet est prépondérant, dès lors qu'une subvention a vocation à soutenir financièrement une action initiée, définie et mise en œuvre par un tiers, en l'absence de contrepartie directe. Au-delà de 23.000 €, un contrat doit être conclu avec tout organisme qui bénéficie de la subvention (652).

§ 3. – *L'existence d'un droit exclusif*

Il convient de préciser le sens du droit exclusif dans le contexte spécifique des exclusions (A) et de préciser le cas particulier du règlement « OSP » (B).

A. *Mise en œuvre*

304. Délimitation. Dans certains cas, un pouvoir adjudicateur donné ou une association de pouvoirs adjudicateurs peut être la seule source d'un service spécifique, pour la fourniture duquel il jouit d'un droit exclusif. L'article 11 de la directive 2014/24 établit à cette fin une exclusion pour les « marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif ». Distincte de la notion de droit spécial, l'hypothèse du droit exclusif, qui demeure spécifique aux marchés et aux concessions de services, renvoie au fait que le cocontractant du pouvoir adjudicateur dispose, sur le fondement d'un acte législatif ou réglementaire, de l'exclusivité de l'exercice d'une mission d'intérêt général. Dans la mesure où une activité n'est exercée que par un opérateur – qui se trouve ainsi en situation de monopole légal –, le pouvoir adjudicateur doit s'adresser à celui-ci directement, sans

(651) L'article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, modifiée par la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, définit les subventions comme des « contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires. Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent ».

(652) En revanche, dans l'hypothèse où l'initiative revient à la commune, telle que la rémunération d'une entreprise pour l'organisation d'un festival de musique, il ne s'agit plus d'une subvention mais d'un prix ; en ce sens : CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, n° 342520.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

avoir à respecter les obligations de publicité puis de mise en concurrence. Il en résulte que les dispositions de la directive, et plus généralement les principes fondamentaux de la commande publique, ne s'appliquent pas à des marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou de dispositions administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le TFUE. En présence d'un droit exclusif, il n'y a pas véritablement de contrat de marché public conclu à titre onéreux car un pouvoir adjudicateur doit s'adresser, sans faculté de choix, à l'opérateur titulaire de l'exclusivité.

305. Encadrement. Cette exception, établie de longue date, est reprise dans la plupart des droits nationaux (653). Mais son admission suppose que le droit exclusif soit limité et circonscrit à une activité précise ; surtout, elle est subordonnée au respect des stipulations de l'article 106, § 2, TFUE, lesquelles permettent d'admettre l'attribution de droits exclusifs pour la délivrance d'un service d'intérêt économique général (dont la détermination revient aux États) dès lors qu'ils sont nécessaires et ne méconnaissent pas le principe de proportionnalité. C'est au terme d'une approche par la compensation qu'il convient d'envisager cette exclusion (654). Outre sa régularité par rapport à l'article 106 TFUE, l'attribution d'un droit exclusif doit également veiller à ne pas introduire une position dominante sur le marché, au sens de l'article 102 TFUE et de l'article L.420-2 du Code de commerce.

(653) En France, l'article 14, § 1er, de l'ordonnance sur les marchés exclut l'application de celle-ci pour les marchés publics de services, conclus avec un acheteur soumis à l'ordonnance, lorsque celui-ci « bénéficie, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible » avec le TFUE. La jurisprudence a déjà eu à connaître de cette exclusion, notamment en présence de droits exclusifs au profit de l'Imprimerie nationale (CE, 1er mars 2006, *Société François-Charles Oberthur Fiduciaire*, n° 287960) ou de l'Institut géographique national (CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomantique*, n° 276928). De manière générale, la présence d'un droit exclusif ne peut fonder un ensemble de dérogations, prévues par le Code des marchés publics. En revanche, une disposition législative, intervenant dans un champ sectoriel, peut fonder une telle exclusivité ; à titre d'exemple, l'article L.411-23 du Code du tourisme reconnaît à l'Agence nationale des chèques vacances un droit exclusif pour l'émission des chèques vacances (CE, ass., 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux*, n° 233372).

(654) Depuis son célèbre arrêt *Corbeau* (CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91), la Cour se fonde sur l'article 106, § 2, pour admettre l'attribution d'un droit exclusif à un opérateur en charge d'une activité d'intérêt général, afin de compenser, par les recettes liées à une activité concurrentielle, les coûts assumés par la délivrance de ladite activité.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

B. *Droits exclusifs dans le cadre du règlement (CE) n° 1370/2007 (OSP)*

306. Régime du règlement « OSP » pour les transports de voyageurs. Un lien doit être établi dans l'hypothèse du droit exclusif, visé à l'article 11 de la directive 2014/24, et l'exclusion sectorielle pour les marchés publics de services relatifs au transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro, visée à l'article 12 de la directive. Cette exclusion est liée au régime spécifié par le règlement (CE) n° 1370/2007 dit « Obligations de service public – OSP » (655). L'objectif du règlement est de définir les conditions dans lesquelles les autorités publiques (régions, départements, intercommunalités), lorsqu'elles imposent des obligations de service public ou qu'elles en confient l'exécution à une entreprise, octroient une compensation aux opérateurs de service public en contrepartie des coûts supportés et/ou leur accordent des droits exclusifs en contrepartie de l'exécution de ces obligations. Pour ce faire, le règlement OSP établi une double *lex specialis*, tant par rapport au droit des aides d'État que par rapport aux règles relatives à l'attribution des marchés publics. En effet, le règlement OSP codifie et intègre à certains modes de transport les critères issus de la jurisprudence *Altmark* (656), qui est à l'origine de l'introduction des règles relatives à la compensation de service public. Par dérogation aux règles générales régissant les aides d'États (art. 107 TFUE), les autorités organisatrices de transport peuvent octroyer à un opérateur une compensation définie dans le cadre de contrats de service public, définis à l'avance de manière objective pour éviter toute surcompensation (657).

307. Permanence de l'attribution directe pour les transports de voyageurs par chemin de fer. L'attribution de la compensation peut bénéficier à un opérateur, titulaire de droits exclusifs, au terme d'une procédure dérogatoire par rapport aux règles des directives sur les marchés publics. Si le principe posé par le règlement est celui d'une attribution par voie de concurrence, sa mise en œuvre est largement

(655) Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2007, relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil. Sur ce règlement, voy. P. Vieu, « À propos de l'intégration de l'Europe des transports », *RTDE*, 2010, p. 297 ; D. Broussole, « Les transports urbains et la concurrence », *AJDA*, mai 2009, p. 1038.

(656) CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, *op. cit.*

(657) St. de La Rosa et C. Rapoport, « Quel espace ferroviaire unique européen ? », in C. Rapoport (dir.), *L'espace ferroviaire unique européen. Quelles réalités ?*, coll. Rencontres européennes, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 5.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

écartée, soit lorsque l'autorité organisatrice recourt à un opérateur dédié, éligible aux critères du *in house*, soit pour des contrats de faible montant, soit encore, et surtout, pour les « contrats de service public par chemin de fer ». Dans ce cas, les États peuvent continuer à attribuer directement, sans concurrence, les contrats de service public. Une telle dérogation est essentielle, dans la mesure où elle permet aux États de maintenir et de légitimer les situations de monopole au profit de l'opérateur historique. Prévue pour durer dix ans, donc arrivant à échéance en 2019, la dérogation est également un point majeur d'achoppement dans la négociation du quatrième paquet ferroviaire.

Section 3. – Les exclusions sectorielles des marchés de services

Il est courant que l'objet de certains marchés publics de services justifie, compte tenu de leurs particularités, leur exclusion du champ des exigences traditionnelles de publicité et de passation. Il convient de les présenter (§ 1), puis de préciser leurs justifications (§ 2).

§ 1. – *Identification*

308. Article 10 de la directive 2014/24/UE. Il établit une série d'exclusions spécifiques pour les marchés de service :

– l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant des droits sur ces biens ;
– l'achat, le développement, la production ou la coproduction de matériel de programmes destiné à des services de médias audiovisuels ou radiophoniques qui sont passés par des fournisseurs de services de médias audiovisuels ou radiophoniques (également aux marchés concernant les temps de diffusion ou la fourniture de programmes qui sont attribués à des fournisseurs de services de médias audiovisuels ou radiophoniques) ;
– les services d'arbitrage et de conciliation ;
– un des services juridiques suivants : représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'un arbitrage ou d'une procédure juridictionnelle ou conseil juridique fourni en vue d'une procédure juridictionnelle, services de certification et d'authentification par notaires, services juridiques fournis par les administrateurs légaux, services liés à l'exercice de la puissance publique ;

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– les services financiers liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers ;
– les prêts, liés ou non à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers ;
– les contrats d'emploi ;
– les services de défense civile, de protection civile et de prévention des risques qui sont fournis par des organisations ou des associations à but non lucratif (sauf services ambulanciers de transport de patients) ;
– les services publics de transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro ;
– les services liés aux campagnes politiques, lorsqu'ils sont passés par un parti politique dans le cadre d'une campagne électorale.

309. Exclusions spécifiques dans le champ des concessions. Dans le champ de la directive 2014/23, le secteur de l'eau fait l'objet d'une exclusion spécifique. Il s'agit là d'un domaine qui a donné lieu à de nombreuses divergences durant la négociation de la directive relative à l'attribution des contrats de concession. Sous la pression de l'Allemagne, qui a relayé une demande des *Stadtwerke*, le secteur de l'eau a été exclu de la directive lors de son adoption, en première lecture, par le Parlement européen ; son article 12 prévoit des « exclusions spécifiques dans le domaine de l'eau », qui s'étendent à la fois à la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux et à l'alimentation de ces réseaux en eau potable. Cette exclusion n'est pas reprise, en France, dans l'ordonnance relative aux concessions en raison de la centralité de la gestion déléguée dans ce secteur. En ce sens, l'article 11 de l'ordonnance n° 2016-86 prévoit l'application de celle-ci aux activités d'évacuation ou de traitement des eaux, ainsi qu'à celles de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets (658).

310. Reprise dans les ordonnances marchés et concession (659)**.** Dans la continuité de l'article 3 du Code des marchés publics, l'ordonnance

(658) Voy. la justification avancée dans la fiche d'impact du projet d'ordonnance qui souligne (p. 13) que la « transposition des exclusions concernant le secteur de l'eau, aujourd'hui maîtrisé par les autorités concédantes et les opérateurs économiques, l'exposerait à une insécurité juridique alors qu'il présente une importance majeure pour l'économie nationale »). Voy. l'étude de S. Platon, « La passation des concessions : de l'eau du service public dans le vin de la concurrence ? », *AJDA*, 2014, p. 841.

(659) Voy. St. de La Rosa, « Les exclusions », *RFDA*, 2016, *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

du 23 juillet 2015 reconnaît un certain nombre d'exclusions liées aux objets spécifiques que peuvent contenir certains marchés publics. Ces exclusions se retrouvent, presque exclusivement, pour les marchés de services, dont les particularismes sont plus caractérisés que les marchés de travaux. La plupart d'entre elles sont communes aux marchés et aux concessions, avec toutefois une différence notable s'agissant du secteur de l'eau, qui est exclu du champ de la directive 2014/23 mais non de l'ordonnance relative aux concessions. Sous cette réserve, deux sous-catégories permettent de systématiser ces hypothèses d'exclusions.

§ 2. – *Justifications*

311. Justification par l'inadéquation. En premier lieu, certains contrats de commande publique sont exclus compte tenu de l'inadéquation des procédures pour assurer la satisfaction d'un besoin, que ce soit sous la forme d'un marché ou d'une concession. À ce titre, sont exclus du champ des ordonnances : les marchés publics de services liés à l'acquisition ou à la location de terrains et de bâtiments (660), les marchés publics de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation (661), les marchés publics de services liés à des opérations sur des titres et instruments financiers (662) ou ceux relatifs à des contrats d'emprunt (663). Chacune de ces exclusions repose sur une motivation spécifique. Les critères d'attribution, qui reposent, pour les marchés, sur la notion d'offre économique la plus avantageuse, et, pour les concessions, sur celle de l'avantage économique global, ne sont pas systématiquement opératoires pour l'acquisition d'un bien, qui repose sur une appréciation subjective, ou pour les services financiers, qui nécessitent des opérations rapides en lien avec le fonctionnement des marchés. Si elles peuvent aisément s'expliquer, l'admission de ces exclusions n'en demeure pas moins restrictive. Dans le cas des biens immobiliers, l'exclusion n'est possible qu'en l'absence de travaux sur le bien, qui peut conduire à une requalification en marché de travaux. Par ailleurs, en présence d'un contrat portant sur une opération financière, l'exclusion n'est admissible que si cette opération est exclusive, à savoir qu'elle est dissociée d'une opération d'achat.

(660) Ordonnance n° 2015-899, art. 14-2 ; ordonnance n° 2016-86, art. 13-2.
(661) Ordonnance n° 2015-899, art. 14-4 ; ordonnance n° 2016-86, art. 13-4.
(662) Ordonnance n° 2015-899, art. 14-7 ; ordonnance n° 2016-86, art. 13-5.
(663) Ordonnance n° 2015-899, art. 14-8 ; ordonnance n° 2016-86, art. 13-8.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

312. Sensibilité de l'objet. En second lieu, certaines exclusions sectorielles peuvent s'expliquer par la spécificité de l'objet du contrat, dont la sensibilité ou l'importance explique que les États souhaitent réserver des procédures particulières. Outre le cas des marchés publics qui exigent le secret et qui sont liés à la protection des intérêts essentiels de l'État, on peut ranger dans cette sous-catégorie les marchés relatifs à la recherche et développement si l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation, les marchés de services juridiques ou encore ceux relatifs aux programmes audiovisuels. Dans ces cas, la volonté de préserver et d'encourager une activité de création culturelle audiovisuelle, ou de développer la recherche, justifie un aménagement des procédures et l'exclusion des ordonnances. Au titre de l'exclusion liée aux services juridiques, il faut souligner une divergence entre la directive 2014/24 et ses mesures de transposition, qui se montrent plus restrictives, dans la mesure où elle circonscrit l'exclusion à trois catégories de services, la « certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires », ceux fournis par des « administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction » et les services « liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique » (664). L'acception plus rigoureuse de cette exclusion par le droit interne conduit, de fait, à écarter les potentialités de la directive et à soumettre aux procédures de marchés publics le service d'un conseil juridique. Dans un contexte de profonde évolution des professions juridiques, caractérisé par une volonté de favoriser le regroupement de leur exercice, les pouvoirs adjudicateurs pourront ainsi choisir l'offre économiquement la plus avantageuse d'un conseil juridique.

(664) En France, l'exclusion liée aux services juridiques a été à l'origine d'un contentieux du fait que l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui assure la transposition des directives n'a pas reproduit les exceptions et les aménagements prévus pour les marchés de prestations juridiques. Alors que les directives excluent de leur champ d'application les services ayant pour objet la représentation légale d'un client par un avocat ainsi que les services de conseil juridique fournis en vue de la préparation d'une audience contentieuse et soumettent les services de conseil hors contentieux à un régime particulièrement assoupli, lequel consiste dans la publication d'un avis de marché et d'un avis d'attribution, à la condition que leur montant estimé soit égal ou supérieur à 750.000 € HT, l'ordonnance prévoit un régime spécifique. Le Conseil d'État a toutefois rejeté les recours, considérant « qu'aucune disposition ou aucun principe du droit de l'Union européenne » ne s'oppose à ce que l'ordonnance soumette aux obligations de publicité et de mise en concurrence les activités en cause. Il a également précisé que la non-reprise d'une exclusion européenne dans le droit national ne permettait pas de dire que le gouvernement aurait excédé l'habilitation donnée par le législateur (CE, 9 mars 2016, *Conseil national des barreaux e.a.*, n° 393589).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 5 - Les exclusions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

313. Cadre procédural. Sur le terrain de la conclusion des contrats, les directives établissent un cadre procédural censé garantir l'existence d'une concurrence effective entre différents opérateurs économiques, ainsi que le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Cette dimension procédurale se concrétise par la détermination des différentes procédures qui doivent être suivies par les pouvoirs adjudicateurs, par la fixation des exigences qui s'imposent dans la détermination des critères d'attribution ou encore par l'établissement de délais minimums à respecter au titre des procédures. Tel qu'il est conçu, le cadre de conclusion entend garantir l'objectivité. L'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a ainsi justement précisé, dans les affaires jointes *Lombardini et Mantovani*, que les directives établissent « un système régi par l'objectivité sur tous les plans, le principal comme l'accessoire. Sur le premier plan, par la fixation de critères objectifs de participation aux appels d'offres et d'attribution des marchés. Sur le second, en prévoyant des procédures transparentes dans lesquelles la publicité doit être la norme » (665).

314. Document de marché. L'ensemble de ces exigences se retrouve dans le contenu des documents de marchés. Par document de marché, il faut entendre, « tout document fourni par le pouvoir adjudicateur ou auquel il se réfère afin de décrire ou de définir des éléments de la passation de marché ou de la procédure de passation de marché, y compris l'avis de marché, l'avis de préinformation lorsqu'il est utilisé en tant que moyen de mise en concurrence, les spécifications techniques, le document descriptif, les conditions contractuelles proposées, les formats de présentation des documents par les candidats, les informations sur les obligations généralement applicables et tout autre document additionnel » (666). Le document de marché est ainsi conçu de manière plus large que le terme, initial, de « document d'appel à la concurrence » en ce qu'il renvoie à l'ensemble des documents qui sont utilisés tout au long de la procédure.

315. Harmonisation incomplète. En revanche, ainsi que le souligne le Professeur Laurent Richer (667), les directives ne comportent pas de règles relatives à l'aspect institutionnel de l'organi-

(665) CJCE, 27 novembre 2001, *Lombardini et Mantovani*, C-285/99 et C-286/99, *Rec.*, p. I-9233, conclusions pt 25.

(666) Directive 2014/24, art. 2, § 13.

(667) L. Richer, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, p. 225.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
[Introduction]
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

sation de l'achat public, tel que le fonctionnement des commissions d'appels d'offres (668). Elles ne comportent pas non plus de règles spécifiques – importantes en droit français – sur la maîtrise d'ouvrage. Prévue par la loi française du 12 juillet 1985, la maîtrise d'ouvrage permet à des personnes publiques identifiées de confier à une maîtrise d'œuvre privée la réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure, ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation. Elle se caractérise par la conclusion d'un contrat qui identifie un ouvrage pour le compte d'une personne publique, à charge pour le maître d'ouvrage de définir dans le programme les objectifs de l'opération et les besoins à satisfaire. Sur ce terrain, le droit de l'Union a surtout eu pour conséquence de rattacher les marchés de maîtrise d'ouvrage à la catégorie générale des « marchés publics globaux » (669).

Suivant une logique similaire, les directives n'interviennent pas non plus directement dans la détermination des cahiers des clauses administratives générales (CCAG), qui constituent un ensemble de clauses, approuvées par arrêté ministériel ou, plus rarement, par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice de taille importante (670). Conçus comme des documents contractuels préétablis, auxquels l'opérateur souscrit si le marché est conclu, ces cahiers de clauses établissent la plupart des prescriptions techniques pour la conclusion, le paiement, l'exécution et les différends nés du contrat. Ils sont prévus pour les marchés de fournitures courantes et de services, pour

(668) En France, à l'occasion de la création, par l'ordonnance du 23 juillet 2015, des articles L.1414-1 à L.1414-4 du Code général des collectivités territoriales (dans un chapitre désormais intitulé « Marchés publics »), le rôle de la Commssion d'appel d'offres a été cantonné à l'attribution des marchés dont le montant est supérieur aux seuils européens, quelle que soit la procédure. La Commssion d'appel d'offres n'est donc plus compétente par principe pour donner un avis sur les candidatures, ou procéder à d'autres opérations qui relevaient précédemment de sa compétence.

(669) La maîtrise d'ouvrage peut toutefois désormais se rattacher aux contrats globaux, prévus à l'article 33 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : « Les acheteurs peuvent conclure des marchés publics de conception-réalisation qui sont des marchés publics de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux. Toutefois, sans préjudice des dispositions législatives spéciales, les acheteurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée ne peuvent recourir à un marché public de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un tel marché public est confié à un groupement d'opérateurs économiques. Il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures ».

(670) À titre d'exemple, la RATP ou la SNCF ont leurs propres cahiers des charges, pour les travaux, pour les fournitures ou encore pour les marchés de construction, de maintenance et de transformation de matériel roulant.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
[Introduction]
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

les marchés publics de prestations intellectuelles, pour les marchés publics de travaux, pour les marchés publics industriels et pour les marchés publics de technologies de l'information et de la communication (671). Ils ne présentent pas en eux-mêmes de portée de portée juridique obligatoire (672).

316. Plan. Sous la réserve du renvoi aux droits nationaux pour ce qui concerne les modalités techniques et pratiques de conclusion des marchés, de même que pour la détermination des organismes compétents pour évaluer les offres, il apparaît que le droit de l'Union harmonise la conclusion des contrats de commande publique en identifiant les principales étapes de la préparation de ces contrats (chapitre 1), puis en définissant les étapes, les critères et les procédures pour la passation des marchés publics (chapitre 2) et, depuis la directive 2014/23, pour la passation des concessions (chapitre 3).

(671) Respectivement, arrêté ministériel du 19 janvier 2009, NOR : ECEMO816423A, *JORF*, 19 mars ; arrêté ministériel du 16 septembre 2009, NOR : ECEM0912503A, *JORF*, 16 octobre ; arrêté ministériel du 8 septembre 2009, NOR : ECEM0916617Z, *JORF*, 24 octobre ; arrêté ministériel du 16 septembre 2009, NOR : ECEM0908897A, *JORF*, 16 octobre ; arrêté ministériel du 16 septembre 2009, NOR : ECEM0912514A, *JORF*, 16 octobre.

(672) CE, 30 décembre 2009, *Société Aquitaine Bio Test*, n° 319343. Le cahier des clauses techniques générales applicables aux marchés publics de travaux est un document-type dépourvu en lui-même de portée juridique, dès lors que la référence à ses stipulations n'est pas obligatoire pour les parties au contrat. L'arrêté approuvant ses modifications ne présente par le caractère d'une décision faisant grief.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
[Introduction]
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CHAPITRE 1
LA PRÉPARATION DU CONTRAT

Plan. Trois grandes étapes jalonnent la préparation du contrat : déterminer le besoin et l'objet (section 1), assurer la publicité et la transparence de l'intention de le conclure (section 2), identifier son contenu essentiel (section 3).

Section 1. – La détermination des besoins

317. Centralité. Au stade de la préparation des marchés, l'évaluation des besoins est incontournable pour la personne publique. À travers cette évaluation, le pouvoir adjudicateur définit les conditions qui influeront sur l'ensemble de la conclusion du contrat et qui structureront le contenu de la prestation requise. C'est également au stade de la détermination des besoins que le pouvoir adjudicateur peut au mieux ajuster le contenu du marché à conclure selon le contexte et la situation de la collectivité, notamment d'un point de vue budgétaire. Pendant longtemps, cette phase n'a guère été prise en compte par le droit de l'Union, sauf sur le terrain des principes fondamentaux de la commande publique, dans le cas où une prise de contact préalable à la conclusion d'un marché entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique entraîne une violation du principe d'égalité par rapport à d'autres concurrents. Désormais, les directives reconnaissent la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de recourir à des consultations préalables (§ 1). Une fois ces consultations réalisées, l'expression du besoin doit être traduite de manière opératoire sous la forme de spécifications techniques (§ 2). La nature du besoin peut enfin interférer sur le choix d'allotir ou non le marché (§ 3).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

§ 1. – *Les consultations préalables*

Les directives de 2014 reconnaissent la possibilité d'établir un échange, en amont de la préparation du contrat, entre le pouvoir adjudicateur et des opérateurs économiques. Lié à la pratique, croissante, du *sourcing* (A), cet échange prend la forme de consultations préalables (B).

A. *La pratique du* sourcing

318. Définition. Le sourçage ou *sourcing* est devenu une pratique fréquente dans la préparation des contrats de commande publique. Il s'agit d'une pratique qui intervient en amont de la définition du besoin par le pouvoir adjudicateur, conçue comme « une action de recherche, localisation et évaluation d'un fournisseur *ad hoc* afin de répondre à un besoin identifié » (673). En d'autres termes, on peut y voir une étude de marché ciblée pour l'acheteur, visant à apprécier l'état du marché, la fréquence d'une spécialité professionnelle et les compétences requises par rapport à un besoin. L'acheteur « sonde » le marché, en identifiant les fournisseurs susceptibles de répondre à son besoin et évalue la structure de l'offre sur le marché considéré. Cette pratique, qui est très proche dans la vie des affaires de la pratique du *benchmarking* (674). Mais la frontière entre le *sourcing*, conçu comme une prise de contact, et des échanges plus approfondis susceptibles d'être conçus comme des pourparlers est ténue, le risque étant, pour le pouvoir adjudicateur, de commettre un délit d'octroi injustifié par la diffusion d'informations avant la publication de l'avis d'appel public à candidatures.

319. Admission. La compatibilité de la pratique du *sourcing* avec le principe d'égalité se pose également, dès lors que la société qui est sondée ou pour laquelle une prise de contact est établie avant le lancement de la procédure de consultation peut se trouver naturellement dans une position plus favorable que d'autres opérateurs.

(673) Voy. V. Cochi et G. Terrien, « Le *sourcing*, étape indispensable de l'achat public ? », *CP-ACCP*, n° 99, 2010.

(674) Le *benchmarking* consiste ainsi à évaluer le fonctionnement d'une organisation relativement à celui d'organisations similaires afin d'améliorer les performances. Il s'agit ainsi de se livrer d'une manière ou d'une autre à une comparaison systématique des résultats obtenus par une organisation avec ceux obtenus par ailleurs par une entreprise ou une administration similaire, supposés supérieurs en termes de performances.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Devant le Conseil d'État, la question a été tranchée par un arrêt *SMEAG* du 14 novembre 2014 (675). Le fait qu'un échange s'établisse entre un pouvoir adjudicateur (en l'occurrence le gestionnaire d'une base de loisirs) et une société qui assure, dans le cadre de salons, une prospection pour ses activités n'est pas en soi constitutif d'une rupture d'égalité. Le *sourcing* peut être admis dès lors qu'il s'inscrit dans le cadre d'échanges avec la stratégie d'une société commerciale, qui fait état de ses choix et de ses risques commerciaux, sans qu'il y ait à relever un agissement fautif de la personne publique.

320. Apport de l'arrêt *Fabricom*. Devant la Cour de justice, la pratique du *sourcing* a également été questionnée sur le terrain du principe d'égalité à l'occasion de l'affaire *Fabricom* (676). Soulevée par le Conseil d'État belge, la question portait sur la compatibilité avec les directives et les principes généraux de la législation nationale qui prévoyait l'impossibilité pour une entreprise de participer ou de remettre une offre pour un marché public (de travaux, fournitures ou services), dès lors que la même entreprise avait préalablement été chargée de la recherche, de l'expérimentation ou de l'étude du projet. Dans le silence des directives sur cette pratique, la Cour développe un raisonnement sur le terrain du principe général d'égalité. L'opérateur qui a participé aux travaux préparatoires (ainsi que les entreprises qui lui sont liées) ne peut se trouver dans la même situation que ceux qui n'y ont pas participé ; dès lors, sauf à méconnaître le principe d'égalité, ils ne peuvent faire l'objet d'un traitement identique. Mais, à l'inverse de la position soutenue par l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, une règle d'exclusion systématique telle que prévue par la législation belge « va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires » (677). Suivant un raisonnement qui est proche de celui suivi dans les contentieux relatifs aux offres anormalement basses, la Cour considère que l'exclusion ne peut intervenir sans que soit laissé à l'opérateur « la possibilité de faire la preuve que l'expérience acquise n'a pu fausser la concurrence » (678). Le raisonnement

(675) CE, 14 novembre 2014, *Syndicat mixte d'étude d'aménagement et de gestion de la base de plein air et loisirs de Cergy-Neuville* (SMEAG), n° 373156 ; comm. G. Eckert, *Contrats et Marchés publics*, 2015, n° 1, comm. 5 ; A. Sée, *Dr. adm.*, 2015, n° 2, comm. 13.

(676) CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA c. État belge*, aff. jtes C-21/03 et C-34/03, *Rec.*, p. I-1559. W. Zimmer, *Contrats et Marchés publics*, 2005, n° 4, comm. 108.

(677) *Ibid.*, pt 34.

(678) *Ibid.*, pt 36.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

suivi par la Cour conduit dès lors à admettre la prise de contact préalable à la condition qu'il n'y ait pas d'affectation concurrentielle, dont la preuve revient au soumissionnaire concerné en démontrant l'absence de conséquence sur les prix et le contenu de l'offre.

B. *Les consultations préalables du marché*

321. Définition. Pour clarifier le recours aux *sourcing*, la directive donne désormais un cadre plus clair en reconnaissant des « consultations préalables du marché ». Ainsi, « avant d'entamer une procédure de passation de marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent réaliser des consultations du marché en vue de préparer la passation de marché et d'informer les opérateurs économiques de leurs projets et de leurs exigences en la matière » (679). Une forme que peuvent revêtir ces consultations est la possibilité de recourir à des avis d'autorités ou d'experts indépendants ou d'acteurs du marché. « Ces avis peuvent être utilisés pour la planification et le déroulement de la procédure de passation de marché, à condition que ces avis n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de non-discrimination et de transparence » (680).

322. Codification de la « solution Fabricom ». L'article 40 de la directive 2014/24 prévoit que « lorsqu'un candidat ou soumissionnaire, ou une entreprise liée à un candidat ou à un soumissionnaire, a donné son avis au pouvoir adjudicateur, que ce soit ou non dans le cadre de l'article 40, ou a participé d'une autre façon à la préparation de la procédure de passation de marché, le pouvoir adjudicateur prend des mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de ce candidat ou soumissionnaire ». Ces mesures consistent notamment à communiquer aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées dans le contexte de la participation du candidat ou

(679) Directive 2014/24, art. 40, § 1.

(680) Directive 2014/24, art. 40, § 2. On retrouve une formulation similaire à l'article 4 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « Afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

soumissionnaire susmentionné à la préparation de la procédure, ou résultant de cette participation et à fixer des délais adéquats pour la réception des offres. Le candidat ou soumissionnaire concerné n'est exclu de la procédure que s'il n'existe pas d'autre moyen d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement.

§ 2. – *La rédaction des spécifications techniques*

323. Présentation. Il s'agit d'une étape centrale, qui correspond à la définition des conditions essentielles du marché, au rang desquelles figurent les spécifications techniques et les critères d'attribution, sur lesquelles les opérateurs économiques intéressés se fondent pour préparer une offre. Les spécifications techniques servent de support pour définir de manière précise les besoins du pouvoir adjudicateur, en décrivant, de manière accessible, les caractéristiques qui sont attendues pour un produit, un ouvrage ou un service (A). Même si les modalités de définition de ces spécifications relèvent du droit interne, le droit de l'Union intervient en listant les principales caractéristiques qui peuvent être retenues par le pouvoir adjudicateur au titre de ces spécifications (B).

A. *Fonctions des spécifications*

324. Définition. De manière générale, selon l'article 42 de la directive 2014/24, les spécifications techniques définissent les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures. Pour les concessions, elles définissent les caractéristiques requises des travaux ou des services qui font l'objet du contrat de concession (681). En amont de la passation du marché, ces caractéristiques sont centrales car elles conditionnent le niveau de qualité qui est attendu par le pouvoir adjudicateur. Ces spécifications peuvent servir de support pour formuler des exigences sociales qui caractérisent le produit ou le service concerné, telles que l'accessibilité des personnes handicapées ou la conception destinée à tous les utilisateurs.

En matière de services, les spécifications techniques peuvent être définies soit sous forme de caractéristiques très détaillées (ce qui, dans certains cas, peut contribuer à une trop grande standardisation

(681) Directive 2014/23, art. 36.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

des services proposés), soit en termes d'exigences de performance fonctionnelle. Cette deuxième approche laisse en général aux candidats plus de marge de manœuvre en leur donnant la possibilité de proposer à l'autorité publique des solutions/méthodes de travail plus innovantes permettant d'atteindre les objectifs de qualité fixés.

B. *Contenu des spécifications*

L'annexe VII de la directive 2014/24 identifie le contenu de ces spécifications par une énonciation exhaustive.

325. Travaux. Pour les marchés publics de travaux, les spécifications renvoient à des prescriptions techniques, qui figurent dans les documents de marché. Elles définissent les caractéristiques requises d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur ; ces caractéristiques comprennent les niveaux de performance environnementale et climatique, la conception pour tous les besoins (y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées) et l'évaluation de la conformité, la propriété d'emploi, la sécurité ou les dimensions, y compris les procédures relatives à l'assurance de la qualité, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essai, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, ainsi que les processus et méthodes de production à tout stade du cycle de vie des ouvrages ; elles incluent également les règles de conception et de calcul des coûts, les conditions d'essai, de contrôle et de réception des ouvrages, ainsi que les méthodes ou techniques de construction et toutes les autres conditions de caractère technique que le pouvoir adjudicateur est à même de prescrire, par voie de réglementation générale ou particulière, en ce qui concerne les ouvrages terminés et en ce qui concerne les matériaux ou les éléments constituant ces ouvrages.

326. Services et fournitures. Pour les marchés publics de fournitures et de services, ces spécifications renvoient aux caractéristiques requises d'un produit ou d'un service, telles que les niveaux de qualité, les niveaux de la performance environnementale et climatique, la conception pour tous les besoins (y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées) et l'évaluation de la conformité, la propriété d'emploi, l'utilisation du produit, la sécurité ou les dimensions, y compris les prescriptions applicables au produit en ce qui concerne le nom sous lequel il est vendu, la terminologie,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

les symboles, les essais et méthodes d'essais, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, les processus et méthodes de production à tout stade du cycle de vie de la fourniture ou du service, ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité.

327. Prise en compte des principes fondamentaux. Le respect des principes fondamentaux de la commande publique est une première contrainte qui doit être prise en compte dans la formulation des spécifications techniques. En ce sens, le considérant 74 de la directive souligne que celles-ci doivent être élaborées de manière à éviter de restreindre artificiellement la concurrence en instaurant des exigences qui favorisent un opérateur économique particulier en reprenant les principales caractéristiques des fournitures, services ou travaux qu'il propose habituellement. Pour garantir le respect des principes, les spécifications doivent être généralement rédigées en termes de performances et d'exigences fonctionnelles.

§ 3. – *Le choix de l'allotissement*

328. Allotissement et PME. L'allotissement, qui exige de décomposer le marché en lots, est traditionnellement envisagé pour accroître la concurrence et favoriser l'accès des PME à la commande publique. Le choix d'allotir (ou plutôt de ne pas allotir) est une question qui intervient en amont de la procédure de passation. Le positionnement des États par rapport à l'allotissement est variable. En France, l'allotissement a été rendu obligatoire avec le Code de 2006, mais uniquement pour les pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics. L'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 25 mars 2016 étendent le principe à l'ensemble des acheteurs, qu'ils soient pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, et pour l'ensemble des procédures (adaptées ou formalisées). Seul un inconvénient technique, économique ou financier, restreignant la concurrence, augmentant les coûts ou rendant impossible toute coordination justifierait de ne pas allotir (682).

(682) L'appréciation de la dérogation suivant laquelle « l'allotissement est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations » est par nature délicate, dans la mesure où l'allotissement peu, par lui-même, produit une augmentation des coûts. Le contrôle doit alors s'opérer au regard de l'équilibre global du contrat ; CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350935 ; CE, 7 mai 2013, *Société Segex*, n° 365706.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

329. Incitation par la directive 2014/24/UE. Le caractère obligatoire de l'allotissement en France est cohérent avec l'article 46 de la directive 2014/24, qui prévoit que « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'attribuer un marché sous la forme de lots distincts, dont ils peuvent déterminer la taille et l'objet », tout en laissant la faculté aux États (art. 46, § 4) de rendre « obligatoire la passation de marchés sous la forme de lots distincts et dans le respect du droit de l'Union » (683). Le droit dérivé invite ainsi les États à favoriser, dans leurs droits internes, le principe d'une passation des marchés en lots, sans toutefois l'imposer. D'autres législations posent d'ailleurs le caractère facultatif de l'allotissement, notamment pour les marchés dont les montants sont inférieurs aux seuils : en Belgique, en Allemagne, en Italie, en Espagne (684).

330. Refus d'allotir. Dans ce cas de figure, les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans les documents de marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils entendent appliquer pour déterminer quels lots seront attribués lorsque l'application des critères d'attribution conduirait à attribuer à un soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal. Si le pouvoir adjudicateur envisage d'attribuer plusieurs lots à un seul soumissionnaire, il doit également préciser dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'il se réserve la possibilité de le faire en indiquant les lots ou groupes de lots qui peuvent être réunis. C'est là une logique tout à fait similaire à celle que retient le juge administratif. Le Conseil d'État considère à ce titre que « lorsque l'acheteur autorise la présentation d'une candidature pour un nombre de lots supérieur à celui pouvant être attribué à un même candidat, les documents de la consultation doivent en outre indiquer les modalités d'attribution des lots, en les fondant sur des critères ou règles objectifs et non discriminatoires, lorsque l'application des critères de jugement des offres figurant dans ces mêmes documents conduirait à classer premier un candidat pour un nombre de lots supérieur au nombre de lots pouvant lui être attribués » (685).

(683) En revanche, la directive concession ne contient aucune disposition, comme pour les marchés, qui traite de l'allotissement.

(684) Voy. l'étude du réseau Public Procurement Network, http://www.publicprocurementnetwork.org.

(685) CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, n° 363656.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Section 2. – La publicité et la transparence de la passation

Les directives relatives aux marchés publics reposent à titre principal sur l'institution de garanties procédurales au profit des opérateurs économiques. L'obligation de publicité, qui conditionne l'appel à la concurrence, est donc essentielle, suivant les formes prescrites par les directives lorsque le marché dépasse les seuils (§ 1). Afin de faciliter l'accès à l'information et de réduire les coûts, l'information par voie électronique est désormais le principe (§ 2).

§ 1. – *L'appel à la concurrence*

L'intention de passer un contrat public doit être portée à la connaissance des candidats potentiels par l'intermédiaire de mesures de publicité prévues par les directives. Au titre des exigences de publication et de transparence, la directive prévoit deux instruments principaux : l'avis de préinformation (A) et l'avis de marché (B).

A. *Avis de préinformation*

331. Définition. L'article 48 de la directive 2014/24 prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire connaître leurs intentions en matière de passation de marchés par le biais de la publication d'un avis de préinformation. Dans le champ des secteurs spéciaux, ces avis prennent la forme « d'avis périodiques indicatifs » (686). Qu'il s'agisse du droit commun des marchés publics ou des activités en réseau, la publicité préalable est toujours facultative, quels que soient les montants des besoins à satisfaire ou la procédure suivie. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois avoir intérêt à procéder à ce type de publicité ; outre la volonté d'informer les opérateurs économiques intéressés en amont du lancement du processus d'achat, donc de lancer un « signal » au marché, cela permet également de réduire les délais de procédure de passation du marché ultérieur ou d'être exonéré de publier un second avis (687). Il s'agit d'un élargissement des potentialités de la publicité préalable, qui peut servir les stratégies économiques et commerciales des opérateurs.

(686) Directive 2014/25, art. 67.

(687) Voy. la présentation exhaustive de M.-H. Pachen-Lefèvre et A. Larysse, « La publicité préalable dans le nouveau décret "marchés publics" », *Contrats publics*, 2016, n° 165, p. 45.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

332. Publication. En vertu de l'article 48 de la directive, les avis de préinformation sont envoyés par les pouvoirs adjudicateurs à l'Office des publications de l'Union européenne. Ils sont publiés sur un profil d'acheteur. Ce profil comprend, outre des avis de préinformation, des informations sur les invitations à soumissionner en cours, les achats programmés, les marchés passés, les procédures annulées, ainsi que toute information générale utile, comme un point de contact, un numéro de téléphone et de télécopie, une adresse postale et une adresse électronique. Le profil d'acheteur peut également comprendre des avis de préinformation servant de moyens d'appel à la concurrence conformément à l'article 52 de la directive 2014/24. Ces profils sont transmis sur la plate-forme *simap* (688).

333. Intérêt pour le pouvoir adjudicateur – réduction des délais. Si l'avis de préinformation ou l'avis périodique indicatif n'est pas utilisé comme avis d'appel à la concurrence, il peut permettre de réduire le délai minimal de remise des candidatures ou des offres. Dans un appel d'offres ouvert, la publication d'un tel avis ramène le délai de réception des candidatures et des offres de trente-cinq jours à quinze jours, à condition que l'avis de préinformation ou l'avis périodique indicatif ait été envoyé pour publication entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'avis de marché, et qu'il contienne les mêmes renseignements que ceux de l'avis de marché (689). Par ailleurs, dans un appel d'offres restreint tel qu'une procédure concurrentielle avec négociation, il est possible de ramener le délai minimal de réception des offres de trente jours à dix jours en publiant un avis de préinformation dans les mêmes conditions. Dans le champ des activités en réseau, les entités adjudicatrices peuvent, également pour un appel d'offres restreint ou une procédure négociée avec mise en concurrence préalable, fixer une date limite de réception des offres de commun accord avec les candidats sélectionnés ; faute d'accord, le délai est de dix jours.

334. Intérêt pour le pouvoir adjudicateur – limitation des obligations subséquentes de publicité. Un autre intérêt de recourir à une information préalable est de permettre d'anticiper le respect des obligations de publicité. Dans certaines procédures, l'avis de préinformation peut servir d'appel à la concurrence et évite ainsi au pouvoir

(688) Voy. *infra*, http://simap.europa.eu.

(689) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 67 ; Code des marchés publics, art. 57, II et 160, II, abrogés ; décret n° 2005-1742 précité, art. 29, et décret n° 2005-1308 précité, art. 37, lesquels permettaient de ramener ce délai de 52 à 22 jours.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

adjudicateur de publier un second avis. Cette possibilité est réservée dans le cas d'appel d'offres restreint, de procédure concurrentielle négociée ou, dans le champ des secteurs spéciaux, pour la procédure négociée avec mise en concurrence préalable. Encore faut-il toutefois que l'avis préalable fasse clairement référence à l'objet du marché, qu'il ne mentionne qu'aucun avis d'appel à la concurrence ne sera par la suite publié et qu'il soit publié au *JOUE* entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt (690). Dans ce schéma, la procédure repose sur une manifestation d'intérêt des opérateurs : en réponse à la préinformation, ceux-ci doivent indiquer leur intérêt à l'égard du marché, puis confirmer cet intérêt après avoir été invités à le faire par le pouvoir adjudicateur suivant les prescriptions de l'article 54 de la directive 2014/24 (691).

335. Contenu. De tels avis contiennent les informations identifiées à l'annexe V (partie B) de la directive 2014/24.

I. Informations qui doivent figurer dans tous les cas

1. Nom, numéro d'identification (dans les cas où il est prévu dans la législation nationale), adresse, y compris code NUTS, numéro de téléphone, numéro de télécopieur, adresse électronique et adresse internet du pouvoir adjudicateur et, s'ils sont différents, du service à contacter pour tout complément d'information.
2. Adresse électronique ou internet sur laquelle les documents de marché sont mis à disposition en accès sans restriction, complet, direct et gratuit.

Lorsqu'un accès sans restriction, complet, direct et gratuit n'est pas possible pour les motifs énoncés à l'article 53, paragraphe 1, deuxième et troisième alinéas, indiquer les modalités d'accès aux documents de marché.

3. Type de pouvoir adjudicateur et principale activité exercée.
4. Le cas échéant, indiquer si le pouvoir adjudicateur est une centrale d'achat ou signaler tout recours ou possibilité de recours à une autre forme de passation de marchés conjoints.

(690) Directive 2014/24, art. 48, § 2 ; directive 2014/25, art. 67, § 2 ; décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 31.

(691) Pour les marchés en réseau : directive 2014/25, art. 74. Dans ce cas de figure, les invitations adressées par les pouvoirs adjudicateurs mentionnent l'adresse électronique à laquelle les documents de marché ont été mis directement à disposition par voie électronique. Les invitations sont accompagnées des documents de marché, lorsque ceux-ci n'ont pas fait l'objet d'un accès gratuit et sans restriction ou qu'ils n'ont pas été mis à disposition par d'autres moyens.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

5. Codes CPV ; si le marché est divisé en lots, indiquer cette information pour chaque lot.
6. Code NUTS du lieu principal des travaux pour les marchés de travaux ou code NUTS du lieu principal de livraison ou d'exécution pour les marchés de fournitures et de services ; si le marché est divisé en lots, indiquer cette information pour chaque lot.
7. Brève description du marché : nature et étendue des travaux, nature et quantité ou valeur des fournitures, nature et étendue des services.
8. Lorsque cet avis ne sert pas de moyen d'appel à la concurrence, date(s) prévue(s) de la publication d'un ou plusieurs avis de marché relatifs au(x) marché(s) visé(s) dans cet avis de préinformation.
9. Date d'envoi de l'avis.
10. Toute autre information pertinente.
11. Indiquer si le marché relève ou non de l'AMP.

II. Informations supplémentaires à fournir lorsque l'avis sert de moyen d'appel à la concurrence (article 48, paragraphe 2, de la directive 2014/24)

1. Mentionner le fait que les opérateurs économiques intéressés doivent faire part au pouvoir adjudicateur de leur intérêt pour le ou les marchés.
2. Type de procédure d'attribution (procédures restreintes, avec recours ou non à un système d'acquisition dynamique, ou procédures concurrentielles avec négociation).
3. Le cas échéant, indiquer s'il y a : a) un accord-cadre, b) un système d'acquisition dynamique.
4. Dans la mesure où il est connu, calendrier de la livraison ou de la fourniture des produits, travaux ou services et durée du marché.
5. Dans la mesure où elles sont connues, les conditions de participation, notamment :
   a) le cas échéant, indiquer s'il s'agit d'un marché public réservé à des ateliers protégés ou dont l'exécution est réservée dans le cadre de programmes d'emplois protégés ;
   b) le cas échéant, indiquer si, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, la prestation du service est réservée à une profession déterminée ;
   c) présenter une brève description des critères de sélection.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

6. Dans la mesure où ils sont connus, brève description des critères à utiliser pour l'attribution du marché.
7. Dans la mesure où il est connu, l'ordre de grandeur total estimé du/des marché(s) : lorsque le marché est divisé en lots, l'information est fournie pour chaque lot.
8. Dates limites de réception des manifestations d'intérêt.
9. Adresse à laquelle les manifestations d'intérêt doivent être envoyées.
10. Langue ou langues autorisées pour la présentation des candidatures ou des offres.
11. Le cas échéant, indiquer si : a) les offres ou les demandes de participation devront/pourront être présentées par voie électronique, b) la commande en ligne sera utilisée, c) la facturation en ligne sera utilisée, d) le paiement en ligne sera accepté.
12. Préciser si le marché est lié à un projet et/ou un programme financé par des fonds de l'Union.
13. Nom et adresse de l'instance compétente pour les procédures de recours et, le cas échéant, de médiation. Précisions concernant les délais d'introduction des recours ou, au besoin, nom, adresse, numéro de téléphone, numéro de télécopieur et adresse électronique du service à contacter pour tout complément d'information.

336. Spécificité des services sociaux. Pour les services sociaux et autres services spécifiques, les avis de préinformation contiennent des informations spécifiques identifiées à la partie I de l'annexe V de la directive 2014/24.

1. Nom, numéro d'identification (dans les cas où il est prévu dans la législation nationale), adresse, y compris code NUTS, adresse électronique et adresse internet du pouvoir adjudicateur.
2. Brève description du marché en question comprenant la valeur totale estimée du marché et le ou les codes CPV.
3. Dans la mesure où ils sont connus :
   a) code NUTS du lieu principal des travaux pour les marchés de travaux ou code NUTS du lieu principal de livraison ou d'exécution pour les marchés de fournitures et services ;
   b) calendrier de la livraison ou de la fourniture des fournitures, travaux ou services et durée du marché ;
   c) conditions de participation, notamment :

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– le cas échéant, indiquer s'il s'agit d'un marché public réservé à des ateliers protégés ou dont l'exécution est réservée dans le cadre de programmes d'emplois protégés ;
– le cas échéant, indiquer si, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, l'exécution du service est réservée à une profession déterminée ;

d) brève description des principales caractéristiques de la procédure d'attribution à appliquer.

4. Mentionner le fait que les opérateurs économiques intéressés doivent faire part au pouvoir adjudicateur de leur intérêt pour le ou les marchés ainsi que les dates limites de réception des manifestations d'intérêt et l'adresse à laquelle les manifestations d'intérêt doivent être envoyées.

B. *Avis de marché*

337. Publication de l'avis de marché. La publication de l'avis est impérative : « les avis de marché sont utilisés comme moyen d'appel à la concurrence pour toutes les procédures » (692) Ils contiennent les informations prévues à l'annexe V et sont publiés à l'annexe du *JOUE*. Seuls quelques cas de figure échappent à cette exigence, lorsque le marché est passé selon une procédure restreinte ou une procédure concurrentielle avec négociation, lorsqu'il s'agit de pouvoirs adjudicateurs sous-centraux. Dans ce cas, l'appel à la concurrence peut se faire au moyen d'un avis de préinformation.

338. Contenu. Dans le champ des directives, le contenu des avis de marché est uniformisé selon les indications contenues à l'annexe V de la directive 2014/24, partie A. Les informations qui doivent figurer dans les avis de marché sont :

1. Nom, numéro d'identification (dans les cas où il est prévu dans la législation nationale), adresse, y compris code NUTS, numéro de téléphone, numéro de télécopieur, adresse électronique et adresse internet du pouvoir adjudicateur et, s'ils sont différents, du service à contacter pour tout complément d'information.
2. Adresse électronique ou internet sur laquelle les documents de marché sont mis à disposition en accès sans restriction, complet, direct et gratuit. Lorsqu'un accès sans restriction, complet, direct

(692) Directive 2014/24, art. 49 ; directive 2014/25, art. 69.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

et gratuit n'est pas possible pour les motifs énoncés à l'article 53, paragraphe 1, deuxième et troisième alinéas, indiquer les modalités d'accès aux documents de marché.

3. Type de pouvoir adjudicateur et principale activité exercée.
4. Le cas échéant, indiquer si le pouvoir adjudicateur est une centrale d'achat ou signaler tout recours à une autre forme de passation de marchés conjoints.
5. Codes CPV ; si le marché est divisé en lots, indiquer cette information pour chaque lot.
6. Code NUTS du lieu principal des travaux pour les marchés de travaux ou code NUTS du lieu principal de livraison ou d'exécution pour les marchés de fournitures et de services ; si le marché est divisé en lots, indiquer cette information pour chaque lot.
7. Description du marché : nature et étendue des travaux, nature et quantité ou valeur des fournitures, nature et étendue des services. Si le marché est divisé en lots, indiquer cette information pour chaque lot. Le cas échéant, description des options.
8. Ordre de grandeur total estimé du/des marché(s) : lorsque le marché est divisé en lots, cette information est fournie pour chaque lot.
9. Admission ou interdiction des variantes.
10. Calendrier de la livraison ou de la fourniture des produits, travaux ou services et, dans la mesure du possible, durée du marché.
    a) En cas d'accord-cadre, indiquer la durée prévue de l'accord-cadre en précisant, si nécessaire, les raisons de toute durée de plus de quatre ans ; dans la mesure du possible, indiquer la valeur ou l'ordre de grandeur et la fréquence des marchés à attribuer, le nombre et, si nécessaire, le nombre maximal envisagé d'opérateurs économiques autorisés à participer.
    b) En cas de système d'acquisition dynamique, indiquer la durée prévue du système ; dans la mesure du possible, indiquer la valeur ou l'ordre de grandeur et la fréquence des marchés à attribuer.
11. Conditions de participation, notamment : a) le cas échéant, indiquer s'il s'agit d'un marché public réservé à des ateliers protégés ou dont l'exécution est réservée dans le cadre de programmes d'emplois protégés ; b) le cas échéant, indiquer si, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, la fourniture du service est réservée à une profession particulière ; réfé-

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

rence de la disposition législative, réglementaire ou administrative applicable ; c) liste et brève description des critères de sélection et des critères concernant la situation personnelle des opérateurs économiques qui pourraient entraîner leur exclusion ; niveau(x) minimal(-aux) de normes éventuellement requis ; indiquer les informations requises (déclarations sur l'honneur, documents).

12. Type de procédure d'attribution ; le cas échéant, justification du recours à une procédure accélérée (en cas de procédures ouvertes, restreintes et de procédures concurrentielles avec négociation).
13. Le cas échéant, indiquer s'il y a : a) un accord-cadre ; b) un système d'acquisition dynamique ; c) une enchère électronique (en cas de procédures ouvertes, restreintes ou de procédures concurrentielles avec négociation).
14. Si le marché doit être divisé en lots, indiquer la possibilité, pour les opérateurs économiques, de soumissionner pour un, plusieurs lots ou tous les lots ; indiquer toute limite éventuelle du nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire. Lorsque le marché n'est pas divisé en lots, en indiquer les raisons, sauf si cette information est fournie dans le rapport individuel.
15. Pour les procédures restreintes, les procédures concurrentielles avec négociation, le dialogue compétitif ou les partenariats d'innovation, lorsqu'il est fait usage de la faculté de réduire le nombre de candidats qui seront invités à présenter une offre, à négocier ou à dialoguer : nombre minimal et, le cas échéant, maximal de candidats envisagé et critères objectifs à appliquer pour choisir les candidats en question.
16. Pour les procédures concurrentielles avec négociation, le dialogue compétitif ou les partenariats d'innovation, indiquer, le cas échéant, le recours à une procédure se déroulant en phases successives afin de réduire progressivement le nombre d'offres à négocier ou de solutions à discuter.
17. Le cas échéant, conditions particulières auxquelles est soumise l'exécution du marché.
18. Critères qui seront utilisés lors de l'attribution du ou des marchés. Sauf lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est identifiée sur la base du prix uniquement, les critères de l'offre économiquement la plus avantageuse ainsi que leur pondération sont mentionnés lorsqu'ils ne figurent pas dans le cahier des charges ou, en cas de dialogue compétitif, dans le document descriptif.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

19. Délai de réception des offres (procédures ouvertes) ou des demandes de participation (procédures restreintes, procédures concurrentielles avec négociation, systèmes d'acquisition dynamique, dialogues compétitifs, partenariats d'innovation).
20. Adresse à laquelle les offres ou les demandes de participation sont envoyées.
21. En cas de procédures ouvertes : a) délai pendant lequel le soumissionnaire est tenu de maintenir son offre ; b) date, heure et lieu de l'ouverture des offres ; c) personnes autorisées à assister à cette ouverture.
22. Langue ou langues devant être utilisées dans l'offre ou la demande de participation.
23. Le cas échéant, indiquer si : a) les offres ou les demandes de participation pourront être présentées par voie électronique ; b) la commande en ligne sera utilisée ; c) la facturation en ligne sera acceptée ; d) le paiement en ligne sera utilisé.
24. Préciser si le marché est lié à un projet et/ou un programme financé par des fonds de l'Union.
25. Nom et adresse de l'instance compétente pour les procédures de recours et, le cas échéant, de médiation. Précisions concernant les délais d'introduction des recours ou, au besoin, nom, adresse, numéro de téléphone, numéro de télécopieur et adresse électronique du service à contacter pour tout complément d'information.
26. Date(s) et référence(s) des publications précédentes au *Journal officiel de l'Union européenne* pertinentes pour le ou les marchés publiés dans cet avis.
27. En cas de marchés récurrents, calendrier provisoire des prochains avis qui seront publiés.
28. Date d'envoi de l'avis.
29. Indiquer si le marché relève ou non de l'AMP.
30. Toute autre information pertinente.

339. Spécificité des services sociaux. Pour les services sociaux et autres services spécifiques, les avis de marché doivent se référer à des informations complémentaires identifiées dans la partie H de l'annexe V de la directive 2014/24. Ces avis sont d'autant plus importants que ces services font l'objet d'une procédure allégée, avec la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de recourir à la négociation en prenant en compte la spécificité et la qualité de ces services.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

1. Nom, numéro d'identification (dans les cas où il est prévu dans la législation nationale), adresse, y compris code NUTS, adresse électronique et adresse internet du pouvoir adjudicateur.
2. Code NUTS du lieu principal des travaux pour les marchés de travaux ou code NUTS du lieu principal de livraison ou d'exécution pour les marchés de fournitures et de services.
3. Brève description du marché en question comprenant le ou les codes CPV.
4. Conditions de participation, notamment :
   – le cas échéant, indiquer s'il s'agit d'un marché réservé à des ateliers protégés ou dont l'exécution est réservée dans le cadre de programmes d'emplois protégés ;
   – le cas échéant, indiquer si, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, l'exécution du service est réservée à une profession déterminée.
5. Délai(s) pour contacter le pouvoir adjudicateur en vue d'une participation.
6. Brève description des principales caractéristiques de la procédure d'attribution à appliquer.

C. *Articulation avec la publicité nationale*

340. Absence d'antériorité de la publication nationale. Dès lors que le contrat projeté entre dans les seuils de passation formalisée, les avis prévus par la directive (préinformation, avis de marché, avis d'attribution de marché) ne sont pas publiés au niveau national avant qu'ils ne le soient au niveau européen par l'intermédiaire de l'Office des publications de l'Union européenne (693). En principe, l'Office donne au pouvoir adjudicateur confirmation de la réception de l'avis de la publication des informations transmises, en mentionnant la date de la publication. Cette information tient lieu de preuve de la publication (694). Dans l'hypothèse où les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas été informés de la publication dans les quarante-huit heures qui suivent la confirmation de cet avis, ils peuvent toutefois procéder à une publication nationale. En tout état de cause, les avis publiés au niveau national doivent comporter les mêmes renseignements que ceux contenus dans les avis européens.

(693) Directive 2014/24, art. 52 ; directive 2014/25, art. 72.
(694) Directive 2014/24, art. 51, § 1 ; directive 2014/25, art. 71, § 6.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

341. Domaine de la publicité nationale. Ainsi que cela a été souligné lors de la présentation des seuils, la publicité européenne ne doit être observée qu'au-delà des seuils formalisés. En deçà, la conclusion du marché bascule dans le champ d'une procédure adaptée. Les modalités de la procédure adaptée demeurent librement fixées par le pouvoir adjudicateur « en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre, ainsi que des circonstances de l'achat » (695). En France, dans le champ de la procédure adaptée, les modalités adaptées de publicité diffèrent elles-mêmes selon la taille du marché.

– Pour un premier groupe d'acheteurs, composé de l'État, de ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et de leurs groupements, un seuil spécifique et national de 90.000 € HT doit être observé. En deçà de ce seuil, l'acheteur choisit librement les modalités de publicité en fonction des caractéristiques du marché, à la condition essentielle que la publicité soit en « adéquation » avec la nature du marché par application du principe de transparence. Au-delà de ce seuil, et jusqu'aux seuils formalisés, un avis de marché doit être publié, soit dans le *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (JAL), soit encore au *JOUE*, afin que le marché n'échappe pas à des opérateurs « raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le marché public ».
– Pour un second groupe d'acheteurs, qui couvre *a contrario* les autres pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices jusqu'alors soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005, un principe de liberté de la publicité demeure, quel que soit le montant du besoin à satisfaire.

§ 2. – *Les moyens électroniques*

342. Principe. La mise à disposition des informations par voie électronique est le principe. Elle se justifie par la recherche d'une plus grande simplicité de l'accès à l'information et, plus généralement,

(695) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 27 ; Code des marchés publics, art. 28, abrogé.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

par l'impératif de transparence (696). L'article 53 de la directive 2014/24 établit en ce sens que « les pouvoirs adjudicateurs offrent, par moyen électronique, un accès gratuit, sans restriction, complet et direct aux documents de marché à partir de la date de publication d'un avis conformément à l'article 51 ou à partir de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. Le texte de l'avis ou de l'invitation à confirmer l'intérêt précise l'adresse internet à laquelle les documents de marché sont accessibles ». Cette disposition de la directive peut être comprise comme une application sectorielle de l'exigence plus générale de recourir à la communication électronique, qui figure à l'article 22 de la directive 2014/24 (697).

343. Aménagements. Les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus d'exiger l'utilisation de moyens de communication électroniques (ils recourent alors à la voie postale) lors du processus de soumission dans les cas suivants (698) :

– en raison de la nature spécialisée du marché, l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait des outils, des dispositifs ou des formats de fichiers particuliers qui ne sont pas communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles ;
– les applications prenant en charge les formats de fichier adaptés à la description des offres utilisent des formats de fichier qui ne peuvent être traités par aucune autre application ouverte ou communément disponible ou sont soumises à un régime de licence propriétaire et ne peuvent être mises à disposition par téléchargement ou à distance par le pouvoir adjudicateur ;

(696) Dans une perspective de simplification des procédures et d'accroissement de la transparence, le cons. 52 de la directive 2014/24 souligne qu'il « faudrait que soient obligatoires la transmission des avis et la mise à disposition des documents de marché par voie électronique et, à l'issue d'une période transitoire de trente mois, la communication totalement électronique, c'est-à-dire la communication par des moyens électroniques à tous les stades de la procédure, notamment la transmission des demandes de participation, et en particulier la transmission des offres (soumission électronique). Il convient que les États membres et les pouvoirs adjudicateurs demeurent libres d'aller plus loin sur cette voie, s'ils le souhaitent ».

(697) Directive 2014/24, art. 22, § 1 : « Les États membres veillent à ce que toutes les communications et tous les échanges d'informations effectués en vertu de la présente directive, et notamment la soumission électronique des offres, soient réalisés par des moyens de communication électroniques, conformément aux exigences du présent article. Les outils et dispositifs utilisés pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, ne sont pas discriminatoires, sont communément disponibles et compatibles avec les TIC généralement utilisées, et ne restreignent pas l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation de marché » (directive 2014/25, art. 40, § 1).

(698) Directive 2014/24, art. 22, § 1, al. 2, directive 2014/25, art. 40, § 1, al. 2.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait un équipement de bureau spécialisé dont les pouvoirs adjudicateurs ne disposent pas communément ;
– les documents de marché exigent la présentation de maquettes ou de modèles réduits qui ne peuvent être transmis par voie électronique.

344. Exception liée à la sensibilité du marché. Les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus d'exiger l'utilisation de moyens de communication électroniques lors du processus de soumission, dans la mesure où l'utilisation d'autres moyens de communication que les moyens électroniques est nécessaire en raison soit d'une violation de la sécurité des moyens de communication électroniques, soit du caractère particulièrement sensible des informations qui exige un degré de protection extrêmement élevé ne pouvant pas être assuré convenablement par l'utilisation d'outils et de dispositifs électroniques dont disposent communément les opérateurs économiques ou qui peuvent être mis à leur disposition par d'autres moyens d'accès (699).

345. Mise en œuvre. De manière générale, la communication électronique vise tout support communément disponible, telle qu'une messagerie électronique ou une plate-forme dédiée hébergée au sein de l'intranet du pouvoir adjudicateur. Si le pouvoir adjudicateur exige pour la communication électronique d'autres supports ou dispositifs que ceux qui sont communément utilisés, il doit garantir aux opérateurs économiques la possibilité de se procurer les supports en cause ou permettre l'accès à l'information sous une autre forme (700). Par ailleurs, dans la mise en œuvre des outils et des dispositifs de transmission et de réception électroniques des offres, les pouvoirs adjudicateurs doivent veiller à préserver l'intégrité des données et la confidentialité des offres et des demandes de participation. Ils ne prennent connaissance du contenu des offres et des demandes de participation qu'après l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci (701).

346. Sécurité et signature électronique. L'annexe IV de la directive 2014/24 établit une série d'exigences applicables à la réception électronique des offres, des demandes de participation. Des garanties

(699) Directive 2014/24, art. 22, § 1, al. 4 ; directive 2014/25, art. 40, § 1, al. 4.
(700) Directive 2014/24, art. 22, § 3 ; directive 2014/25, art. 40, § 3.
(701) Directive 2014/24, art. 22, § 3 ; directive 2014/25, art. 40, § 3.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

substantielles et procédurales doivent être observées, notamment en limitant le nombre de personnes qui peuvent accéder aux données transmises. Par ailleurs (702) :

– les informations relatives aux spécifications nécessaires à la soumission des offres et des demandes de participation par voie électronique, y compris le cryptage et l'horodatage, sont à la disposition des parties intéressées ;
– les États membres, ou les pouvoirs adjudicateurs agissant dans un cadre général établi par l'État membre concerné, précisent le niveau de sécurité exigé pour le recours aux moyens électroniques de communication pour chacune des phases de la procédure de passation de marché ; ce niveau est proportionné aux risques ;
– les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger de recourir au modèle de la signature électronique suivant les formats prévus par la décision 2011/130/UE de la Commission, en accompagnant la signature d'un certificat qualifié.

(702) Directive 2014/24, art. 22, § 6 ; directive 2014/25, art. 40, § 6.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - La préparation du contrat
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

CHAPITRE 2
LA PASSATION DES MARCHÉS

Le cadre de passation des marchés publics qui entrent dans le champ des directives est défini par celles-ci. Bien que le droit interne conserve une importante marge de manœuvre pour préciser certaines modalités techniques, notamment la détermination du cahier des clauses administratives générales, ou encore les prérogatives spécifiques des commissions d'appels d'offres, le déroulement de la passation des marchés est régi par le droit de l'Union, tant pour la détermination des différentes étapes de la passation (section 1), que pour le choix des procédures et des techniques qui peuvent être mises en œuvre par le pouvoir adjudicateur pour les conclure (section 2). La publication de l'attribution des marchés est également encadrée (section 3).

Section 1. – Les étapes de la passation

347. Centralité de la distinction critères de sélection/critères d'attribution. Les directives instituent un cadre de passation des marchés publics qui repose sur une distinction essentielle entre la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché. La dissociation de ces étapes, présente dès la première directive sur les marchés publics de travaux, figure désormais à l'article 56 de la directive 2014/24, suivant lequel les marchés sont attribués sur la base des critères arrêtés conformément aux articles 67 à 69 de la directive (offre économique avantageuse qui intègre le coût du cycle de vie et, à titre dérogatoire, le seul critère du prix), pour autant que les pouvoirs adjudicateurs aient vérifié que l'offre soit conforme aux exigences, conditions et critères énoncés dans l'avis de marché et qu'elle provienne d'un soumissionnaire qui n'est pas exclu et qui répond aux critères de sélection. Cette séparation en deux phases est commune à toutes les directives relatives aux marchés publics, elle s'applique désormais également aux concessions en vertu de l'article 38 de la directive 2014/23.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

348. Justification. De jurisprudence constante, la Cour considère que « ces deux opérations sont deux opérations distinctes et qu'elles sont régies par des règles différentes » (703), puisqu'il s'agit d'apprécier l'aptitude des soumissionnaires puis d'attribuer le marché. La dissociation des deux étapes a été systématisée et éclairée par la jurisprudence et les conclusions d'avocats généraux (704). Le plus souvent, la séparation conceptuelle en deux phases distinctes correspondra à une division temporelle entre elles. Ainsi, dans un premier temps, le pouvoir adjudicateur invitera les opérateurs économiques, dans un délai précis, à manifester leur intérêt pour un marché et à apporter la preuve qu'ils remplissent les critères qualitatifs de sélection valables pour le marché en cause. À l'issue de cette première phase, un nouveau délai sera fixé aux soumissionnaires retenus pour présenter une offre complète. Enfin, l'adjudication finale du marché interviendra en application des critères d'attribution du marché préalablement définis (705). Telle qu'elle est conçue, la détermination de deux phases distinctes dans l'attribution du marché est censée bénéficier tant au pouvoir adjudicateur, qui n'examine que les offres d'entreprises dont la capacité est prouvée et qui ne sont pas exclues pour des motifs d'intérêt général, qu'aux soumissionnaires, qui ne vont pas investir dans la formulation d'une offre précise et adaptée à l'objet du marché. Bien que la scission temporelle de ces deux phases soit le principe, ni le droit ni la jurisprudence de la Cour n'excluent le fait que l'appréciation des critères ait lieu conjointement. Le pouvoir adjudicateur demeure libre d'examiner de manière simultanée le respect des critères de sélection qualitative par les candidats, leur conférant le droit de participer au marché, et leurs offres en fonction des critères d'attribution du marché (706).

349. Plan. Cette structuration en deux phases emporte des conséquences sur la nature des critères mobilisés. Il en résulte que « sont

(703) Pour les marchés de travaux : CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff. 31/87, *Rec.*, p. 4635, pts 15 et 16 ; pour les services : CJCE, 24 janvier 2008, *Lianakis e.a.*, aff. C-532/06, *Rec.*, p. I-254, pt 36 ; W. Zimmer, *Contrats et Marchés publics*, 2008, n° 3, comm. 54.

(704) La distinction entre les critères de participation et ceux d'attribution a été mise en lumière par l'Avocat général Darmon dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire *Beentjes* (31/87, *Rec.*, p. 4635). Selon lui, la directive 71/305 « distingue nettement les critères de vérification de l'aptitude, qui concernent les qualités de l'entrepreneur, et ceux d'attribution du marché, relatifs aux qualités de la prestation qu'il offre, du travail qu'il se propose d'effectuer » (pt 36).

(705) Voy. la systématisation propose par l'Avocat général Miguel Poiares Maduro, dans l'affaire *La Cascina*, présentées le 8 septembre 2005, aff. jtes C-226/04 et C-228/04, *Rec.*, p. I-1350, pt 35.

(706) CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, *op. cit.*, pt 16 ; CJCE, 19 juin 2009, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)*, aff. C-315/01, *Rec.*, p. I-6351, pt 60.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

exclus à titre de “critères d’attribution” des critères qui ne visent pas à identifier l’offre économique la plus avantageuse, mais qui sont liés essentiellement à l’appréciation de l’aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question » (707). Des critères tels que l’expérience, les qualifications et les moyens de nature à garantir une bonne exécution du marché en cause doivent ainsi être rattachés à l’appréciation de l’aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché et n’ont pas la qualité de critère d’attribution. Par exemple, la Cour a rejeté le fait qu’un pouvoir adjudicateur puisse s’appuyer sur le critère de l’expérience de travaux précédents à titre de critère d’attribution (708). Il en résulte la nécessité de préciser le contenu de ces deux phases : d’une part, l’appréciation des candidatures par les critères de sélection qualitatifs (§ 1), d’autre part, l’attribution du marché suivant l’offre économiquement la plus avantageuse (§ 2).

§ 1. – *L’appréciation des candidatures par les critères de sélection qualitatifs*

L’appréciation résulte de la combinaison de critères négatifs et positifs. Pour être admis à présenter une offre, l’opérateur économique ne doit pas être écarté en vertu de critères d’exclusion (A) et doit satisfaire à des critères d’aptitude et de capacités (B).

A. *Les critères d’exclusion*

350. L’exclusion d’un opérateur d’une procédure de marché ou de concession peut être retenue au regard de motifs identifiés par les directives (1). Pour le pouvoir adjudicateur, il s’agit de garantir le respect d’une forme d’ordre public économique. Mais le recours à l’exclusion, lorsqu’il se fonde sur des motifs laissés à l’appréciation des États, doit respecter le principe de proportionnalité (2).

1) *Identification des motifs*

351. Distinction. Les directives établissent des motifs d’exclusion qui permettent d’écarter *ab initio* une candidature. Ces motifs, qui concernent la situation des candidats, peuvent être regroupés en deux catégories au regard de l’article 57 de la directive 2014/24 :

(707) CJCE, 24 janvier 2008, *Lianakis e.a.*, aff. C-532/06, *op. cit.*, pt 30.

(708) CJCE, 19 juin 2009, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)*, aff. C-315/01, pts 57 et 64 à 67.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

ceux qui conduisent à une exclusion automatique des soumissionnaires et ceux qui peuvent conduire à leur exclusion.

352. Obligation d'exclusion. Ces motifs ont trait pour l'essentiel à la probité du candidat et à son « passif » pénal. Tel est le cas lorsqu'un opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation, pour l'une des raisons suivantes (709) :

– participation à une organisation criminelle telle qu'elle est définie à l'article 2 de la décision-cadre 2008/847/JAI du Conseil (710) ;
– corruption, telle qu'elle est définie à l'article 3 de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne et à l'article 2, paragraphe 1, de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil (711), ou telle qu'elle est définie dans le droit national du pouvoir adjudicateur ou de l'opérateur économique ;
– fraude au sens de l'article 1er de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (712) ; il en résulte qu'un opérateur économique qui a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif pour des agissements de fraude aux intérêts financiers doit être exclu par le pouvoir adjudicateur de la possibilité de participer à un marché public (713) ;

(709) Bien qu'ils soient formulés de manière impérative, les États peuvent exceptionnellement déroger à ces motifs d'exclusion. En ce sens, il résulte de l'article 57, § 3, que « Les États membres peuvent prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire visée aux paragraphes 1 et 2, à titre exceptionnel, pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement. Les États membres peuvent aussi prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire visée au paragraphe 2, lorsqu'une exclusion serait manifestement disproportionnée, en particulier lorsque seuls des montants minimes d'impôts, de taxes ou de cotisations de sécurité sociale sont impayés ou lorsque l'opérateur économique a été informé du montant exact dû à la suite du manquement à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale à un moment où il n'avait pas la possibilité de prendre les mesures prévues au paragraphe 2, troisième alinéa, avant l'expiration du délai de présentation de la demande de participation ou, dans le cadre de procédures ouvertes, du délai de présentation de l'offre ».

(710) *JOUE*, n° C 195/1 du 25 juin 1997.

(711) Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil, du 22 juillet 2003, relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, *JOUE*, n° L 192/54 du 31 juillet 2003.

(712) *JOUE*, n° C 316/48 du 27 novembre 1995.

(713) Mais la définition de la fraude par renvoi à ladite convention implique que soit identifié, au sens de l'article 1er de celle-ci, une fraude en matière de dépenses (utilisation ou présentation de déclarations ou de documents faux ayant pour effet la perception ou la rétention indue de fonds provenant du budget général de l'Union, non-communication d'une information ou détournement de fonds) ou une fraude en matière de recettes (manœuvres ayant pour effet la diminution illégale de ressources du budget général de l'Union). Bien qu'elle soit aisée à définir, du fait du renvoi à la Convention sur la protection des intérêts financiers de l'Union, sa preuve n'est pas toujours évidente car elle suppose, d'une part, de caractériser une illégalité (des faux, un trucage d'appel d'offres) et, d'autre part, d'identifier une manœuvre dolosive, caractérisée par la recherche d'un avantage indu au profit d'un acteur, pouvoir adjudicateur et/ou opérateur économique.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– infraction terroriste ou infraction liée aux activités terroristes, telles qu'elles sont définies respectivement à l'article 1er et à l'article 3 de la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil (714), ou incitation à commettre une infraction, complicité ou tentative d'infraction telles qu'elles sont visées à l'article 4 de ladite décision-cadre ;
– blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme tels qu'ils sont définis à l'article 1er de la directive 2005/60 du Parlement européen et du Conseil (715) ;
– travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains définis à l'article 2 de la directive 2011/36 du Parlement européen et du Conseil (716).

353. Possibilité d'exclusion pour motifs fiscaux. Un opérateur économique est exclu de la participation à une procédure de passation de marché si le pouvoir adjudicateur a connaissance d'un manquement par l'opérateur économique à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale lorsque celui-ci a été établi par une décision judiciaire ayant force de chose jugée ou une décision administrative ayant un effet contraignant, conformément aux dispositions légales du pays dans lequel il est établi ou à celles de l'État membre du pouvoir adjudicateur (717). Dans le cas de figure d'une exclusion pour défaut de régularité dans la situation fiscale ou sociale, la jurisprudence admet qu'une législation nationale peut prévoir une possibilité de régularisation après la date d'échéance pour le dépôt de demande de participation au marché (718).

(714) Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative à la lutte contre le terrorisme, *JOUE*, n° L 164/3 du 22 juin 2002.

(715) Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *JOUE*, n° L 309/15 du 25 novembre 2005.

(716) Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, *JOUE*, n° L 101/1 du 15 avril 2011.

(717) Directive 2014/24, art. 57, § 2.

(718) CJCE, 9 février 2006, *La Cascina Soc. coop. arl*, aff. jtes C-226/04 et C-228/04, *Rec.*, p. I-1366. Peut être admise une réglementation ou une pratique administrative suivant laquelle un prestataire de services, qui n'a pas rempli, à la date d'échéance pour le dépôt de la demande de participation au marché, ses obligations en matière de cotisations de sécurité sociale et d'impôts et taxes en ayant effectué intégralement le paiement correspondant, peut régulariser sa situation *ex post*, soit en vertu de mesures d'amnistie fiscale, soit en vertu d'un arrangement administratif en vue d'un échelonnement des dettes, soit encore par l'introduction d'un recours administratif ou judiciaire. Il doit toutefois prouver, dans le délai fixé par la réglementation interne, avoir bénéficié de telles mesures ou avoir introduit un tel recours.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

354. Ajouts nationaux de possibilités d'exclusion. La marge de manœuvre des États se justifie par le fait que chacun d'eux est le mieux à même « d'identifier, à la lumière de considérations historiques, juridiques, économiques ou sociales qui lui sont propres, les situations propices à l'apparition de comportements susceptibles d'entraîner des entorses » aux principes fondamentaux (719). Selon l'article 57, § 4, de la directive 2014/24, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres d'exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants :

– lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2, à savoir certaines obligations sociales et environnementales résultant de conventions internationales identifiées à l'annexe X de la directive (720) ;
– l'opérateur économique est en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou de liquidation, ses biens sont administrés par un liquidateur ou sont placés sous administration judiciaire, il a conclu un concordat préventif, il se trouve en état de cessation d'activités, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales ;
– le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ; ce cas de figure renvoie à l'hypothèse d'une méconnaissance grave des dispositions législatives ou réglementaires applicables ou des normes de déontologie de la profession à laquelle un candidat appartient ou encore

(719) CJCE, 23 décembre 2009, *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, aff. C-376/08, *Rec.*, p. I-12169, pts 31 et 32.

(720) À savoir : Convention n° 87 de l'OIT concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical ; Convention n° 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective ; Convention n° 29 de l'OIT sur le travail forcé ; Convention n° 105 de l'OIT sur l'abolition du travail forcé ; Convention n° 138 de l'OIT concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi ; Convention n° 111 de l'OIT concernant la discrimination (emploi et profession) ; Convention n° 100 de l'OIT sur l'égalité de rémunération ; Convention n° 182 de l'OIT sur les pires formes de travail des enfants ; 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 ; Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (convention de Bâle) ; Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants ; 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.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

à une conduite fautive qui a une incidence sur sa crédibilité professionnelle (721) ;
– le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que l'opérateur économique a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ;
– il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 24 par d'autres mesures moins intrusives (722).

2) *Contrôle de la mise en œuvre des motifs*

355. Incompatibilité du caractère automatique de l'exclusion du fait d'un motif facultatif. Une difficulté fréquemment soulevée devant le juge est liée aux modalités suivant lesquelles les États mettent en œuvre la faculté d'exclusion qui leur est reconnue pour certains motifs. Peut-on considérer que les pouvoirs adjudicateurs, le cas échéant sur le fondement de la législation nationale, peuvent écarter automatiquement une candidature du fait d'une cause d'exclusion facultative ? La Cour s'est penchée sur cette question dans l'affaire *Forposta SA* (relative à une entité adjudicatrice). En l'occurrence, la poste polonaise (*Poczta Polska*) avait écarté une candidature pour un marché de délivrance de colis postaux au motif de l'existence d'une faute professionnelle grave (723). Pour le juge, le caractère automatique d'une exclusion, sans prise en compte de l'importance de la gravité de la faute et qui s'appuie uniquement sur un précédent, dépasse la marge de manœuvre des États dans la

(721) Tel peut être le cas des conduites suivantes : présentation frauduleuse ou par négligence de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou le respect des critères de sélection ou dans l'exécution d'un marché, conclusion d'un accord avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence, violation de droits de propriété intellectuelle, tentative d'influer sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur lors de la procédure de passation de marché, tentative d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation de marché.

(722) Une nouveauté de la directive 2014/24 est de systématiser la notion de conflit d'intérêts, pour renforcer les exigences de probité dans la conclusion des marchés. Selon l'article 24, le conflit d'intérêts vise au moins toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché.

(723) CJUE, 13 décembre 2012, *Forposta SA*, *ABC Direct Contact sp. zoo c. Poczta Polska SA*, aff. C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

définition et la mise en œuvre de cette cause d'exclusion ; en effet, « la réglementation nationale en cause au principal détermine elle-même les paramètres sur la base desquels un comportement précédent d'un opérateur économique impose au pouvoir adjudicateur en cause d'exclure automatiquement cet opérateur de la procédure d'attribution d'un marché public nouvellement engagée, sans laisser à ce pouvoir adjudicateur la faculté d'apprécier, au cas par cas, la gravité du comportement prétendument fautif dudit opérateur dans le cadre de l'exécution du marché précédent » (724).

356. Proportionnalité des motifs d'exclusion. Plus généralement, la possibilité reconnue aux États d'introduire des cas additionnels d'exclusion, qui s'ajoute à ceux impératifs prévus par le droit dérivé, doit être conforme au principe de proportionnalité. Dès lors que les directives ne sont pas d'harmonisation complète sur ce point, les États sont libres de maintenir ou d'édicter des règles matérielles et procédurales en matière de marchés publics, dans le cadre des règles communes, à condition de respecter toutes les dispositions pertinentes du droit de l'Union et notamment les interdictions qui découlent du droit primaire. Mais cette latitude, outre le respect du droit primaire, doit également s'exercer dans le respect de la proportionnalité, à savoir que ces motifs et leurs modalités de mise en œuvre doivent être cohérents avec l'objectif recherché et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour parvenir à l'objectif poursuivi par le législateur national (725).

357. Exemples. En s'appuyant sur ce cadre d'analyse, qui découle directement du régime contentieux des libertés de circulation, la Cour a précisé la mise en œuvre du principe de proportionnalité dans plusieurs situations.

– Lorsque le cas d'exclusion est fondé sur l'existence d'une faute professionnelle : ce motif est tout à fait envisageable, dès lors qu'il s'inscrit dans une exigence de sécurité juridique et qu'il participe de la logique propre aux motifs d'exclusion, qui visent à la satisfaction d'objectifs d'intérêt général, tels que la fiabilité, la diligence, l'honnêteté professionnelle et le sérieux du soumissionnaire. Il peut renvoyer à tout comportement fautif d'un opérateur qui a une in-

(724) *Op. cit.*, pt 34.

(725) Il convient de rappeler que le principe de proportionnalité constitue, de jurisprudence constante, un principe général du droit ; voy. pour une systématisation claire, CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, *Rec.*, p. I-11893, pt 47.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

cidence sur sa crédibilité professionnelle, tel que la violation des normes de déontologie de la profession ou encore la commission d'une infraction au droit de la concurrence, telle que la participation à une entente présentant un objet ou un effet anticoncurrentiel ou un abus de position dominante (726). Le principe de proportionnalité, qui implique de peser des intérêts distincts (727), s'impose pour apprécier l'adéquation de la décision d'exclusion au regard de la gravité de la faute.

– Le contrôle de proportionnalité doit également être suivi en présence d'une législation qui prévoit l'exclusion automatique d'un candidat du fait de ne pas avoir transmis un document tel qu'une « convention de légalité », requis pour justifier sa probité par rapport à la criminalité organisée dans le secteur des marchés publics. Si, sur le plan des principes, il faut considérer qu'un mécanisme d'exclusion automatique pour défaut de présentation des pièces liées aux contrôles des motifs d'exclusion peut être conforme à la directive et aux principes fondamentaux, la conformité d'un tel mécanisme en droit interne demeure tributaire du respect du principe de proportionnalité. Par exemple, une exclusion automatique liée au contrôle de l'absence de conflit d'intérêts est disproportionnée lorsqu'il s'agit d'un marché qui peut être sous-traité (728).

– Une exclusion à raison du risque d'interférence entre les marchés publics et certaines professions doit également être proportionnée. Tel est l'objet de l'affaire *Michaniki* (729), mettant en cause la Constitution grecque qui exclut, en vertu de son article 14, qu'un

(726) CJUE, 18 décembre 2014, *Generali-Providencia Biztosito*, aff. C-470/13, ECLI:EU:C:2014:246, pt 39.

(727) CJUE, 10 juillet 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, aff. C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063, pts 29, 31 et 32.

(728) CJUE, 22 octobre 2015, *Impresa Edilux Srl e.a. c. Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana e.a.*, aff. C-425/14, ECLI:EU:C:2015:721, pt 38 : « une obligation pour un participant à un marché public de déclarer, d'une part, l'absence de rapport de contrôle ou d'association avec d'autres concurrents et, d'autre part, l'absence d'accord avec d'autres participants à la procédure d'appel d'offres, avec la conséquence que, en l'absence d'une telle déclaration, il est automatiquement exclu de cette procédure, enfreint le principe de proportionnalité » ; en effet, « une telle déclaration implique une présomption irréfragable selon laquelle l'éventuelle sous-traitance par l'adjudicataire, après l'attribution du marché, à un autre participant au même appel d'offres résulterait d'une collusion entre les deux entreprises concernées, sans laisser à celles-ci la possibilité de démontrer le contraire. Ainsi, une telle déclaration va au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir des comportements collusoires » (pt 39).

(729) CJCE (gr. ch.), 16 décembre 2008, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulio Radiotileorasis*, aff. C-213/07, *Rec.*, p. I-9999 ; et les conclusions de l'Avocat général Maduro, présentées le 8 octobre 2008, qui mettent en perspective le caractère constitutionnel de la prohibition en cause avec la problématique, plus générale, du respect par l'Union de l'identité constitutionnelle des États membres.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

propriétaire ou actionnaire majeur d'une entreprise de médias soit également propriétaire ou actionnaire d'une entreprise chargée de l'exécution de marchés de travaux. Si une telle interdiction peut trouver un fondement dans l'objectif d'intérêt général que constitue le maintien du pluralisme et de l'indépendance des médias, ainsi que dans celui de lutte contre la fraude et la corruption, il n'en demeure pas moins que la mesure, fût-elle fondée sur une disposition constitutionnelle, doit être compatible avec le principe de proportionnalité. Le caractère automatique de l'exclusion fait ici difficulté, de même que la généralité de la mesure qui vise l'ensemble des opérateurs de travaux quelle que soit leur taille.

358. Extension de l'exclusion au stade de l'attribution du marché. Sensible à la fonction pénale et sociale des motifs d'exclusion, la Cour a envisagé la possibilité d'intégrer un motif d'exclusion non pas au stade de l'examen des motifs d'exclusion, mais lors de l'examen des offres, préalablement à l'attribution du marché. Significatif est ici l'arrêt *Croce Amica One Italia Srl*, rendu le 11 décembre 2014 (730). En l'espèce, un opérateur en lice pour obtenir un marché pour le transport urgent d'organes et tissus humains, n'avait pas mentionné l'existence de condamnations pénales le concernant. Pour la Cour, dans le silence de la directive, il convient d'admettre la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de retirer un appel d'offres s'il existe une suspicion de fraude à l'égard du seul soumissionnaire qui demeure apte à exécuter le marché. Il s'agit là d'une appréciation d'opportunité, du point de vue de l'intérêt public, à laquelle doit procéder le pouvoir adjudicateur ; sous l'angle du droit de l'Union, elle se justifie sur le fondement des principes fondamentaux et des exigences du principe de transparence.

B. *L'appréciation de l'aptitude*

359. Contenu. L'étape de la vérification de l'aptitude conformément à des critères de capacité économique, financière et technique ne correspond pas à une délimitation de la compétence des États pour fixer le niveau de capacité requis en vue de la participation aux marchés : elle vise à déterminer quels sont les références probantes ou les moyens de preuve pouvant être fournis pour justifier

(730) CJUE, 11 décembre 2014, *Croce Amica One Italia Srl*, aff. C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, pts 34 et 35.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

ces capacités des entrepreneurs (731). La vérification de l'aptitude a pour objet de donner au pouvoir adjudicateur l'assurance que le soumissionnaire aura effectivement l'usage des moyens de toute nature dont il se prévaut pendant la période couverte par le marché (732). Les critères de sélection, qui visent à inclure une candidature dans le processus de sélection, renvoient, suivant l'article 58 de la directive 2014/24, à trois exigences traditionnelles : l'aptitude à exercer une activité professionnelle (1), la capacité économique et financière (2), les capacités techniques et professionnelles (3). Ces conditions doivent être liées et proportionnées à l'objet du marché.

1) *Aptitude professionnelle*

360. Contenu. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer aux opérateurs économiques d'être inscrits sur un registre professionnel ou sur un registre du commerce de leur État membre d'établissement, visé à l'annexe XI, ou de se conformer à toute autre exigence énoncée dans ladite annexe. Dans les procédures de passation de marché de services, lorsque les opérateurs économiques ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation.

361. Annexe XI de la directive 2014/24/UE. Elle identifie, pour chaque État membre, les registres professionnels auprès desquels peuvent être inscrits les opérateurs économiques. Certains États optent pour un registre unique, tel qu'un registre du commerce (733), d'autres pour un cadre distinct selon qu'il s'agit de travaux ou de services et dissocient registre du commerce et ordres professionnels (734), d'autres enfin font coexister avec l'enregistrement un système de déclaration sous serment de l'opérateur pour justifier son aptitude (735).

(731) CJCE, 9 juillet 1987, *CEI et Bellini*, aff. 27 et 29/86, *op. cit.*

(732) CJCE, 2 décembre 1999, *Holst Italia Spa c. Comune di Cagliari*, aff. C-176/98, *Rec.*, p. I-8607, pt 30.

(733) Bulgarie, République tchèque, Danemark, Estonie, France, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Roumanie, Slovénie, Slovaquie, Finlande.

(734) Belgique, Allemagne, Italie, Luxembourg.

(735) Croatie, Grèce, Irlande.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

2) *Capacité économique et financière*

362. Contenu. Les pouvoirs adjudicateurs ont la faculté d'imposer aux opérateurs économiques des conditions garantissant que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché. Ils disposent, à cette fin, d'une assez grande liberté. Ils peuvent exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné dans le domaine concerné par le marché. En outre, ils peuvent solliciter des informations sur leurs comptes annuels et, à ce titre, demander le rapport entre les éléments d'actif et de passif. Un niveau approprié d'assurance des risques professionnels peut aussi être requis (736). Ces exigences, liées au bilan des candidats (ou à un ou plusieurs éléments particuliers du bilan), ne peuvent toutefois être démesurées ; elles doivent être objectivement propres à renseigner sur la capacité financière d'un opérateur et le niveau de renseignement exigé doit être adapté à la taille du marché concerné. Aussi, les exigences de capacité économique et financière doivent être conçues comme des indices objectifs pour établir une assise économique et financière suffisante afin de garantir l'exécution du marché, sans aller au-delà de ce qui est raisonnablement nécessaire (737).

363. Critères possibles. Pour apprécier la capacité économique et financière plusieurs ratios d'analyse financière peuvent être demandés, tels que : les capitaux propres (et leur évolution à n-2 à 5 ans), le résultat net, la performance économique (EBIT) (738), le ratio d'endettement (dettes/total), le ratio de liquidité (actif circulant/dettes à court terme), le rendement des capitaux propres (bénéfice/capitaux propres). Il demeure essentiel que le pouvoir adjudicateur précise les méthodes et les critères de la prise en compte d'un ratio, par exemple entre les éléments d'actif et de passif d'un bilan.

(736) Directive 2014/24, art. 58, § 3.

(737) CJUE, 18 octobre 2012, *Édukövízig et Hochtief Construction*, aff. C-218/11, pt 32 ; comm. A. Sánchez Graells, *Why Do You Need to Have Sustained Profits to Perform a Public Contract ? A Critical View on C-218/11* (22 October 2012), disponible sur www.howtocrackanut.com/blog/2012/10/why-do-you-need-to-have-sustained.html.

(738) Le bénéfice avant intérêts et impôts (BAII) ou résultat avant intérêts et impôts (anglais : *earnings before interest and taxes*, EBIT) est un élément clé de la comptabilité des sociétés. Il s'agit du résultat duquel sont déduits les intérêts des débiteurs et les impôts. Il correspond au chiffre d'affaires net duquel sont déduites les charges d'exploitation (telles que salaires, cotisations sociales, matières, énergie, etc.). Il se distingue du bénéfice net par le fait que les charges et produits financiers (intérêts actifs et passifs, produits et charges de titres) ainsi que les impôts sur le bénéfice ne sont pas pris en compte.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

364. Exigences spécifiques. Lorsque le marché est divisé en lots, les modalités d'appréciation des capacités économiques et financières s'appliquent à chacun des lots. Cependant, le pouvoir adjudicateur peut fixer le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser pour des groupes de lots, dans l'éventualité où le titulaire se verrait attribuer plusieurs lots à exécuter en même temps (739). En présence d'accords-cadres (qui impliquent l'attribution régulière de marché à la suite d'une remise en concurrence) ou de systèmes d'acquisition dynamique, l'exigence maximale en termes de chiffre d'affaires est calculée sur la base de la taille maximale des marchés spécifiques (740).

3) *Capacités techniques et professionnelles*

365. Contenu. En matière de capacités techniques et professionnelles, le droit dérivé a longtemps formulé des exigences précises à l'égard des pouvoirs adjudicateurs. En ce sens, l'article 48 de la directive 2004/18 identifiait des modalités impératives telles que la liste des travaux, les principales livraisons, des certificats émis par un acheteur public, etc. La Cour avait d'ailleurs considéré qu'il s'agissait d'un système fermé qui limite les modes d'évaluation et de vérification dont disposent les pouvoirs adjudicateurs et, partant, leurs possibilités de formuler des exigences (741). Dans le régime issu de la directive 2014/24, les pouvoirs adjudicateurs retrouvent une marge de manœuvre – au demeurant nécessaire – pour identifier les exigences requises. Ils peuvent imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié (742) :

– par exemple, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger notamment que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement. Un pouvoir adjudicateur peut considérer qu'un opérateur économique ne possède pas les capacités

(739) Directive 2014/24, art. 58, § 3, al. 4.

(740) Directive 2014/25, art. 58, § 3, al. 5.

(741) Voy, pour les dispositions issues de la directive 71/305 : CJCE, 10 février 1982, *Transporoutes et travaux*, aff. C-76/81, *op. cit.*, pt 15 ; pour la directive 2004/18 : CJCE, 18 octobre 2012, *Édukövízig*, aff. C-218/11, *op. cit.*, pt 28.

(742) Directive 2014/24, art. 58, § 4, al. 1er.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

professionnelles requises lorsqu'il a établi que l'opérateur économique se trouve dans une situation de conflit d'intérêts qui pourrait avoir une incidence négative sur l'exécution du marché (743) ;

– dans les procédures de passation de marché de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation, de services ou de travaux, la capacité professionnelle des opérateurs économiques à fournir les services ou à exécuter l'installation ou les travaux peut être évaluée en vertu de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité (744).

366. Modalités. S'agissant de l'appréciation des capacités, le droit de l'Union n'intervient guère sur la forme de la preuve de la capacité des entreprises. Celle-ci peut se faire par tout moyen, tel que des qualifications, mais également des certificats d'identité professionnelle ou des références de travaux qui attestent les compétences. En revanche, la Cour de justice contrôle si les exigences requises par le pouvoir adjudicateur ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour prouver lesdites capacités. À titre d'exemple, dans une affaire *Ambisig* du 7 juillet 2016 (745), la Cour de justice a eu à se pencher sur l'exigence, requise au Portugal, qu'un opérateur économique candidat à un marché de services sur des études environnementales justifie ses capacités professionnelles en joignant, outre sa propre liste de travaux et d'expérience, une déclaration de clients prouvant que l'opérateur a bien mis en œuvre un système de gestion environnementale et/ou de qualité. Pour la Cour, la disposition de la directive qui identifie les modalités de transmission des capacités professionnelles (746) est suffisamment précise et inconditionnelle pour être invoquée directement par un candidat contre un pouvoir adjudicateur ; par ailleurs, son interprétation au regard de l'économie générale de la directive conduit à exclure toute exigence et tout formalisme susceptibles « non pas d'ouvrir les marchés publics à la concurrence la plus large possible, mais de restreindre et de limiter la participation des opérateurs économiques, notamment étrangers, à de tels marchés » (747). En revanche, en lien avec l'objectif contemporain de simplification, il est possible pour l'opérateur

(743) Directive 2014/24, art. 58, § 4, al. 2.
(744) Directive 2014/24, art. 58, § 4, al. 3.
(745) CJUE, 7 juillet 2016, *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA c. AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal*, aff. C-46/15, ECLI:EU:C:2016:530, pt 35.
(746) Directive 2014/24, art. 58.
(747) *Ibid.*, pt 53.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

économique de recourir au DUME (uniformisation des informations) pour justifier *a priori* du respect des critères (748).

Une fois que les soumissionnaires pouvant prétendre à l'attribution ont été sélectionnés, par application des règles en matière de participation et des motifs d'exclusion, le processus d'attribution repose sur des paramètres objectifs. Il n'est plus, en principe, possible d'envisager une appréciation de l'aptitude (749).

§ 2. – *L'évaluation des offres par les critères d'attribution du marché*

367. Offre économiquement la plus avantageuse. Depuis la première directive 71/305 sur les travaux, le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse est utilisé comme référence pour justifier l'attribution d'un marché. L'usage de ce critère a pu être relié, dans certains arrêts, à l'objectif de développement d'une concurrence effective, « de telle sorte que le pouvoir adjudicateur soit en mesure de comparer différentes offres et de retenir la plus avantageuse sur la base de critères objectifs » (750). Si ce critère a longtemps coexisté avec celui du prix le plus bas (751), la directive 2014/24 fait désormais exclusivement référence à l'offre économiquement la plus avantageuse (sans toutefois exclure formellement le seul critère du prix, conçu comme paramètre de l'offre avantageuse). En ce sens, l'article 67 de la directive affirme que « les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics,

(748) Voy. *supra*, n°s 120 et s.

(749) Voy. toutefois, les conclusions contraires de l'Avocat général J. Misho dans l'affaire *Beentjes*, aff. C-31/87, *op. cit.*, pt 27 : un critère d'aptitude ne peut être utilisé comme critère d'attribution, mais il ne nous paraît pas que la directive permette d'opposer une forclusion à l'appréciation de l'aptitude. Un pouvoir adjudicateur tardivement informé d'une cause d'inaptitude doit pouvoir en exciper « in extremis », sous réserve qu'il n'y ait pas détournement de pouvoir, que cette invocation ne dissimule pas un refus de voir jouer normalement les critères d'attribution.

(750) CJCE, 16 septembre 1999, *Fracasso SpA et Leitschutz Handels*, aff. C-27/98, *Rec.*, p. I-5697, pt 37.

(751) Directive 71/305, art. 29 : les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés sont : soit uniquement le prix le plus bas ; soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché : par exemple, le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique. Dans ce dernier cas, les pouvoirs adjudicateurs mentionnent, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, tous les critères d'attribution dont ils prévoient l'utilisation, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée. Jusqu'en 2014, les directives ont conservé sensiblement la même formulation (on retrouve ainsi la même distinction à l'article 53 de la directive 2004/18).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

sur l'offre économiquement la plus avantageuse » (752). Il s'agira ci-après de souligner les importantes évolutions introduites par la nouvelle directive, en précisant sa signification générale (A) et les règles qui régissent la détermination de ses critères (B).

A. *Le sens de l'offre économiquement la plus avantageuse*

368. L'offre économiquement la plus avantageuse renvoie à l'utilisation par le pouvoir adjudicateur d'une pluralité de critères (1). Dans le contexte du nouveau cadre législatif, elle est liée à la prise en compte du coût du cycle de vie pour attribuer le marché (2). L'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse renvoie aussi à la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'intégrer des critères sociaux et environnementaux (3).

1) *Pluralité de critères*

Une grande marge de manœuvre doit être reconnue pour déterminer les critères de l'offre économiquement la plus avantageuse (a), avec toutefois une réserve importante si le pouvoir adjudicateur souhaite recourir au seul critère du prix (b).

a) Latitude du pouvoir adjudicateur

369. Approfondissement par la directive 2014/24/UE. L'article 67 de la directive introduit une évolution significative sur le terrain de la définition de l'offre économiquement la plus avantageuse. Telle qu'elle est désormais formulée, elle s'entend comme une pluralité de grilles d'analyse (et non pas tant de critères unitaires) auxquelles peut recourir le pouvoir adjudicateur. Cette disposition prévoit que « 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, conformément à l'article 68 [relatif au coût du cycle de vie], et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des

(752) Comp. ordonnance du 23 juillet 2015, art. 52.I : « Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné » (753).

370. Appréciation sous forme de bilan. Sur la base d'une appréciation générale qui se fonde sur le prix ou le coût, le pouvoir adjudicateur est tenu de mettre en œuvre un cadre d'analyse qui se rapproche d'une évaluation en termes de bilan. Une plus grande flexibilité peut toutefois être observée pour les entités adjudicatrices dans le champ des marchés en réseau (754). Pour mener à bien l'approche coût/efficacité, il est proposé de recourir à une méthode spécifique, le coût du cycle de vie. Ce cadre général d'analyse est complété par le recours aux critères de l'offre la plus avantageuse qui figuraient dans le droit dérivé avant le paquet législatif de 2014, à savoir :

– la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions ;
– l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ; ou
– le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

371. Caractère non exhaustif des critères. L'article 67 de la directive 2014/24 rejoint l'article 53 de la précédente directive 2004/18, qui identifiait divers critères de l'offre économiquement la plus avantageuse (755). Il est dès lors possible de considérer que la jurisprudence développée dans le contexte de la législation antérieure trouve à s'appliquer au nouveau cadre normatif. Plusieurs orientations s'en détachent. Tout d'abord, les critères énoncés par le droit dérivé

(753) Directive 2014/24, art. 67 ; directive 2014/25, art. 82.

(754) Directive 2014/25, art. 82, § 2, al. 3 : « Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité. Les États membres peuvent prévoir que les entités adjudicatrices ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories d'entités adjudicatrices ou certains types de marchés ».

(755) À savoir : la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente, l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

pour identifier l'offre la plus avantageuse ne doivent pas être conçus comme étant limitatifs : il doit être possible d'ajouter des critères, la limite essentielle étant que les critères retenus ne conduisent pas à une liberté de choix illimitée du pouvoir adjudicateur (756). Ensuite, en cohérence avec le fait que l'offre économiquement la plus avantageuse est celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix, le critère de la qualité a vocation à occuper une place prépondérante dans les critères d'attribution (757). Par exemple, dans le cadre d'un marché pour la mise en place de formations à la qualité environnementale, un pouvoir adjudicateur peut considérer que la qualité des équipes (constitution de l'équipe, expérience, *cursus*) est un critère essentiel dans les paramètres de l'offre économiquement la plus avantageuse. La qualité de l'exécution d'un marché public peut dépendre de manière déterminante de la valeur professionnelle des personnes chargées de l'exécuter, valeur constituée par leur expérience professionnelle et leur formation (758). Enfin, et plus généralement, des critères non strictement économiques doivent être envisagés par le pouvoir adjudicateur, dès lors qu'il « ne saurait être exclu que des facteurs qui ne sont pas purement économiques puissent affecter la valeur d'une offre au regard du pouvoir adjudicateur » (759).

b) Évolution du critère du prix

372. Critère du prix. La directive 2014/24 est à l'origine d'un changement substantiel en écartant la distinction entre l'attribution suivant l'offre économiquement la plus avantageuse ou l'attribution suivant le prix le plus bas qui prévalait depuis la première directive sur les travaux. Désormais, le prix coexiste avec le coût comme fondement général pour apprécier l'offre économiquement la plus

(756) CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC c. County of Mayo*, aff. C-19/00, *Rec.*, p. I-7743, pt 35. La directive 2014/24 a repris cette formulation issue de la jurisprudence, art. 67, § 4 : « Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution ».

(757) En ce sens, CJUE, 26 mars 2015, *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA c. Nersant – Associação Empresarial da Região de Santarém*, aff. C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204, pt 29.

(758) Aff. C-601/13, *op. cit.*

(759) Formulation utilisée à plusieurs reprises dans la jurisprudence : CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, *op. cit.*, pt 55 ; TPICE, 6 juillet 2005, *TQ3 Travail Solutions Belgium SA c. Commission*, aff. T-148/04, *Rec.*, p. II-2630, pt 51.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

avantageuse (760). Soit le pouvoir adjudicateur envisage l'offre avantageuse sous l'angle du coût, auquel cas il mobilise plusieurs critères et intègre la problématique du coût du cycle de vie dans son appréciation, soit il ne l'envisage que sous l'angle du critère exclusif du prix. En France, le décret n° 2016-360 a maintenu la possibilité de recourir au critère du prix mais en le subordonnant, en cohérence avec la jurisprudence antérieure, à des marchés standardisés de fournitures ou de services (761).

373. Choix exclusif du critère du prix. Saisie dans l'affaire *Sintesi Spa* d'une législation (italienne) qui prévoyait le critère exclusif du prix le plus bas pour l'attribution de marchés publics de travaux à l'issue de procédures d'appels d'offres ouverts ou restreints, la Cour a précisé les conditions de recours à ce critère. Bien qu'il soit possible, en principe, de recourir exclusivement à ce critère, ses modalités de mise en œuvre doivent être conformes à la finalité des directives, qui visent à favoriser une concurrence effective et l'accès au marché. Il en résulte que ce critère unique ne peut être envisagé en étant détaché de la spécificité du marché en cause ; tel est le sens de la formulation de l'arrêt *Sintesi* : « la fixation par le législateur national, de manière abstraite et générale, d'un critère unique d'attribution des marchés publics de travaux prive les pouvoirs adjudicateurs de la possibilité de prendre en considération la nature et les spécificités de tels marchés, pris isolément, en choisissant pour chacun d'eux le critère le plus apte à assurer la libre concurrence et à garantir ainsi que la meilleure offre sera retenue » (762). Le Conseil d'État français suit un raisonnement relativement proche en écartant la possibilité de recourir exclusivement au critère du prix compte tenu de la nature du marché et de sa complexité (763). Mais ce critère a été jugé pertinent pour des marchés de fournitures

(760) Directive 2014/24, art. 67, § 2 : « l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût […] ».

(761) Décret 2016-360, art. 62.II, al. 1er, a). L'acheteur peut se fonder sur un critère unique qui peut être « le prix à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ».

(762) CJCE, 7 octobre 2004, *Sintesi SpA c. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, aff. C-247/02, *Rec.*, p. I-9215, pt 40, avec les conclusions partiellement contraires de l'Avocat général Stix-Hackl, suivant lesquelles les pouvoirs adjudicateurs doivent disposer d'une faculté de choix entre les deux critères (offre économiquement la plus avantageuse ou prix le plus bas), le juge national devant apprécier cette faculté de choix à la lumière du principe de libre concurrence issu de l'article 101 TFUE.

(763) CE, 6 avril 2007, *Département de l'Isère*, n° 298584.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

standards (764). Au regard de son encadrement lié à la nature et à l'objet du marché, le seul critère du prix doit pouvoir être justifié par les acheteurs publics au cas par cas.

2) *Intégration du coût du cycle de vie*

374. Définition. Introduite par le nouveau cadre normatif, la notion de « coût du cycle de vie » est conçue comme le cadre général dans lequel s'inscrit l'analyse coût/avantage à laquelle procède le pouvoir adjudicateur pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Au lieu d'un critère, il s'agit plutôt d'une méthode qui vise à prendre en compte les dépenses directes liées aux coûts environnementaux externes des produits ou des prestations. L'article 68 de la directive 2014/24 en propose une définition relativement évasive (765) : « Le coût du cycle de vie couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

– les coûts supportés par le pouvoir adjudicateur ou d'autres utilisateurs, tels que : les coûts liés à l'acquisition, les coûts liés à l'utilisation, tels que la consommation d'énergie et d'autres ressources, les frais de maintenance, les coûts liés à la fin de vie tels que les coûts de collecte et de recyclage ;
– les coûts imputés aux externalités environnementales liées au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée ; ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique ».

375. Détermination. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs évaluent les coûts selon une méthode basée sur le cycle de vie, ils indiquent dans les documents de marché les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'utilisera le pouvoir adjudicateur pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données. La méthode utilisée pour évaluer les coûts imputés aux externalités environnementales respecte l'ensemble des conditions suivantes :

(764) CE, 28 décembre 2005, *Syndicat inter-hospitalier de Mangot Vulcin*, n° 279866.
(765) Directive 2014/25, art. 83. L'article 63 du décret n° 2016-360 reproduit à l'identique la définition contenue dans la directive.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– elle se fonde sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoire. En particulier, lorsqu'elle n'a pas été prévue pour une application répétée ou continue, elle ne favorise ni ne défavorise indûment certains opérateurs économiques ;
– elle est accessible à toutes les parties intéressées ;
– les données requises peuvent être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligents, y compris des opérateurs de pays tiers parties à l'AMP ou à d'autres accords internationaux par lesquels l'Union est liée.

376. Finalité. L'introduction du coût de cycle de vie vise à conduire les pouvoirs adjudicateurs à retenir une approche large de la notion de coût, en envisageant une analyse à travers les externalités, positives ou négatives, qui peuvent résulter de l'acquisition d'un bien ou d'un service. Cohérente avec la fonction économique et sociale qui est de plus en plus dévolue à la commande publique, cette appréciation est toutefois génératrice de contraintes pour les pouvoirs adjudicateurs qui devront renforcer le poids de l'analyse économique, notamment sous la forme d'études d'impact, dans l'appréciation de l'offre économique la plus avantageuse (766).

3) *La prise en compte de critères sociaux et environnementaux*

377. Importance croissante des clauses sociales et environnementales. Longtemps étranger à la poursuite d'objectifs autre que la recherche du meilleur prix pour une personne publique, le droit européen des marchés publics a progressivement intégré des objectifs généraux liés aux politiques publiques. Il s'agit là d'une tendance de fond qui s'inscrit dans le développement de nouvelles fonctions de la commande publique ; à travers la satisfaction de besoins d'intérêt général ou de leurs propres besoins, les personnes publiques cherchent également à exploiter les contrats qu'elles concluent à cette fin pour produire un effet de levier sur des politiques sociales, sociétales ou environnementales. Ce mouvement va également de pair avec une utilisation de plus en plus marquée du marché, au sens large, en complément (mais aussi au détriment) de l'action unilatérale des personnes publiques.

(766) Voy. l'étude de Ph. Cossalter, « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *Contrats et Marchés publics*, 2014, n° 6.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

De manière générale, les clauses sociales et environnementales doivent être comprises comme des stipulations, par lesquelles un pouvoir adjudicateur exige d'un soumissionnaire à un contrat de commande publique qu'il respecte un certain nombre d'exigences en matière sociales et/ou environnementales. En principe, ces clauses doivent poser des exigences qui vont au-delà de celles contenues dans le droit dérivé ou dans les droits nationaux ; en d'autres termes, elles doivent ajouter aux garanties et aux obligations déjà existantes. Ainsi, le fait d'exiger du soumissionnaire qu'il respecte les conventions fondamentales de l'OIT ou les obligations environnementales (par exemple sur les déchets, sur les produits chimiques, sur le règlement REACH) ne peut être considéré comme une clause sociale ou environnementale.

378. Hétérogénéité des clauses. Les exigences environnementales sont celles qui soulèvent le moins de difficultés. En effet, le pouvoir adjudicateur peut, tout à la fois, fixer des exigences sur les produits, leur composition, leur nocivité, leur mode de fabrication, à de nombreux stades de la procédure de passation ; lors de la formulation des spécifications techniques du marché, dans la définition des aptitudes professionnelles (par exemple en exigeant que le soumissionnaire ait déjà utilisé des produits qui présentent des garanties environnementales) ou encore dans la définition des critères de l'offre économiquement la plus avantageuse (avec la place centrale que revêt désormais la notion de coût du cycle de vie).

La formulation des exigences sociales est en revanche un peu plus délicate, essentiellement car les critères sociaux recherchés par le pouvoir adjudicateur (emploi de personnes exclues du marché du travail, de jeunes en difficultés, d'adultes en reconversion, etc.) peuvent être éloignés de l'objet même du marché à conclure. Plusieurs leviers sont potentiellement à disposition de l'acheteur public, pour promouvoir l'insertion par l'activité économique : introduire une clause sociale d'exécution, à savoir une clause qui renvoie aux conditions d'exécution du marché et à laquelle est tenu l'attributaire du marché qui est choisi (d) ; réserver certains marchés ou certains lots à des entreprises adaptées, qui emploient des personnes en difficulté (a) ; utiliser un critère social d'attribution au titre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse, à la condition qu'un lien avec l'objet du marché soit établi (b). Depuis l'adoption du nouveau cadre législatif, il est également possible pour le pouvoir adjudicateur de recourir à des labels et à des exigences

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de certifications, qui peuvent servir de support pour préciser des exigences, sociales ou environnementales, auxquelles doivent répondre les soumissionnaires (c).

a) Les marchés réservés

379. Définition. L'intégration des considérations sociales peut prendre la forme de marchés qualifiés de réservés. Sauf lorsque l'objet même du marché porte sur la réalisation de services d'insertion ou de qualification professionnelle destinés à des personnes en difficultés (accompagnement à l'emploi, formation), il s'agit généralement d'un choix de la collectivité qui souhaite s'engager dans une politique d'appui et d'insertion auprès de personnes en difficultés, du fait de leur handicap et/ou de leur situation d'exclusion et de précarité. À cette fin, la technique du marché réservé, en ce qu'elle se rapproche d'une attribution exclusive, illustre une prise de distance avec les conditions normales de marché qui ne peuvent satisfaire ces objectifs d'insertion (767).

380. Reconnaissance progressive. Dans le champ des directives précédentes, les marges de manœuvre pour la mise en place d'un dispositif de réservation des marchés publics étaient limitées aux structures d'insertion de personnes handicapées (768). La négociation des directives en 2014 a permis, à la demande de plusieurs États, d'étendre cette faculté à des structures dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle des personnes défavorisées ou handicapées. Aussi, les marchés réservés sont désormais envisagés à un double titre par le droit dérivé. De manière générale, l'article 20 de la directive 2014/24 prévoit que « Les États membres peuvent réserver le droit

(767) Une telle logique ressort du considérant 36 de la directive 2014/24 : « 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. Les ateliers protégés peuvent jouer un rôle considérable à cet égard. Cela vaut également pour d'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. Toutefois, de tels ateliers ou entreprises pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales. Dès lors, il convient de prévoir que les États membres aient la possibilité de réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics ou de certains lots de ceux-ci à de tels ateliers ou entreprises ou d'en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés ».

(768) Directive 2014/18, art. 19 : « des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de participer aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 % du personnel de ces ateliers soit des travailleurs handicapés ou défavorisés » (769). Dans ce cas de figure, l'appel à la concurrence doit spécifiquement renvoyer à cette hypothèse. Tel est le cas lorsque les opérateurs sont des entreprises adaptées ou des établissements et des services d'aide par le travail. En France, cela renvoie aux entreprises adaptées et aux centres de distribution de travail à domicile, visés à l'article L.5213-13 du Code du travail (770), de même qu'aux établissements et services d'aide par le travail, visés par le Code de l'action sociale et des familles (771). Outre ce cas de figure, des marchés réservés sont également envisagés spécifiquement pour les marchés de services de santé, sociaux ou culturels. Il s'agit alors d'admettre des marchés réservés dont l'objet est spécifiquement un service social, au sens large, tel qu'identifié à l'annexe XIV de la directive 2014/24.

381. Contrats dérogatoires. En tout état de cause, les marchés réservés ne doivent pas être confondus avec des marchés sans publicité et/ou sans formalisme. Les contrats conclus par cette voie ne sont nullement dispensés des obligations de publicité et, lorsqu'ils dépassent les seuils (l'hypothèse est toutefois rare), de parution au *Journal officiel* (772). Pour le pouvoir adjudicateur, il est essentiel

(769) La même possibilité est reconnue pour les entités adjudicatrices, suivant les mêmes termes (directive 2014/25, art. 38).

(770) En France, dans ces entités, les effectifs de production comportent au moins 80 % de travailleurs handicapés orientés vers le marché du travail par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées et qui soit sont recrutés sur proposition du service public de l'emploi ou d'un organisme de placement spécialisé, soit répondent aux critères fixés par arrêté du ministre chargé de l'emploi. Les entreprises adaptées et les centres de distribution de travail à domicile permettent à ces salariés d'exercer une activité professionnelle dans des conditions adaptées à leurs possibilités. Grâce à l'accompagnement spécifique qu'ils leur proposent, ils favorisent la réalisation de leur projet professionnel en vue de la valorisation de leurs compétences, de leur promotion et de leur mobilité au sein de la structure elle-même ou vers d'autres entreprises.

(771) Il s'agit d'établissements qui accueillent des personnes handicapées dont les capacités de travail ne leur permettent, momentanément ou durablement, à temps plein ou à temps partiel, ni de travailler dans une entreprise ordinaire ou dans une entreprise adaptée ou pour le compte d'un centre de distribution de travail à domicile, ni d'exercer une activité professionnelle indépendante. Ils leur offrent des possibilités d'activités diverses à caractère professionnel, ainsi qu'un soutien médico-social et éducatif, en vue de favoriser leur épanouissement personnel et social.

(772) R. Boyle, « Disability issues », in S. Arrowsmith et P. Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 333 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

d'identifier dans la publicité le motif d'intérêt général qui justifie le recours aux marchés réservés (773).

b) Les considérations sociales et environnementales en tant que clauses d'attribution

382. Arrêt *Beentjes*. L'affaire *Beentjes* (774) constitue le point de départ de la jurisprudence par rapport à la problématique des clauses sociales et environnementales. Intervenant dans le contexte de la première directive sur les marchés publics de travaux, le litige, soulevé par un juge néerlandais, met en cause un avis de marché, publié par une commission de remembrement. Agissant comme pouvoir adjudicateur, elle prévoit comme critère pour apprécier l'aptitude des soumissionnaires que « la main-d'œuvre employée devra être constituée pour 70 % au moins de chômeurs de longue durée qui auraient été placés par l'intermédiaire du bureau régional de la main-d'œuvre ». Saisie de la compatibilité d'une telle clause avec la directive, la Cour développe un raisonnement ambivalent, en appréciant la compatibilité de la cause litigieuse tant vis-à-vis de la directive qu'au regard des libertés de circulation. Allant dans le sens de l'Avocat général Mischo, elle considère que la clause liée à l'emploi de chômeurs de longue durée n'a trait ni à la vérification de l'aptitude des entrepreneurs, sur la base de leur capacité économique, financière et technique, ni aux critères d'attribution liés à l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse. Mais la Cour d'ajouter que « pour être compatible avec la directive », une telle condition doit respecter toutes les dispositions pertinentes, notamment les « interdictions qui découlent des principes consacrés par le traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services » (775). Tel peut être le cas de la clause litigieuse qui vise, indirectement, l'emploi de travailleurs nationaux. La double référence mobilisée par la Cour (directives et traité,

(773) La démarche est similaire en droit interne. Ainsi, dans sa décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, le Conseil constitutionnel a admis que la loi peut prévoir un accès préférentiel aux marchés publics en faveur de structures coopératives et associatives visant à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion ou l'esprit d'entreprise indépendante et collective, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement. Toutefois, une fois le motif d'intérêt général admis dans son principe, il faut considérer que le droit de préférence institué par le législateur doit porter sur « une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis ».

(774) CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff. C-31/87, *op. cit.*

(775) Aff. C-31/87, pts 28 et 29.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

alors qu'un raisonnement sur le fondement du droit dérivé aurait pu suffire) a sûrement été à l'origine d'une confusion, sur le fait que le droit de l'Union pouvait reconnaître des clauses sociales, à la condition qu'elles ne soient pas formulées, fût-ce indirectement, de manière discriminatoire. Or, si l'usage de telles clauses est possible, il demeure encadré par la nécessité de les justifier au regard de l'objet du marché. Pour une clause sociale, cette exigence est difficile à établir (sous réserve des évolutions récentes présentées ci-après), dans la mesure où elle suppose, en principe, que le marché considéré ait un objet social ou, du moins, un lien avec des exigences sociales (776).

383. Arrêt *Concordia Bus Finland*. Rendue dans le cadre des directives 92/50 et 93/38, l'affaire *Concordia Bus* (777) a permis une meilleure compréhension du recours à une clause environnementale, dans un litige mettant en cause un appel d'offres par lequel la ville d'Helsinki prévoyait, pour la gestion de lignes de bus, des exigences environnementales portant sur les émissions de CO_2 et sur les nuisances sonores. Saisie d'une question préjudicielle sur la possibilité d'admettre une telle clause, et plus largement sur le fait de savoir si les critères d'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse doivent toujours présenter un caractère économique, la Cour développe un raisonnement plus clair, fondé sur la structure des directives. Selon elle, le pouvoir adjudicateur « peut prendre en considération des critères relatifs à la préservation de l'environnement pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire,

(776) Tel peut être le cas de marchés publics de travaux. Le Conseil d'État, dans l'arrêt *Département d'Isère* du 25 mars 2013, précise ainsi « qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères permettant d'apprécier la performance globale des offres au regard de ses besoins, tels que définis à l'article 5 du Code des marchés publics, compte tenu des objectifs de développement durable ». Cette référence à la notion de « performance globale » semble directement faire écho à la notion de cycle de vie consacrée ensuite dans les directives européennes. Ainsi, le rapporteur public, Gilles Pelissier, indique qu'« à partir du moment où ces objectifs peuvent faire partie des besoins que le pouvoir adjudicateur cherche à satisfaire par le marché, il est logique que les critères traduisent ces besoins, notamment en matière de performances sociales et qu'ils contribuent à designer l'offre économiquement la plus avantageuse », et conclut que « la notion d'offre économiquement la plus avantageuse ne recouvre donc plus uniquement des aspects économiques au sens strict, à supposer qu'elle ne l'ait jamais fait ».

(777) CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, *Rec.*, p. I-7213 ; *BJCP*, 2003, p. 14, concl. J. Mischo ; obs. R. Schwartz, *Contrats et Marchés publics*, 2002, comm. 225, note F. Llorens.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

notamment le principe de non-discrimination » (778). De telles exigences sont remplies en l'occurrence, tant au regard de l'objet du marché (prestation de services de transports urbains par bus), que pour ce qui est de l'absence de liberté inconditionnée de choix (les critères en cause donnent lieu à des points supplémentaires identifiés à l'avance) et de la formulation claire et précise de ceux-ci.

384. Limite récurrente du lien avec l'objet du marché. Il résulte des interprétations développées dans les affaires *Beentjes* et *Concordia* que le lien avec l'objet du marché a été conçu (et demeure en dépit d'une plus grande souplesse) comme la condition principale pour admettre une clause sociale ou environnementale. Ce lien n'implique pas nécessairement que les critères se rapportent aux caractéristiques mêmes des prestations à fournir ; à titre d'exemple, dans l'affaire *Beentjes*, la Cour admet que des critères (et non des conditions d'exécution) d'emploi de chômeurs peuvent être liés avec l'objet du marché. De son côté, la Commission semble envisager de manière unitaire les critères : les critères sociaux doivent être liés à l'objet du marché et à ses conditions d'exécution et permettre d'évaluer l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire présenter, pour le pouvoir adjudicateur, un avantage économique qui soit en rapport avec le produit ou le service faisant l'objet du marché (779).

c) La reconnaissance des labels

385. Palliatif pour les pouvoirs adjudicateurs : la référence aux labels. Particulièrement attendu sur le terrain de la dimension sociale et environnementale des marchés, le nouveau cadre normatif systématise la possibilité de recourir aux labels en tant que critère d'attribution. De plus en plus utilisés, les labels fournissent une référence toutes les fois où il s'agit de faire référence à des caractéristiques spécifiques d'ordre environnemental, social ou sociétal (écolabel européen, *Max Havelaar*, etc.). Ils peuvent prendre des formes très diverses, dès lors qu'ils renvoient à tout document, certificat, attestation confirmant que les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures remplissent certaines exigences.

(778) *Op. cit.*, pt 64.

(779) Voy. le guide réalisé par la Commission européenne, *Acheter social. Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale*, DG Emploi et Affaires sociales, octobre 2010.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

386. Affaire *Max Havelaar*. Dans la mesure où le label renvoie à des produits spécifiques et/ou à des processus d'élaboration déterminés, son utilisation par un pouvoir adjudicateur peut potentiellement heurter le principe de non-discrimination, voire introduire une rupture d'égalité entre les candidats. Cette difficulté a été portée à la connaissance de la Cour dans l'affaire dite *Max Havelaar*, liée à une procédure en constatation de manquement introduite par la Commission vis-à-vis des Pays-Bas (780). Un marché conclu par la province de Hollande-Septentrionale est à l'origine des griefs : dans le cadre d'un contrat pour la livraison et la gestion de distributeurs de café et d'aliments, le cahier des charges prévoyait que l'évaluation des offres se ferait au regard de critères environnementaux et qu'au titre des exigences de qualité, les produits devraient satisfaire les labels *Eko* et/ou *Max Havelaar* (781). Pour la Cour, qui suit l'argument de la Commission, le renvoi à des labels spécifiques méconnaît la directive applicable (2004/18), et ce, en dépit de la possibilité reconnue au pouvoir adjudicateur de recourir à des spécifications environnementales. Plusieurs motifs justifient cette incompatibilité, parmi lesquels : le fait de renvoyer à un écolabel déterminé et non de faire usage de spécifications détaillées ; le fait d'envisager l'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse en prenant en compte la possession des labels par les soumissionnaires sans énoncer, dans le cahier des charges, les critères sous-jacents à ces labels ni admettre la preuve de la vérification des critères même en l'absence du label ; ou encore que le cahier des charges évoque de manière évasive un critère visant à « rendre la production de café socialement responsable », sans veiller, en vertu du principe de transparence, à la clarté et à la prévisibilité des critères. Bien que la référence aux labels ne soit pas écartée, à la fois pour servir de critères à l'appréciation des candidatures et à l'évaluation des offres,

(780) CJUE, 10 mai 2012, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284.

(781) Depuis 1988, le label *Max Havelaar* est octroyé par une fondation de droit civil néerlandais, la *Stichting Max Havelaar*. Les produits portant ce label sont achetés à des organisations constituées de petits producteurs de pays en voie de développement, au juste prix et dans des conditions équitables. L'octroi du label est soumis au respect de quatre critères : un prix minimum qui couvre les coûts de production, une majoration par rapport au prix du marché mondial, un préfinancement et l'existence de relations commerciales de longue durée entre l'importateur et les producteurs. La définition des normes, l'audit et la certification sont assurés par une organisation faîtière internationale, la Fairtrade Labelling Organizations International (FLO). L'affaire portée à la connaissance de la Cour porte également sur le label « EKO », également un label privé néerlandais. Il est octroyé depuis 1985 par une fondation de droit civil néerlandais, la Stichting Skal, à des produits composés à 95 % au moins d'ingrédients issus de l'agriculture biologique. La Stichting Skal exerce son activité en coordination avec le ministère néerlandais de l'agriculture, du patrimoine naturel et de la pêche.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

le pouvoir adjudicateur est néanmoins tenu, s'il souhaite y recourir, d'informer sur les conditions d'attribution de ces labels et de permettre aux soumissionnaires de présenter des offres qui contiennent des garanties équivalentes à celles contenues dans les labels.

387. Reconnaissance par la directive 2014/24/UE. Le raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire précitée a été pris en compte lors dans la négociation de la directive 2014/24. En même temps que l'arrêt ne ferme pas la possibilité de recourir aux labels, il oblige à mieux définir les garanties procédurales auxquelles ceux-ci doivent répondre. En ce sens, l'article 43 de la directive prévoit que les pouvoirs adjudicateurs, qui souhaitent acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, peuvent désormais exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver le respect de ces exigences (782). Le label, qui doit figurer dans les spécifications techniques, peut être exigé au titre des critères d'attribution ou des conditions d'exécution. Mais le respect des exigences procédurales qui résultent de la jurisprudence, implique que plusieurs conditions soient respectées :

– les exigences en matière de label ne concernent que des critères qui sont liés à l'objet du marché et sont propres à définir les caractéristiques des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché ;
– les exigences en matière de label sont fondées sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoire ;
– le label est établi par une procédure ouverte et transparente à laquelle toutes les parties concernées (les organismes publics, les consommateurs, les partenaires sociaux, les fabricants, les distributeurs ou les organisations non gouvernementales, peuvent participer) ;
– le label est accessible à toutes les parties intéressées ;
– les exigences en matière de label sont fixées par un tiers sur lequel l'opérateur économique qui demande l'obtention du label ne peut exercer d'influence décisive.

Ces conditions d'acceptation des labels s'accompagnent également des exigences propres au principe de reconnaissance mutuelle. Il en résulte :

(782) La même formulation que celle de la directive a été retenue à l'article 10 du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– que les pouvoirs adjudicateurs qui exigent un label particulier doivent accepter tous les labels qui confirment que les travaux, fournitures ou services remplissent des exigences équivalentes en matière de label ;
– dans l'hypothèse où un opérateur économique n'a manifestement pas la possibilité d'obtenir un label dans les délais (notamment en raison des délais observés par l'organisme de labellisation), celui-ci doit pouvoir soumettre d'autres moyens de preuve appropriés, tels que le dossier technique du fabricant.

d) Les considérations sociales et environnementales en tant que clauses d'exécution

388. Fonction. L'intégration d'impératifs sociaux et environnementaux peut se faire dans l'exécution du contrat, sous la forme de clauses qui doivent être respectées par l'attributaire du marché. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation, puis détaillées dans le cahier des charges. Sous cette forme, les acheteurs publics fixent eux-mêmes le niveau d'exigence environnementale ou sociale qu'ils souhaitent voir atteint dans l'exécution de leurs contrats, quels qu'en soient la nature (marchés, concessions) et leur montant. La détermination des conditions d'exécution du marché permet au pouvoir d'insister sur la qualité du service. Sous réserve du respect des principes fondamentaux, il peut introduire dans ces conditions des exigences qui imposent au contractant de garantir un niveau de formation et de rémunération adéquat au personnel participant à l'exécution du marché. De telles clauses permettent d'éviter que l'adjudicataire soit tenté de réduire ses coûts de personnel, ce qui pourrait démotiver le personnel en cause, accroître sa rotation et entraîner *in fine* des répercussions négatives sur la qualité du service fourni. En matière environnementale, cette clause peut prendre des formes très diverses, telles que la livraison en vrac plutôt qu'en petit conditionnement, la réutilisation des emballages, la collecte et le recyclage des déchets produits. En matière sociale peuvent figurer des exigences liées à l'insertion de personnes éloignées de l'emploi, sous la réserve importante que l'embauche de travailleurs en difficultés (chômeurs de longue durée, bénéficiaires de *minima* sociaux, jeunes avec un faible niveau de qualification) présente un lien avec l'objet du marché, tel que précédemment défini. Ces clauses doivent nécessairement respecter les

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

principes fondamentaux, que le marché en cause entre ou non dans le champ des directives.

389. Clause sociale salariale. Au stade de l'exécution, la clause sociale peut également prendre la forme d'une condition, posée par le pouvoir adjudicateur, pour que le soumissionnaire, et éventuellement les sous-traitants, s'engagent à verser un salaire minimal au personnel. Cette problématique a été soulevée de manière récurrente devant la Cour dans trois affaires intervenant dans des circonstances juridiques et factuelles différentes : *Rüffert*, *Bundesruckerei* et *Regio Post*.

390. Arrêt *Rüffert* (783)**.** La Cour était interrogée sur la question de savoir si est incompatible avec la directive relative au détachement des travailleurs (directive 96/71) et avec l'article 56 TFUE la législation d'un *Land* allemand qui exige des soumissionnaires à des marchés de construction qu'ils respectent, lors de l'exécution desdits marchés, le taux de salaire prévu par une convention collective à laquelle renvoie la réglementation locale. La difficulté de l'espèce était liée au caractère non général de la convention ; en effet, la directive détachement ne prévoit l'application, à des salariés détachés, du salaire minimal dans l'État d'accueil qu'à la condition que le fondement de cette obligation sociale se trouve dans la loi, par nature d'application générale, ou dans une convention collective, qui a été déclarée d'application générale (784). Or, en présence d'une convention collective qui prévoit un taux de salaire uniquement pour les marchés publics à l'exclusion des marchés privés, la Cour, suivant un raisonnement qui a nourri des réserves, a considéré que la convention ne pouvait être considérée comme étant d'application générale, et, de ce fait, qu'un pouvoir adjudicateur ne pouvait l'opposer à un soumissionnaire. Dans le prolongement de l'affaire *Rüffert*, l'arrêt *Bundesruckerei* confirme l'interprétation restrictive de la directive détachement : lorsqu'un soumissionnaire entend exécuter un marché public en ayant recours exclusivement à des travailleurs employés par un sous-traitant établi dans un État membre

(783) CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, aff. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189, *AJDA*, 2008, p. 727 ; *Contrats et Marchés publics*, 2008, comm. 92, note G. Eckert ; *JCP A*, 2009, 2037, § 2, obs. O. Dubos.

(784) La directive 96/71 a introduit un régime dérogatoire à la libre prestation de services, en permettant aux États de faire prévaloir le droit de l'État de destinations, lui permettant d'impose un socle de conditions de travail et d'emploi défini à l'article 3, § 1, de la directive : durée du travail, congés annuels, taux de salaire minimal, conditions de mise à disposition des travailleurs, règles de sécurité, protection de la femme enceinte, égalité de traitement.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

autre que celui de l'acheteur public, le principe de libre prestation de services s'oppose à l'application de la réglementation obligeant le sous-traitant à verser auxdits travailleurs un salaire minimal fixé par la réglementation nationale du pouvoir adjudicateur (785).

391. Arrêt *Regio Post*. Dans un contexte juridique distinct de l'affaire *Rüffert*, l'arrêt *Regio Post* (786), en ce qu'il témoigne d'une approche plus favorable pour la prise en compte du salaire minimal, apparaît comme un infléchissement salutaire. Une interprétation combinée du droit dérivé (art. 26 de la directive 2004/18 relatif aux conditions d'exécution du marché) et de la directive 96/71 sur le détachement permet de conclure que l'obligation de rémunération à un taux de salaire minimal au bénéfice des travailleurs détachés doit être considérée comme une règle impérative de protection sociale, telle qu'une législation, régionale ou nationale, qui oblige les soumissionnaires et leurs sous-traitants à s'engager, par une déclaration écrite devant être jointe à leur offre, à verser au personnel qui sera appelé à exécuter les prestations faisant l'objet du marché public considéré un salaire minimal fixé par cette législation (787). Bien que l'arrêt *Regio Post* ait été rendu dans un contexte juridique distinct de l'affaire *Rüffert* (la base juridique pour l'obligation de verser un salaire minimal est une loi d'application générale et non une convention collective non étendue), l'approche suivie par le juge résulte également de l'évolution du droit dérivé et d'une plus grande attention à l'égard de la dimension sociale de l'exécution du marché. Ainsi, pour l'Avocat général Mengozzi, l'article 26 de la directive 2004/18 (788) apparaît comme un changement de circonstances juridiques, puisqu'il autorise les États membres à exiger de la part des soumissionnaires le respect de conditions particulières, incluant des conditions de travail, dans l'exécution de ces marchés. Pour l'Avocat général, « afin de conserver un effet utile à cette autorisation, les États membres doivent être habilités à adopter des dispositions législatives, réglementaires ou administratives fixant des conditions de

(785) CJUE, 18 septembre 2014, *Bundesdruckerei GmbH*, aff. C-549/13.

(786) CJUE, 17 novembre 2015, *RegioPost GmbH & Co. KG c. Stadt Landau in der Pfalz*, aff. C-115/14 ; comm. G. Eckert, « L'exigence d'un taux de salaire minimum est conforme au droit de l'Union », *Contrats et Marchés publics*, 2016, n° 1, comm. 1 ; F. Picod (dir.), « Cour de justice, 4e ch., 17 novembre 2015, *RegioPos*t, aff. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 », in *Jurisprudence de la CJUE 2015*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 334-343.

(787) Aff. C-115/14, pt 77.

(788) Il s'agit désormais de l'article 70 de la directive 2014/24.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

travail, y compris un taux de salaire minimal, dans le contexte spécifique des marchés publics, au profit des travailleurs qui fournissent des services pour la réalisation de ces marchés » (789). La réserve avancée dans l'arrêt *Rüffert*, selon laquelle l'obligation de verser un salaire minimal est également subordonnée au fait qu'elle soit applicable aux marchés publics et privés ne paraît pas satisfaisante. Si les États doivent exercer leurs compétences sociales – telles que la fixation de conditions de travail – dans le respect des principes fondamentaux, imposer l'extension du salaire minimal à l'ensemble des marchés conduit à méconnaître la qualité de « conditions particulières » visées dans les conditions d'exécution du marché et, *in fine*, à obliger l'introduction d'un salaire minimal qui échappe à la compétence de l'Union. Plus généralement, l'exigence de verser un salaire minimal est consubstantielle avec la fonction économique et sociale des marchés publics et avec le fait que l'Union poursuit, parmi ses objectifs, « la réalisation d'une économie sociale de marché ».

B. *Les exigences liées à la détermination des critères*

392. Extension des principes fondamentaux de la commande publique à la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse. La détermination des critères utilisés par le pouvoir adjudicateur pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse, de même que leur pondération relative, est une problématique centrale pour l'attribution du marché. Le juge en a eu connaissance, dans des arrêts rendus sous l'empire de la première directive travaux (790). Progressivement, la question de la détermination des critères a été appréhendée par la Cour sous l'angle des principes fondamentaux de la commande publique, en veillant à ce que le pouvoir adjudicateur garantisse aux opérateurs économiques un traitement juste et équitable de leurs candidatures. À l'instar d'autres branches du marché intérieur, il s'agit de concevoir des garanties procédurales à leur profit, qui supposent que le pouvoir adjudicateur ne statue pas de manière totalement discrétionnaire et que les critères utilisés soient cohérents avec l'objet du marché. Pareille conception ressort de la formulation utilisée avec constance par la Cour depuis son arrêt *Viaggi di Maio* :

(789) Conclusions de l'Avocat général Paolo Mengozzi, présentées le 9 septembre 2015, aff. C-115/14, pt 71.

(790) Voy. par exemple, CJCE, 10 février 1982, *SA Transporoute et Travaux c. Ministère des Travaux publics du Grand-duché de Luxembourg*, aff. 76/81, *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

« les critères d'attribution définis par un pouvoir adjudicateur doivent être liés à l'objet du marché, ne doivent pas conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, doivent être expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et doivent respecter, notamment, les principes fondamentaux d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence » (791). Les contraintes sont dès lors multiples dans la définition des critères ; outre l'exigence essentielle de clarté et de prévisibilité des critères, qui doit être reliée au fait que le pouvoir adjudicateur ne dispose pas d'une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché (1), la pondération de ces critères (2), de même que les hypothèses au regard desquelles ils peuvent être modifiés (3) sont encadrées.

1) *Prévisibilité et clarté des critères*

393. Conséquences de la clarté et de la prévisibilité. L'obligation de définir avec clarté et précision les critères se justifie par la finalité même des directives et l'objectif général de concurrence ; elle découle également des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence (792). L'égalité devant régir les marchés publics exige que ceux désirant obtenir un marché connaissent d'avance ce qu'ils doivent faire pour cela, de sorte que le pouvoir adjudicateur se contente, avec la marge d'appréciation que comporte le pouvoir discrétionnaire technique, de faire connaître à l'avance les critères. Pour apprécier la clarté et la prévisibilité des critères, le juge ne suit pas une approche *in concreto* qui consisterait, pour chaque litige soumis, à apprécier la formulation du critère et son caractère clair, mais privilégie plutôt une lecture fondée sur un standard de comportement de l'opérateur économique. Suivant une approche qui rappelle celle du droit de la concurrence, il s'agit de voir si les critères formulés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché permettent « à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière » (793).

(791) CJCE, 24 novembre 2005, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc*, aff. C-331/04, *op. cit.*, pt 21 ; cette formulation est solidement ancrée dans la jurisprudence de la Cour ; voy., en dernier lieu, CJUE, 24 mai 2016, *MT Højgaard et Züblin*, aff. C-396/14, ECLI:EU:C:2016:347, pt 37.

(792) CJCE, 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, aff. C-448/01, *Rec.*, p. I-14527, pts 56 à 58.

(793) CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC Construction*, aff. C-19/00, pt 42 ; CJUE, 12 mars 2015, *eVigilio*, aff. C-538/13, pt 54.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

394. Mise en œuvre des critères. La mise en perspective des critères de l'offre économiquement la plus avantageuse avec les exigences des principes fondamentaux de la commande publique entraîne une série de conséquences pour les pouvoirs adjudicateurs : obligation de déterminer clairement, dès le début de la procédure de passation, ces critères (794), impossibilité d'appliquer des critères et des sous-critères qui n'auraient pas été préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires (795), nécessité de s'en tenir à une interprétation constante des critères d'attribution tout au long de la procédure (796). Il en découle des conséquences pratiques pour le pouvoir adjudicateur, telles que :

– une stipulation selon laquelle le marché sera attribué au soumissionnaire « dont l'offre semble la plus acceptable » est manifestement incompatible avec le droit de l'Union si, dans l'interprétation qu'en fait le droit national, elle confère une liberté inconditionnée de choix au pouvoir adjudicateur ; en revanche elle est envisageable pour permettre une comparaison entre les offres sur la base de critères objectifs mentionnés dans l'avis de marché ou le cahier des charges (797) ;
– un critère d'attribution lié au fait que les soumissionnaires doivent faire état d'une liste de références (par exemple, l'identité des clients antérieurs) qui n'est pas une liste des livraisons antérieures (les réalisations, les livraisons) n'est pas envisageable du fait de son manque de clarté (798).

395. Cohérence des critères avec l'objet du marché. Un élément décisif dans la détermination des critères de l'offre économiquement la plus avantageuse tient à leur cohérence avec l'objet du marché. Il s'agit là d'une exigence qui figure dans les directives et que rappelle régulièrement la jurisprudence de la Cour. L'article 67, § 3, de la directive 2014/24 prévoit que les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque

(794) CJUE, 10 mai 2012, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-368/10, *op. cit.*, pt 56.

(795) CJUE, 21 juillet 2011, *Evropaïki Dynamiki c. EMSA*, aff. C-252/10 P, ECLI:EU:C:2011:512, pt 31.

(796) CJUE, 18 octobre 2001, *SIAC Construction*, aff. C-19/00, *op. cit.*, pt 27, 28, 35.

(797) CJCE, 25 avril 1996, *Commission c. Belgique* (affaire des autobus wallons), *op. cit.*, aff. C-87/94, pt 30.

(798) CJCE, 19 juin 2003, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)*, aff. C-315/01, *Rec.*, p. I-6379.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris dans les facteurs intervenant dans : a) le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services, ou b) un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie.

Le pouvoir adjudicateur dispose donc de toute latitude pour fixer les critères, sous la contrainte essentielle du lien avec l'objet du marché. Cette exigence du lien suppose d'établir une forme de connexité entre le contenu des critères et le contenu du marché. Dans le cadre d'un marché de travaux, il n'est pas nécessairement requis qu'un critère d'attribution porte sur une caractéristique intrinsèque d'un produit, c'est-à-dire un élément qui s'incorpore matériellement dans celui-ci. Dans l'arrêt *EVN et Wiemstrom*, la Cour a considéré que le pouvoir adjudicateur, dans le cadre d'un marché de fourniture d'électricité, peut retenir un critère d'attribution consistant dans le fait que l'électricité soit produite à partir de sources d'énergie renouvelables (799). De même, dans l'affaire précitée dite du label *Max Havelaar* (800), la Cour a écarté le grief formulé par la Commission et considéré, pour un marché de fournitures (machines à café et distributeurs d'aliments), qu'un critère visant le fait que les produits soient issus du commerce équitable présentait un lien avec l'objet du marché.

2) *La pondération des critères*

396. Prévisibilité de la pondération. Il est usuel – et souvent nécessaire – que le pouvoir adjudicateur classe les critères utilisés pour déterminer l'offre économique la plus avantageuse. Ce classement se fait généralement selon deux modalités. Il peut prendre la forme d'une hiérarchisation, qui consiste à appliquer les critères par ordre décroissant d'importance, ou d'une pondération, plus fréquente, par laquelle chacun des critères se voit affecté d'un coefficient chiffré. En principe, le pouvoir adjudicateur doit recourir à la pondération – sauf à prouver qu'elle n'est pas possible –, qui permet à chaque soumissionnaire de connaître l'appréciation qui sera portée sur les différents aspects de son offre.

De manière cohérente, la Cour a étendu les exigences qu'elle a développées sur la détermination des critères de l'offre économiquement la

(799) CJCE, 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, aff. C-448/01, *Rec.*, p. I-14527, pt 34.
(800) CJCE, 10 mai 2012, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-368/10, *op. cit.*, pt 92.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

plus avantageuse au contentieux spécifique de la pondération des critères ; « ces exigences s'appliquent, en principe, *mutatis mutandis* à l'obligation des pouvoirs adjudicateurs d'indiquer, dans l'avis de marché ou le cahier des charges, la pondération relative de chacun des critères d'attribution » (801). Il en résulte qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer des règles de pondération qu'il n'a pas préalablement portées à la connaissance des soumissionnaires (802). La pondération relative de chacun des critères d'attribution doit être clairement fixée dès le début de la procédure de passation de marché, permettant ainsi aux soumissionnaires de déterminer objectivement l'importance effective dont dispose un critère d'attribution par rapport à un autre lors de leur évaluation ultérieure par le pouvoir adjudicateur.

397. Permanence de la pondération. De même, la pondération relative de chacun des critères d'attribution ne saurait être modifiée tout au long de la procédure. Le juge interne suit un raisonnement similaire à celui de la Cour s'agissant de la pondération. Ainsi, dans son arrêt *Commune de Saint-Pal-de-Mons* du 18 juin 2010 (803), le Conseil d'État français souligne que « si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation, s'ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ». En l'espèce, dans le cadre d'une procédure formalisée, la procédure est annulée car la pondération du sous-critère « méthodologie et adaptation au contexte local » – représentant 28 % du critère autonome « valeur technique » et étant dès lors considéré comme « important » par le juge – aurait dû être portée à la connaissance des candidats.

398. Modification *ex post* de coefficients de pondération. S'agissant de la fixation par un pouvoir adjudicateur de coefficients de pondération de sous-critères d'attribution après la présentation des offres, celle-ci est envisagée sous réserve du respect de trois conditions (804) :

(801) CJUE, 14 juillet 2016, *TNS Dimarso NV c. Vlaams Gewest*, aff. C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555, pt 24.

(802) CJCE, 24 janvier 2008, *Lianakis e.a.*, aff. C-532/06, *op. cit.*, pts 38 et 42.

(803) CE, 18 juin 2010, *Commune Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377, F. Lindicht, *JCP A*, 2010, n° 22587 ; Ph. Rees, *Contrats et Marchés publics*, 2010, comm. 271.

(804) En ce sens, voy. les arrêts CJUE, *ATI EAC e Viaggi di Maio e.a.*, C-331/04, pt 32, *Lianakis e.a.*, C-532/06, pt 43, et *Evropaïki Dynamiki c. EMSA*, C-252/10 P, pt 33.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– qu'elle ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché ;
– qu'elle ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation ;
– qu'elle n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.

Si l'une de ces conditions n'est pas satisfaite, il est possible de déduire de cette jurisprudence que la fixation de la pondération des sous-critères postérieurement à l'avis de marché ou au cahier des charges entache d'illégalité la procédure d'adjudication du marché. En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur aurait dû préalablement déterminer la pondération des sous-critères se rapportant aux critères d'attribution du marché et s'assurer que cette pondération avait été communiquée aux soumissionnaires dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges.

399. Adaptation de la méthode d'évaluation des critères – l'arrêt *TNS Dimarso* (10 mars 2016). Une question en suspens récemment tranchée par la Cour est celle de la méthode d'évaluation des sous-critères d'évaluation. Il s'agit d'une problématique qui est liée à la marge de manœuvre qui est reconnue au pouvoir adjudicateur lorsqu'il applique les critères et les sous-critères qu'il a préalablement fixés pour apprécier les offres. Dans l'affaire *TNS Dimarso*, jugée le 10 mars 2016 (805), la Cour, saisie par le Conseil d'État de Belgique, a eu à se pencher sur l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de faire connaître au préalable, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, la méthode d'évaluation ou les règles de pondération utilisées pour apprécier les offres des soumissionnaires. Il s'agissait, en l'occurrence, d'un marché de services (études) sur le logement et les consommateurs de logements en Flandre, dont les deux sous-critères d'attribution (la qualité et le prix, pour 50 chacun) sont évalués par le pouvoir adjudicateur suivant une échelle ordinale (faible, satisfaisant, très bon) et non suivant une notation arithmétique. C'est le choix de la méthode qui est précisément contestée par un soumissionnaire évincé, en invoquant le fait que les critères et la méthode doivent être connus à l'avance. En suivant les conclusions

(805) CJUE, 10 mars 2016, *TNS Dimarso NV c. Vlaams Gewest*, aff. C-6/15, *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de l'Avocat général Paolo Mengozzi, la Cour étend une interprétation qu'elle a ponctuellement développée dans le cadre des marchés publics de l'Union aux directives d'harmonisation. Le cœur de son interprétation repose sur la nécessaire marge de manœuvre qu'il convient de reconnaître au pouvoir adjudicateur : dans la mesure où un comité d'évaluation doit pouvoir disposer d'une certaine liberté dans l'accomplissement de sa tâche (806), il doit pouvoir, sans modifier les critères d'attribution du marché établis préalablement, structurer son propre travail d'examen et d'analyse des offres présentées. Justifiée par « des considérations d'ordre pratique » (807), cette liberté doit permettre d'adopter la méthode d'appréciation la plus pertinente au regard des offres soumises, à la condition essentielle que ni les critères, ni leur pondération relative ne soient altérés. En tout état de cause, l'apport de cet arrêt récent doit être salué, en ce qu'il offre une souplesse nécessaire à l'évaluation des offres, dont la méthode et le déroulement dépendent nécessairement de la structure et de la qualité des dossiers reçus et donc du bénéfice d'une marge de manœuvre après leur réception.

C. *Le traitement des offres anormalement basses*

400. Finalité. L'offre anormalement basse ne renvoie pas à un concept abstrait, elle se définit au regard du marché devant être attribué et relativement à la prestation. La référence à l'offre anormalement basse figure dès la première directive sur les travaux, quoiqu'en

(806) Cette formule avait déjà été utilisée dans le contentieux, plus spécifique mais substantiellement analogue, des marchés publics de l'Union ; CJUE, 21 juillet 2011, *Evropaïki Dynamiki c. EMSA*, aff. C-252/10 P, ECLI:EU:C:2011:512, pt 35 : « il y a lieu de considérer qu'un comité d'évaluation doit pouvoir disposer d'une certaine liberté dans l'accomplissement de sa tâche. Ainsi, il peut, sans modifier les critères d'attribution du marché établis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, structurer son propre travail d'examen et d'analyse des offres présentées ». Une justification à cette formulation peut être trouvée dans l'intensité du contrôle juridictionnel que met en œuvre le juge vis-à-vis des actes des institutions, et qui se limite à l'erreur manifeste toutes les fois où l'acte en cause (tel que la conclusion d'un marché) appelle l'exercice d'un pouvoir d'appréciation. Tel est le sens de la formule, récurrente dans la jurisprudence du Tribunal relative aux marchés publics de l'Union, selon laquelle la Commission « dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant aux éléments à prendre en considération en vue de la prise d'une décision de passer un marché sur appel offres […] le contrôle doit se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste et de détournement de pouvoir » (voy. par exemple : TPICE, 26 février 2002, *Esedra c. Commission*, aff. T-169/00, *Rec.*, p. II-609, pt 95). Cette interprétation est également cohérente avec le fait que l'offre économiquement la plus avantageuse doit être identifiée « du point de vue du pouvoir adjudicateur », ce qui induit nécessairement la reconnaissance d'une marge d'appréciation.

(807) Aff. C-6/15, pt 30.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

des termes beaucoup moins précis. Dès l'origine, le législateur européen a prévu que le pouvoir adjudicateur peut rejeter une offre considérée comme trop basse par rapport à la prestation. Mais, dès l'origine également, cette faculté est encadrée par des contraintes procédurales et le rejet ne peut être automatique (808). Pour l'essentiel, le fil directeur de la jurisprudence sur cette notion a consisté à procéder à une montée en généralité ; partant des formulations quelque peu évasives de la directive 71/305, la Cour a rattaché la procédure de justification prévue par la directive aux garanties plus générales – et plus fondamentales – qui découlent du principe général de contradiction. Une telle position résulte de l'arrêt *Fratelli Costanzo*, dont la solution et la portée seront ultérieurement confirmées (809).

401. Garanties procédurales. La Cour a ultérieurement systématisé cette exigence en soulignant « qu'il est essentiel que chaque soumissionnaire soupçonné d'avoir présenté une offre anormalement basse dispose de la faculté de faire valoir utilement son point de vue à cet égard, en lui donnant la possibilité de fournir toutes justifications sur les différents éléments de son offre à un moment – se situant nécessairement après l'ouverture de l'ensemble des enveloppes – où il a connaissance non seulement du seuil d'anomalie applicable au marché en cause ainsi que du fait que son offre est apparue anormalement basse, mais également des points précis qui ont suscité des interrogations de la part du pouvoir adjudicateur » (810). Il s'ensuit que doit s'établir un débat contradictoire effectif, situé à un moment utile dans la procédure d'examen des offres, entre le pouvoir adjudicateur et le candidat, afin que ce dernier puisse prouver que son offre est sérieuse, est une exigence du droit dérivé relatif aux mar-

(808) Directive 71/305, art. 29, § 5 : « si pour un marché donné, des offres présentent manifestement un caractère anormalement bas en rapport à la prestation, le pouvoir adjudicateur en vérifie la composition avant de décider l'attribution du marché. Il tient compte de cette vérification. À cet effet, il demande au soumissionnaire de fournir les justifications nécessaires et lui signale, le cas échéant, celles qui sont jugées inacceptables ».

(809) CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo SpA c. Comune di Milano*, aff. 103/88, *Rec.*, p. I-1839, pt 16, 18 et 19. La solution de l'arrêt a été ultérieurement reprise dans l'arrêt du 18 juin 1991, *Donà Alfonso*, C-295/89, *Rec.*, p. I-2967. Il existait déjà un précédent constitué par l'arrêt du 10 février 1982, *Transporoute*, aff. 76/81, *Rec.*, p. 417. Dans l'arrêt du 16 octobre 1997, *Hera*, C-304/96, *Rec.*, p. I-5685, la Cour a indiqué que la procédure de vérification prévue à l'article 30, paragraphe 4, de la directive devait être appliquée, sans exception, à partir du 31 décembre 1992. Elle a étendu à la directive de 1993 ce qu'elle avait déjà décidé, dans l'arrêt du 26 octobre 1995, *Furlanis*, C-143/94, *Rec.*, p. I-3633, pour la directive de 1971, dans sa version de 1989.

(810) CJCE, 27 novembre 2001, *Impresa Lombardini SpA*, *ANAS*, aff. jtes C-257/99 et C-286/99, *Rec.*, p. I-9252, pt 53.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

chés publics (811). La Cour en déduit que les États membres sont tenus de traduire dans leur législation nationale ses exigences procédurales issues de la jurisprudence, et désormais systématisées dans les directives ; *a contrario*, une telle législation qui ne prévoirait pas de dispositif d'examen des offres anormalement basses serait incompatible (812).

402. Arrêt *Secap*. La nécessité pour le pouvoir adjudicateur d'observer le respect de garanties procédurales à l'égard des soumissionnaires qui avancent une offre considérée comme anormalement basse a été étendue pour la conclusion de marchés dont la valeur est inférieure aux seuils des directives. Saisie de la compatibilité d'une législation italienne qui prévoit l'exclusion automatique de certaines offres dès lors que le prix est inférieur à un critère mathématique invariable, elle considère que ce dispositif enlève aux soumissionnaires qui ont présenté des offres anormalement basses la possibilité de prouver que celles-ci sont fiables et sérieuses. Lorsque le marché revêt un intérêt transfrontalier certain, un tel dispositif peut constituer une discrimination indirecte, en « désavantageant dans la pratique les opérateurs des autres États membres, qui, ayant des structures de coûts différentes, pouvant bénéficier d'économies d'échelle importantes ou désireux de comprimer leurs marges bénéficiaires afin de pouvoir pénétrer plus efficacement le marché, seraient en mesure de faire une offre compétitive […] dont le pouvoir adjudicateur ne saurait pourtant tenir compte en raison de la réglementation en cause » (813). À l'appui de son raisonnement, le juge développe une interprétation très proche de celle qui caractérise l'appréciation de l'entrave aux libertés de circulation. Pour parvenir à la conclusion selon laquelle le caractère automatique de l'exclusion du fait du caractère anormalement bas de l'offre constitue une discrimination indirecte, la Cour considère que les opérateurs extérieurs sont gênés pour accéder au marché et peuvent être privés de livrer une concurrence plus efficace aux opérateurs implantés dans l'État. Ce raisonnement est similaire en substance à celui qui est suivi pour qualifier une entrave indistinctement applicable et il n'est pas anodin, à cet

(811) Voy., dans le contexte de la directive 2004/18, CJUE, 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, aff. C-599/10, pt 29.

(812) *Ibid.*, pt 55.

(813) CJCE, 15 mai 2008, *Secap Spa et Santorso c. Comune di Torino*, aff. jtes C-147/06 et C-148/06, *Rec.*, p. I-3583, pt 26.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

égard, que la Cour s'appuie sur sa jurisprudence *Caixa Bank* (814). Mais, en retour, un tel raisonnement est porteur de confusions sur le cadre normatif de référence. En effet, l'argumentation oscille entre le constat de discrimination, qui serait le seul cohérent avec les principes fondamentaux de la commande publique (sous l'angle de la non-discrimination et de l'égalité de traitement), et le constat d'une entrave indistinctement applicable, qui s'appuie sur le frein de l'accès au marché et qui est, en principe, dissocié des principes de la commande publique. Si ce mélange des justifications illustre l'imbrication des marchés publics avec le droit du marché intérieur, il fait courir le risque d'un manque de lisibilité et de clarté sur le type de justifications à avancer pour les pouvoirs adjudicateurs.

403. Incompatibilité de dispositifs d'exclusion automatique. L'obligation de veiller au respect du principe de contradictoire a pour corollaire l'impossibilité pour un pouvoir adjudicateur d'établir des dispositifs d'exclusion automatique, tels que :

– le recours à un pur critère mathématique, en vertu duquel seraient considérées comme anormales et donc exclues de la procédure certaines offres (par exemple en cas de majoration inférieure à 10 % par rapport à la majoration moyenne (815)) ;
– une réglementation qui permet au pouvoir adjudicateur de rejeter comme anormalement basses les offres présentant un rabais supérieur au seuil d'anomalie en tenant uniquement compte des justifications des prix proposés, portant sur au moins 75 % de la valeur de base du marché (816) ;
– une méthode d'évaluation des offres anormalement basses qui ne retient que les seules justifications tenant à l'économie du procédé de construction, aux solutions techniques adoptées ou aux conditions particulièrement favorables dont dispose le soumissionnaire (817).

404. Justification du prix avancé par l'opérateur. L'article 69 de la directive 2014/24 établit que les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs économiques expliquent le prix ou les coûts proposés

(814) CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, *Rec.*, p. I-8961, pts 12 et 13. Doivent être considérées comme des restrictions à la liberté d'établissement toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté.

(815) CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo SpA c. Comune di Milano*, aff. 103/88, *op. cit.*, pt 18.

(816) CJCE, 27 novembre 2001, *Lombardini SpA et Mantovani SpA*, aff. jtes C-258/99 et C-286/99, *op. cit.*

(817) *Ibid.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

dans l'offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services. Les justifications avancées par les soumissionnaires peuvent concerner :

– l'économie du procédé de fabrication des produits, de la prestation des services ou du procédé de construction ;
– les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;
– l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ;
– le respect des obligations visées à l'article 18, § 2, de la directive ;
– le respect des obligations visées à l'article 71 de la directive ;
– l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

Dans l'hypothèse où le caractère anormalement bas de l'offre résulte de l'obtention d'une aide d'État au profit du soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter l'offre qu'après avoir vérifié si l'aide est incompatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107. Le soumissionnaire peut donc justifier son prix en démontrant la compatibilité de l'aide versée, soit sur le fondement des exceptions générales posées par le traité, soit sur le fondement du régime général d'exemption développé dans le cadre des paquets *Altmark* puis *Almunia* (818). En tout état de cause, l'existence d'une aide n'exclut nullement la participation d'un opérateur, ni ne saurait constituer une violation du principe d'égalité, dès lors que la problématique de l'inégalité est envisagée sous l'angle plus spécifique du régime des aides et de leur compatibilité (819).

405. Méthode. La détermination d'une offre basse doit reposer sur une méthode d'identification de la part du pouvoir adjudicateur, qui mobilise plusieurs indices : prise en compte du prix de l'offre par rapport aux composantes de l'offre, comparaison avec les autres offres, comparaison avec l'estimation du pouvoir adjudicateur, appréciation

(818) CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, *Rec.*, p. I-7747. Le paquet *Almunia* renvoie à plusieurs textes adoptés par la Commission en décembre 2011 (décision sur les compensations de service public, règlement sur les aides dites *de minimis* et deux communications, sur les SIEG et sur le cadre général de la compensation) qui systématisent la possibilité et la marge de manœuvre des États pour attribuer des compensations de service public (non soumises à l'obligation de notification) ou des aides d'États réputées comptables afin de garantir la délivrance de services d'intérêt économique général.

(819) En ce sens, voy. CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz*, aff. C-94/99, *Rec.*, p. I-11066, pts 37 à 38.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

des obligations qui s'imposent aux soumissionnaires. Le juge administratif exerce un contrôle restreint sur l'appréciation que fait le pouvoir adjudicateur du caractère anormalement bas d'une offre, qu'il soit saisi du refus du pouvoir adjudicateur de rejeter une telle offre ou, au contraire, de la décision de ce dernier d'écarter une offre pour ce motif (820).

Section 2. – Les procédures et les techniques d'achat

406. Applicabilité. Il est constant que les procédures particulières prévues par les directives s'appliquent uniquement aux contrats dont la valeur dépasse le seuil prévu expressément dans chacune desdites directives. Cette exigence est régulièrement rappelée dans la jurisprudence (821). À l'inverse, seuls les principes fondamentaux de la commande publique encadrent les marchés dont la valeur n'atteint pas le seuil fixé par celles-ci, s'ils présentent un intérêt transfrontalier certain. Dans ce cas de figure, les États mettent en place des procédures qui ajustent les exigences de publicité et l'appel à la concurrence suivant la taille des marchés, sous la forme d'une procédure adaptée ou spécifique.

407. Dématérialisation. La dématérialisation renvoie à la possibilité, dans le cadre des marchés publics, de conclure des marchés par voie électronique, soit en utilisant la messagerie électronique, soit en utilisant l'emploi d'une plate-forme en ligne sur internet. Elle ne se substitue pas aux règles de fond et de procédures applicables, mais intervient sur la transmission des informations, dans le but de la rendre plus accessible, plus ouverte et moins coûteuse. L'obligation de dématérialisation a été reprise en droit interne, elle s'impose pour les procédures formalisées à compter du 1er avril 2017 pour les centrales d'achat et à compter du 1er octobre 2018 pour les autres acheteurs (822).

408. Distinction. Les dispositions de la directive 2014/24 reposent sur une distinction entre, d'une part, les procédures (art. 25 à 32) et,

(820) Seule une appréciation manifestement erronée est sanctionnée. Le juge s'en tient à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ; CE, 29 octobre 2013, *Département du Gard*, n° 371233.

(821) Voy. par exemple, CJCE, 15 mai 2008, *SECAP et Santorso*, aff. C-147/06 et C-148/06, *op. cit.*, pt 19 ; CJUE, ord., 7 juillet 2016, *H.M. c. Agentsia za darzhavna finansova inspektsia (ADFI)*, aff. C-129/15, ECLI:EU:C:2016:540, pt 20.

(822) Ordonnance du 23 juillet 2015, art. 43 ; décret du 20 mars 2016, art. 41.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

d'autre part, les techniques et instruments pour les marchés électroniques et agrégés (art. 33 à 39). Le décret du 25 mars 2016 suit également cette distinction en dissociant les procédures formalisées et les techniques particulières d'achat. D'un côté, les procédures renvoient aux différents processus à travers lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer un marché ; dans le champ de la directive, elles sont exhaustivement identifiées par le droit de l'Union (§ 1). D'un autre côté, les techniques d'achat désignent des modalités spécifiques d'acquisition d'un bien, d'un service ou d'une fourniture, dans le contexte de marchés répétitifs ou complexes (§ 2). Ces techniques interviennent en principe au terme de la procédure, même si une imbrication entre les deux peut être observée, par exemple dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique. Enfin, il convient de mentionner les procédures dans le cadre des secteurs spéciaux (directive 2014/25) (§ 3, *infra*, p. 372).

§ 1. – *Les procédures formalisées d'attribution*

409. Extension progressive. Depuis la première directive 71/305 sur les marchés de travaux, le droit de l'Union a progressivement élargi les procédures de passation formalisées qui peuvent être mises en œuvre par le pouvoir adjudicateur. Les procédures d'appels d'offres sont les plus anciennes ; elles consistent à attribuer un marché suivant un processus connu et jalonné par les critères, sans possibilité de négociation (A). En plus de celles-ci, se sont ajoutées des procédures qui reposent sur le dialogue et l'échange sur la nature des besoins, avec le dialogue compétitif et, plus récemment, le partenariat d'innovation (B). Enfin, dans des cas spécifiques, qui ont été élargis par la directive 2014/24, le pouvoir adjudicateur peut recourir à des procédures qui reposent sur la négociation directe avec les soumissionnaires (C).

A. *Les procédures d'appels d'offres*

410. Distinction. Le nouveau cadre législatif s'inscrit ici en continuité avec les directives précédentes. La directive 2014/24 reprend la distinction classique entre la procédure ouverte (1) et la procédure restreinte (2). Pour ces deux procédures, une caractéristique essentielle tient à l'absence de négociation : l'offre des candidats est intangible, elle ne peut être modifiée ou défendue dans le cadre d'une audition, seules les erreurs matérielles et les précisions complémentaires,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

qui n'ajoutent pas au contenu substantiel, sont admises. Ces procédures sont les seules qui n'autorisent pas la discussion ou la négociation avec les opérateurs économiques candidats (823). Elles permettent de garantir une certaine stabilité, voire un confort pour le pouvoir adjudicateur : la négociation étant exclue, il s'agit d'appliquer les critères préalablement fixés, en notant ou en classant les offres. La seule marge de manœuvre possible, préalablement évoquée, est celle de la méthode d'évaluation : une fois les offres reçues, le pouvoir adjudicateur peut ajuster la méthode qu'il suit pour classer les offres. L'adaptation de la méthode d'évaluation ne peut toutefois avoir pour effet de modifier le poids respectif de chaque critère (824).

1) *Procédure ouverte*

411. Procédure ouverte. Elle est ouverte dans la mesure où « tout opérateur économique intéressé peut soumettre une offre en réponse à un appel à la concurrence » (825). Le pouvoir adjudicateur choisit, parmi les enchérisseurs répondant aux critères de sélection qualitative, celui qui répond le mieux au critère d'attribution indiqué dans l'avis de marché (« prix le plus bas » ou « offre économiquement la plus avantageuse »). Cette procédure est suivie dans près de trois quarts des passations de marché relevant des directives (826).

412. Délais. Des délais minimums sont établis par l'article 27 de la directive 2014/24 pour garantir le respect des grandes étapes :

– le délai minimal de réception des offres est de trente-cinq jours ;
– ce délai de réception peut être réduit si un avis de préinformation a été publié ; il peut alors être porté à quinze jours, à condition que

(823) St. Braconnier, « Les règles d'attribution des contrats », *RFDA*, 2016, mars-avril 2016, pp. 252-259.

(824) CJUE, 10 mars 2016, *TNS Dimarso NV c. Vlaams Gewest*, aff. C-6/15, *op. cit.*

(825) Directive 2014/24, art. 27.

(826) Selon une étude menée par la Commission européenne, mais qui se limite à la période 2006-2010, 80 % de l'ensemble des marchés de travaux ont été attribués sur la base d'une procédure ouverte contre 78 % pour les marchés de fournitures et 68 % pour les marchés de services. La procédure restreinte semble être utilisée pour les marchés de travaux plus onéreux. Tandis que 15 % seulement des procédures restreintes concernent des marchés de travaux, ces derniers représentent près de la moitié de la valeur des marchés pour lesquels elle est utilisée. Il reste que la procédure restreinte représente 9 % des avis d'attribution, mais 23 % de la valeur de l'ensemble des marchés attribués ; voy. Commission européenne, *Résumé de l'évaluation de l'incidence et de l'efficacité de la législation de l'Union européenne en matière de marchés publics*, étude réalisée dans le cadre de l'Acte pour le marché unique, disponible sur : http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/executive-summary_fr.pdf.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

ledit avis comporte les informations requises pour l'évaluation et qu'il ait été envoyé entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'avis de marché ;

– le délai peut également être réduit, soit en cas d'urgence (mais sans être inférieur à quinze jours), soit si le pouvoir adjudicateur accepte des offres électroniques (il est alors réduit à cinq jours).

2) *Procédure restreinte*

413. Procédure restreinte. Elle est restreinte car elle permet au pouvoir adjudicateur de limiter le nombre des candidats qui peuvent être invités à soumissionner, en établissant une sorte de *numerus clausus*. Il s'agit de permettre au pouvoir adjudicateur de réduire le nombre des candidats qui respectent les critères de sélection (sur le fondement des motifs d'exclusion et des critères d'aptitude) qui sont invités à soumissionner. La limitation du nombre des soumissionnaires admis nécessite un travail d'anticipation du pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il doit indiquer, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer, le nombre minimum de candidats et, le cas échéant, leur nombre maximum (827). Sous cette réserve, le déroulement de la procédure restreinte est similaire à celui de la procédure ouverte : pour apprécier les offres et attribuer le marché, le pouvoir adjudicateur s'en tient à une application mécanique des critères qu'il aura préalablement fixés avec leur pondération.

414. Invitation à présenter une offre. Seul un nombre limité de candidats qui remplissent les critères de sélection peut être invité, par le pouvoir adjudicateur, à présenter une offre. Une invitation à présenter une offre doit alors être transmise aux candidats, suivant un contenu qui est défini à l'annexe IX de la directive 2014/24. L'invitation à présenter une offre doit comporter au moins :

a) l'appel à la concurrence publié ;

b) la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues dans lesquelles les offres doivent être rédigées ;

(827) Directive 2014/24, art. 65, § 2.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

c) dans le cas du dialogue compétitif, la date fixée et l'adresse pour le début de la phase de consultation, ainsi que la ou les langues utilisées ;

d) une indication des documents à joindre éventuellement, soit à l'appui des déclarations vérifiables fournies par le soumissionnaire conformément aux articles 59 et 60 et, le cas échéant, à l'article 62, soit en complément des renseignements visés auxdits articles et dans les mêmes conditions que celles prévues aux articles 59, 60 et 62 ;

e) la pondération relative des critères d'attribution du marché ou, le cas échéant, l'ordre décroissant d'importance de ces critères, s'ils ne figurent pas dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt, dans les spécifications techniques ou dans le document descriptif.

Lorsqu'un appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation, les pouvoirs adjudicateurs invitent ultérieurement tous les candidats à confirmer leur intérêt sur la base des informations détaillées relatives au marché en question avant de commencer la sélection de soumissionnaires ou de participants à une négociation.

Ladite invitation comprend au moins les renseignements suivants :

a) nature et quantité, y compris toutes les options concernant des marchés complémentaires et, si possible, délai estimé pour l'exercice de ces options ; dans le cas de marchés renouvelables, nature et quantité, et, si possible, délai estimé de publication des avis d'appel à la concurrence ultérieurs pour les travaux, fournitures ou services devant faire l'objet du marché ;

b) type de procédure : procédure restreinte ou procédure concurrentielle avec négociation ;

c) le cas échéant, date à laquelle commencera ou s'achèvera la livraison des fournitures ou l'exécution des travaux ou des services ;

d) dans les cas où l'accès électronique ne peut être proposé, adresse et date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir les documents de marché ainsi que la ou les langues autorisées pour leur présentation ;

e) adresse du pouvoir adjudicateur qui doit attribuer le marché ;

f) conditions de caractère économique et technique, garanties financières et renseignements exigés des opérateurs économiques ;

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

g) forme du marché faisant l'objet de l'invitation à soumissionner : achat, crédit-bail, location ou location-vente, ou plusieurs de ces formes ; et

h) critères d'attribution, ainsi que leur pondération ou, le cas échéant, l'ordre d'importance de ces critères, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis de préinformation ou dans les spécifications techniques ou dans l'invitation à présenter une offre ou à négocier.

415. Délais. Ils sont fixés par l'article 28, § 2, de la directive 2014/24 :

– le délai minimal de réception des demandes de participation est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché (ou de l'avis de préinformation s'il a été utilisé comme appel à la concurrence) ;
– un délai minimal de trente jours doit également être observé entre l'invitation à soumissionner (au profit des soumissionnaires qui entrent dans le *numerus clausus*) et la réception des offres ;
– comme pour l'appel d'offres ouvert, ce délai peut être réduit et ramené à dix jours si le pouvoir adjudicateur a préalablement publié un avis de préinformation entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'avis de marché ;
– la réduction du délai pour urgence et en cas d'usage d'offres électroniques s'applique également (respectivement au minimum de quinze jours et de cinq jours) ;
– à la différence de la procédure ouverte, il est possible d'établir d'un commun accord le délai de réception des offres pour autant que tous les candidats sélectionnés disposent d'un délai identique pour préparer et soumettre leurs offres.

B. *Les procédures de dialogue*

416. Signification. En réponse au constat que les directives adoptées dans les années 90 n'offraient pas une flexibilité suffisante lorsque les pouvoirs adjudicateur envisageait des projets complexes, la directive 2004/1 a introduit une procédure de dialogue compétitif (1). Elle a été conçue comme une procédure flexible qui entend sauvegarder la concurrence entre opérateurs économiques et répondre aux besoins des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. Il s'agit d'une procédure de dialogue, dans la mesure où elle permet un échange sur les

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

besoins entre les deux parties, sans pour autant que s'établisse une véritable négociation. Avec la directive 2014/24, le dialogue compétitif a été maintenu et son mode de fonctionnement a été étendu avec l'introduction d'une procédure qui lui est relativement proche : le partenariat d'innovation (2).

417. Convergence des conditions de recours. L'article 26 de la directive 2014/24, qui est relatif au choix de la procédure utilisée par le pouvoir adjudicateur pour conclure le marché, envisage de manière commune les situations susceptibles de justifier le recours au dialogue compétitif, au partenariat d'innovation mais également à la procédure concurrentielle avec négociation. Ce rapprochement a ses raisons. En effet, le dialogue et la négociation permettent une mise au point progressive, d'un côté, des besoins de l'acheteur public, avec l'adaptation des documents contractuels, d'un autre côté, de la réponse des soumissionnaires, avec la mise au point ou la modification de l'offre (828). La pertinence et l'adéquation de ces différents cas de figure diffèrent toutefois selon la procédure en cause ; ainsi, le besoin d'innovation justifie prioritairement le recours au partenariat d'innovation, tandis que la complexité du montage à suivre peut justifier le dialogue compétitif. Pour les marchés de travaux, fournitures ou services, les hypothèses de recours renvoient :

– soit à des besoins du pouvoir adjudicateur qui ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
– soit à des marchés qui portent notamment sur la conception ou des solutions innovantes ;
– soit au fait qu'un marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;
– soit à une situation où le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme ou une évaluation technique européenne ;
– soit, enfin, au cas de figure où en réponse à une procédure ouverte ou restreinte seules des offres régulières ou inacceptables ont été présentées.

(828) A.-L. Durviaux, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 516.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

1) *Dialogue compétitif*

418. Définition et objet. Il se définit comme une procédure à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre (829). S'il demeure peu utilisé dans la pratique (830), le dialogue compétitif peut être pertinent pour passer des contrats complexes ou des contrats globaux, le dialogue permettant en principe de mieux relier les phases de réalisation et d'exécution qui sont associées dans ces contrats. La procédure est par ailleurs pertinente, sur un plan pratique, lorsque l'administration n'a pas la possibilité de définir son besoin en interne, soit car il est difficile de trouver en externe la compétence pour faire définir le besoin soit encore car un prestataire éventuel n'est pas indépendant des entreprises qui seraient susceptibles de mettre en œuvre le besoin (831). La publicité du dialogue compétitif est la même que celle qui s'applique à l'ensemble des procédures formalisées.

419. Appréciation des conditions de recours. Le dialogue compétitif ne peut être engagé que dans les hypothèses identifiées à l'article 26 de la directive 2014/24, précédemment présentées. Parmi celles-ci, l'appréciation des circonstances particulières liées à la nature, à la complexité ou au montage juridique du marché est essentielle pour justifier le dialogue compétitif. Il s'agit, pour le pouvoir adjudicateur, de développer une méthodologie précise pour démontrer la

(829) Directive 2004/18, art. 2, § 11, c. La directive de 2014 n'a pas formellement repris cette définition, qui demeure pertinente. L'article 75 du décret du 25 mars 2016 retient du dialogue compétitif une définition similaire à celle des directives : « Le dialogue compétitif est la procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre. L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini. Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation ».

(830) On estime à moins de 5 %, voire plutôt de l'ordre de 1 à 2 %, les marchés soumis à procédure formalisée et conclus suivant un dialogue compétitif. Voy. D. Savvidies, « The Effectiveness of the Competitive Dialogue Procedure under the EU Consolidated Public Procurement Directive (2004/18/EC) as an Award Procedure for Public Private Partnerships », *EPPPL*, 2011/1, pp. 23-37.

(831) P. Cossalter, *Le dialogue compétitif, la conception-réalisation et les contrats complexes*, Voiron, Territorial Éditions, 2016, p. 17.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

complexité, en recourant à une étude comparative du marché (832). Sur ce point, il n'existe pas encore, en la matière, de jurisprudence pertinente de la Cour de justice. Du côté du juge interne, il ressort des décisions rendues un contrôle normal du critère de la complexité. Il s'agit de vérifier que les motifs qui peuvent valider le recours au dialogue compétitif sont suffisamment justifiés par le pouvoir adjudicateur. À titre d'exemple, le Conseil d'État a considéré qu'un marché portant sur la conception d'ouvrage et la gestion de l'activité des kiosquiers à Paris peut être associé à des besoins complexes, en lien avec la recherche d'optimisation des recettes domaniales (833). Cette approche est cohérente avec la nature du contrôle qui est exercé pour le recours à un marché global (834).

420. Déroulement. L'article 30 de la directive 2014/24 identifie les principales étapes d'une procédure de dialogue compétitif. Tout au long de la procédure, le respect des principes fondamentaux de la commande publique doit être garanti, la transmission d'information susceptible d'avantager certains participants par rapport à d'autres pouvant être considérée comme une pratique discriminatoire.

– La première étape d'un dialogue compétitif est similaire à celle d'une procédure d'appel d'offres restreinte. En réponse à un avis de marché, les opérateurs économiques transmettent au pouvoir adjudicateur une demande de participation dont le contenu est apprécié au regard des critères usuels de sélection qualitative, liés aux capacités économiques, professionnelles et financières. Le délai minimal de réception des demandes de participation est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. Cette première étape permet au pouvoir adjudicateur de sélectionner les opérateurs qui peuvent participer au dialogue, en leur transmettant une invitation à participer au dialogue (dont le contenu est similaire à l'invitation à poursuivre la procédure dans le cadre de l'appel d'offres restreint) (835).

(832) M. Burnett, « Developing a Complexity Test for the Use of Competitive Dialogue for PPP Contracts », *EPPPL*, 2010/4, pp. 215-223.

(833) CE, 26 juin 2015, *Extérion Média France et Derichebourg SNG c. Ville de Paris*, n° 389682 ; H. Hoepffner, *Contrats et Marchés publics*, 2015, comm. 204.

(834) Par exemple la nature du contrôle du juge pour contrôler le choix de la collectivité de ne pas allotir, CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350935. Sur la similitude des contrôles, voy. J.-P. Pietri, « Degré du contrôle du juge sur la décision de recours à un marché global », *Contrats et Marchés publics*, 2015, comm. 232.

(835) Directive 2014/24, art. 30, § 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– Le second temps du dialogue compétitif est celui du dialogue proprement dit. Son objet est d'identifier et de définir les moyens propres à satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur, en discutant sur tous les aspects du marché. Le déroulement du dialogue peut se structurer en phases successives, de manière à réduire le nombre de solutions à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant les critères d'attribution énoncés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif. Le dialogue se poursuit jusqu'à ce que le pouvoir adjudicateur soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins (836).
– Le troisième temps correspond à la clôture du dialogue : les participants qui n'ont pas été écartés sont invités à remettre une offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. Ces offres comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet. Elles ne peuvent toutefois être négociées, en ce sens que les demandes d'information complémentaires ne peuvent conduire à modifier les aspects essentiels (837).
– Le quatrième temps est celui de l'évaluation des offres, en fonction des critères d'attribution fixés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif. Des négociations peuvent être menées avec le soumissionnaire reconnu comme ayant remis l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix au sens de la notion d'offre économique la plus avantageuse : il ne s'agit pas d'une négociation en vue de l'attribution, mais plutôt d'une négociation visant à confirmer le choix définitif du pouvoir adjudicateur (838).

2) *Partenariat d'innovation*

421. Définition. Nouvelle procédure introduite en 2014, le partenariat d'innovation a été conçu pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs de développer une procédure spécifique de passation de

(836) Directive 2014/24, art. 30, §§ 2, 3 et 4. L'article 76.III du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 prévoit en outre que dans la phase finale de dialogue, le nombre de solutions restant à discuter doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions remplissant les conditions requises.

(837) Directive 2014/24, art. 30, § 5.

(838) Directive 2014/24, art. 30, §§ 6 et 7. L'article 76.IV du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 énonce que les demandes complémentaires ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché public, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

marché pour développer, en réponse à un besoin, un produit, un service ou des travaux innovants et pour les acquérir ultérieurement. La procédure est conçue comme un partenariat, elle repose sur un échange entre le pouvoir adjudicateur et un ou plusieurs opérateurs économiques pour définir le projet innovant, puis développer la solution qui en résulte. Ainsi conçue, cette procédure peut permettre à l'acheteur en fin de contrat de choisir le produit ou le service qui correspondent le mieux à son besoin ; il peut également avoir un retour sur investissement si le contrat prévoit des *royalties* à son profit si le produit innovant est vendu à d'autres que lui par la suite (839).

422. Nature de la procédure. Tel qu'il est conçu par l'article 31 de la directive 2014/24, le partenariat d'innovation fait figure de procédure hybride, qui repose sur un emprunt sélectif aux spécificités propres aux autres procédures. Une proximité avec l'appel d'offres restreint peut être établie, dans la mesure où le pouvoir adjudicateur lance un appel à candidatures par la publication d'un avis de publicité, par lequel il peut décider de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre en procédant à leur sélection, sans que le nombre de candidats sélectionnés soit inférieur à trois. La sélection repose sur une appréciation habituelle, avec des critères de sélection non discriminatoires, liés à l'objet du marché et relatifs aux capacités professionnelles, techniques et financières. Entre l'invitation à déposer des offres et la remise des offres finales, le partenariat d'innovation se rapproche d'une procédure concurrentielle avec négociation : le pouvoir adjudicateur est libre d'organiser une négociation suivant un phasage, avec la possibilité d'éliminer des candidats à l'issue de chaque phase ainsi que la possibilité d'apporter des changements aux documents de la consultation. La négociation peut ainsi permettre de faire évoluer le niveau d'exigence, dans la limite de ne pas communiquer aux candidats en lice les solutions ou informations confidentielles qui auraient été transmises par un soumissionnaire. Enfin, l'ensemble de la procédure se rapproche du dialogue compétitif : à l'instar de celui-ci, il s'agit pour le pouvoir adjudicateur de structurer un échange avec plusieurs opérateurs pour répondre à un besoin spécifique, novateur ; dans le cas du dialogue compétitif, il s'agit d'un besoin lié à la complexité du marché, pour le partenariat d'innovation, d'un besoin né de l'insuffisance des

(839) P. Cossalter, *Le dialogue compétitif, la conception-réalisation et les contrats complexes*, *op. cit.*, p. 67.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

offres du marché par rapport au besoin d'innovation. Cette proximité substantielle justifie que l'on puisse avoir des doutes sur la nécessité d'introduire spécifiquement une nouvelle procédure, alors qu'une adaptation du dialogue compétitif aurait pu être envisagée (840).

423. Identification du besoin. Une exigence spécifique du partenariat d'innovation tient à ce que le pouvoir adjudicateur doit identifier, dans les documents de marché, l'existence d'un besoin relatif à un produit, un service ou à des travaux innovants qui ne peut être satisfait par l'état du marché (841). L'innovation est entendue largement en ce qu'elle peut recouvrir l'usage à des technologies inexistantes ou expérimentales pour le développement de travaux ou de services, de nouveaux procédés de construction ou encore une nouvelle méthode de commercialisation. Une étude des offres présentes sur le marché est un préalable nécessaire, afin de justifier l'inadéquation du marché au besoin à satisfaire. Pour ce faire, le recours aux consultations préalables (ou *sourcing*) peut être pertinent.

424. Déroulement. Le pouvoir adjudicateur ne peut prévoir que le partenariat d'innovation sera attribué sur la base des offres initiales sans négociation : toutes les offres doivent être négociées afin d'améliorer leur contenu. Comme pour une procédure concurrentielle avec négociation, les négociations peuvent porter sur tous les aspects du contrat, à l'exception des exigences minimales et des critères d'attribution. Elles peuvent dès lors couvrir le prix, les aspects techniques et, surtout, la préservation et la répartition des droits de la propriété intellectuelle. La négociation peut être menée suivant plusieurs phases, qui correspondent à des critères d'attribution qui auront été préalablement déterminés. À la fin des négociations, l'acheteur invite les candidats à remettre une offre finale qui ne pourra plus être négociée. La sélection des offres ne peut être effectuée sur la base du seul critère du prix ou du coût global. Tout au long du processus de sélection des offres, l'acheteur doit veiller à assurer l'égalité de traitement de tous les candidats, en ne fournissant pas d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires. Le pouvoir adjudicateur ne peut dès lors communiquer les informations et les solutions proposées par un candidat qu'à la

(840) En ce sens, E. Pourcel, « Le partenariat d'innovation, de vraies fausses novations contractuelles et procédurales », *Contrats et Marchés publics*, 2015, n° 4, étude 5.

(841) Sur cette appréciation, voy. M. Bernal Blay, « The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation », *EPPPL*, 2014, n° 1, pp. 3-11.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

condition d'avoir obtenu l'accord exprès de celui-ci sur les différents éléments dont il envisage la communication. Un tel accord ne peut prendre la forme d'une renonciation générale à élever des objections à la communication d'informations.

425. Phasage. Le partenariat d'innovation est structuré en phases successives qui suivent le déroulement des étapes du processus de recherche et d'innovation, qui peuvent comprendre le stade de la fabrication des produits, de la prestation des services ou de l'exécution des travaux. Le partenariat d'innovation établit des objectifs intermédiaires que les partenaires doivent atteindre et prévoit le paiement de la rémunération selon des tranches appropriées. Son exécution est associée à plusieurs étapes. Quatre phases peuvent être dissociées :

– une phase d'étude, qui identifie les prestations à créer avec une obligation de résultat sur laquelle s'engage l'opérateur et que doit pouvoir vérifier le pouvoir adjudicateur ;
– une phase de réalisation, qui implique la conception d'un prototype de bien ou de service ;
– une phase de réalisation à grande échelle, qui consiste à modifier et à étendre le prototype initial ;
– une phase d'industrialisation à grande échelle.

426. Application. En France, cette procédure a été introduite par le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, puis reprise aux articles 94 et suivants du décret du 25 mars 2016. Plusieurs entreprises ont commencé à en faire usage, par exemple la SNCF et Alstom pour le développement des nouvelles rames de TGV à l'horizon 2020.

C. *Les procédures négociées*

427. Objet de la négociation. Le renforcement de la négociation est une dimension importante du nouveau cadre législatif, illustrative d'une forme de rapprochement, sous l'influence du droit de l'Union, du droit des contrats publics avec le droit commun des obligations. Dans ces procédures, les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux. L'objet de la négociation n'est pas limité. À titre principal, la négociation porte sur les conditions financières du marché, et donc sur les prix, les tarifs des fournitures

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

ou encore les formules d'indexation, notamment pour les marchés portant sur des matières premières. Mais d'autres considérations peuvent entrer dans la négociation, telles que les pénalités (842). Par exemple, dans l'hypothèse où le candidat est sûr de sa capacité à exécuter le marché dans les conditions stipulées, il peut avoir intérêt à proposer des pénalités de performance en échange d'un plafonnement global des pénalités ou du caractère forfaitaire des pénalités, pour exclure un risque de dommages et intérêts couvrant un préjudice résultant de la violation d'une obligation contractuelle. On peut également envisager une négociation sur les conditions de résiliation : il peut être judicieux de négocier pour réduire l'impact financier d'une résiliation pour faute plutôt que de chercher à améliorer les conséquences positives d'une résiliation prononcée dans l'intérêt général. Si la personne publique est disposée à entrer dans cette discussion, elle doit obtenir des concessions sur d'autres points, par exemple le prix global (ou les tarifs), la qualité de la prestation ou encore le niveau des pénalités avant résiliation pour faute. Tous ces paramètres peuvent être discutés dans le cadre de procédures spécifiques, soit, à titre exceptionnel, la procédure négociation sans publication préalable (1), soit, depuis l'entrée en vigueur du nouveau cadre législatif, les procédures négociées dans un cadre formalisé (2).

1) *Procédure négociée sans publication préalable*

428. Caractère exceptionnel. Compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence, le recours à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché est réservé à des circonstances très spécifiques et globalement exceptionnelles. Il s'agit là d'une situation qui va manifestement à l'encontre de la logique générale du droit de l'Union en matière de commande publique, puisque le pouvoir adjudicateur peut attribuer un marché public dans le cadre d'une procédure négociée et sans publier à l'avance un avis de marché. Le fil directeur de la jurisprudence européenne est de considérer que ce type de procédure est « une dérogation aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité FUE dans le secteur des marchés publics de services » ; cette caractéristique justifie à la fois une interprétation stricte des hypothèses de recours

(842) Voy. la systématisation des objets qui peuvent être négociés dans une procédure adaptée, Ph. DELELIS, « Modalités de la négociation des contrats publics », *Juris-Cl. Contrats et marchés publics*, Fasc. 63-11, spéc. n°s 20 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

et une inversion de la preuve : « c'est à celui qui entend se prévaloir [de ces cas] qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement » (843). Cette interprétation stricte rejoint d'ailleurs celle qui prévaut lorsque les États souhaitent avancer une exception tirée de la défense et de la sécurité (844).

429. Hypothèses. Ce cas de figure intervient dans des cas où une publication n'est pas possible pour des raisons d'extrême urgence, résultant d'événements imprévisibles qui ne sont pas imputables au pouvoir adjudicateur ou lorsqu'il est clair dès le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de concurrence ou n'apporterait pas de meilleurs résultats. Tel est le cas lorsqu'il n'existe objectivement qu'un seul opérateur économique capable d'exécuter le marché, par exemple pour les œuvres d'art. L'invocation de cette exception est enserrée dans des conditions strictes, qui figurent à l'article 32 de la directive 2014/24. Cet article distingue trois hypothèses générales et des cas de figure plus spécifiques, propres aux marchés de fournitures. Conçues comme des dérogations par rapport au principe cardinal de mise en concurrence, elles font l'objet d'une interprétation stricte (845). De manière générale, peut être de nature à justifier une procédure négociée :

– l'absence d'offre ou l'existence d'aucune offre appropriée. Cette situation doit pouvoir être justifiée par le pouvoir adjudicateur : l'offre n'est pas considérée comme appropriée lorsqu'elle est sans rapport avec le marché ou qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences du pouvoir adjudicateur spécifiés dans les documents de marché. Le cas de figure peut se produire lorsqu'un opérateur remplit les critères d'exclusion mais non les critères de sélection liés à la capacité économique, professionnelle ou financière ;

(843) Il s'agit d'une formule constante dans la jurisprudence : CJCE, 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, aff. jtes C-20/01 et C-20/08, *Rec.*, p. I-3609, pt 58 ; CJCE, 18 novembre 2004, *Commission c. Allemagne*, aff. C-126/03, *Rec.*, p. I-11197 ; CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, *op. cit.*, pt 46 ; CJCE, 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, aff. C-337/05, *Rec.*, p. I-2173, pts 57 et 58 ; CJCE, 27 octobre 2011, *Commission c. République hellénique*, aff. C-601/10, pt 32.

(844) Voy. par exemple, pour l'acquisition d'un matériel informatique lié à la sécurité du territoire en Belgique, CJCE, 16 octobre 2003, *Commission c. Belgique*, aff. C-252/01, *op. cit.*

(845) CJCE, 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-275/08, *Rec.*, p. I-168, pts 54 et 55 ; obs. M. Meister, *Europe*, 2009, n° 12 ; W. Zimmer, *Contrats et Marchés publics*, 2010, note 28 (marché de fournitures pour un logiciel d'immatriculation des véhicules).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– l'existence d'un seul opérateur pour fournir les travaux, fournitures ou services. Tel est le cas lorsque l'objet du marché est la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance unique ou lorsqu'il y a absence de concurrence pour des raisons techniques ou en raison de l'existence de droits d'exclusivité liés à des droits de propriété intellectuelle ;
– lorsque l'urgence impérieuse le justifie, en raison d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur, qui ne permettent pas de respecter les délais des procédures ouvertes, restreintes ou concurrentielles avec négociation. L'extériorité par rapport au pouvoir adjudicateur est ici essentielle pour apprécier la réalité de l'urgence (846).

430. Marchés de fournitures. Indépendamment de ces hypothèses générales, une procédure négociée sans publication préalable est admise uniquement pour des marchés publics de fournitures en lien avec des produits ou des biens qui présentent des spécificités techniques ou des innovations technologiques. Tel est le cas :
– lorsque les produits sont fabriqués à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans recherche de viabilité commerciale d'un produit ;
– pour les livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation, suivant une limite de trois ans ;
– pour les fournitures cotées et achetées à une bourse des matières premières ;
– pour l'achat de fournitures ou de services à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant ses activités commerciales, soit auprès du liquidateur dans le cadre d'une faillite.

(846) Tel peut être, par exemple, le cas d'incendies de forêt exceptionnels, qui résultent de conditions météorologiques elles-mêmes exceptionnelles ; ils sont par définition imprévisibles en tant que tels et peuvent constituer une urgence impérieuse au sens de cette disposition. Il en résulte que l'acquisition rapide, sans publicité, de moyens de lutte contre les incendies peut être justifiée : voy. CJCE, 27 octobre 2005, *Commission c. Italie*, aff. C-525/03, *Rec.*, p. I-9424. En revanche, une situation de dégradation d'ouvrages publics, qui sont destinés à protéger contre les inondations, ne peut être rattachée à des circonstances exceptionnelles : CJCE, 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, aff. C-385/02, *Rec.*, p. I-8121 ; note A. Menemenis, *D.A.*, 2005, n° 1, p. 24.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

2) *Extension des procédures négociées à titre de procédures formalisées*

431. Hypothèses de recours. Ainsi que cela a été mentionné, un trait caractéristique de la directive 2014/24 est d'étendre le recours à la négociation en introduisant une procédure concurrentielle avec négociation, qui élargit la portée de la précédente procédure négociée avec publicité. Bien que les procédures d'appel d'offres continuent d'être les procédures de droit commun, la possibilité de faire usage de cette procédure négociée est étendue à des cas de figure plus nombreux et plus opératoires pour le pouvoir adjudicateur. Ainsi que cela a été souligné, les conditions de recours à cette procédure, identifiées à l'article 26 de la directive 2014/24, sont les mêmes que celles qui régissent également l'utilisation par le pouvoir adjudicateur d'une procédure de dialogue compétitif ou d'un partenariat d'innovation (847). Pour justifier la négociation, les critères tirés de la complexité ou de la nature du marché ont vocation à prévaloir.

Par ailleurs, dans le même sens que les directives antérieures, le recours à la procédure concurrentielle avec négociation est possible lorsque, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées. Cette hypothèse demeure toutefois circonscrite compte tenu de la définition précise et limitative de la notion d'offre irrégulière ou inacceptable (848).

432. Mise en œuvre. La procédure concurrentielle est conçue en deux temps. Comme une procédure d'appel d'offres restreinte, un opérateur économique peut soumettre une demande de participation à un avis de mise en concurrence, en fournissant les informations aux fins de la sélection qualitative qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur. Un délai minimal de trente jours doit être observé

(847) À savoir, pour rappel, lorsque les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adopter des solutions immédiatement disponibles ; lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances préalables liées à sa nature, sa complexité ou au montage juridique et financier (au regard des risques qui s'y rattachent ; lorsque le marché porte notamment sur la conception ou des solutions innovantes).

(848) Directive 2014/24, art. 26, § 4, b). Sont notamment considérées comme irrégulières les offres qui ne sont pas conformes aux documents de marché, qui sont parvenues tardivement, qui comportent des éléments manifestes de collusion ou de corruption ou que le pouvoir adjudicateur a jugées anormalement basses. Sont notamment considérées comme inacceptables les offres présentées par des soumissionnaires dépourvus des capacités requises ou dont le prix dépasse le budget du pouvoir adjudicateur tel qu'il a été déterminé et établi avant le lancement de la procédure de passation de marché ; lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

entre l'avis de marché et la clôture de la réception des demandes de participation. Seuls les opérateurs qui vérifient les critères de l'évaluation qualitative sont invités par le pouvoir adjudicateur à soumettre une offre, qui sert de base aux négociations.

Une difficulté particulière du recours à la négociation est la préservation de l'égalité des candidats et, plus généralement, le respect des principes fondamentaux. Or, le respect de ces principes dans les procédures négociées peut s'avérer être plus délicat que dans le cadre des procédures d'appel d'offres (849). Sur le terrain du principe d'égalité, le recours à la négociation ne doit pas conduire à placer les candidats qui négocient dans des situations différentes, au risque de justifier un traitement différent de la part du pouvoir adjudicateur. Il en résulte, dès lors, la nécessité de veiller à une traçabilité de la négociation, notamment en établissant une liste identique de questions adressées aux candidats ou d'une grille de négociation. Par ailleurs, en lien avec le principe de transparence, la négociation ne peut conduire à dénaturer l'objet du contrat, dans la mesure où le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter les exigences qui figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence (850).

§ 2. – *Les techniques spécifiques d'achat*

433. Finalité des techniques d'achat. Outre la définition de procédures plus ou moins flexibles pour la conclusion des marchés, les directives prévoient des « techniques pour les marchés électroniques et agrégés » (chapitre II de la directive 2014/23). Cette qualification ne renvoie pas à une procédure de passation des marchés, mais à des modalités particulières d'acquisition des fournitures, des travaux ou des services. Il s'agit, par ces techniques, de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de développer une « ingénierie des marchés publics », qui vise à combiner l'opportunité et l'efficacité des dispositifs d'achat, la prise en compte d'un environnement budgétaire de

(849) Dès 1983, la jurisprudence a souligné le fait que la procédure négociée se caractérise par sa souplesse ne signifie pas pour autant que la liberté contractuelle soit illimitée : CE, 22 avril 1983, n° 21509, *Auffret et Dumoulin*, *Rec. Lebon*, p. 160, concl. D. Labetoulle.

(850) Art. 29, § 5 : « au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. À cette fin, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Ils informent par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées […] de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de marché, autres que ceux qui définissent les exigences minimales. À la suite de ces changements, les pouvoirs adjudicateurs prévoient suffisamment de temps pour permettre aux soumissionnaires de modifier leurs offres et de les présenter à nouveau s'il y a lieu ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

plus en plus contraint pour les collectivités et la nécessité de développer des solutions innovantes (851).

Pour concrétiser ce besoin d'ingénierie, les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à ces techniques pour poursuivre deux finalités. D'une part, certaines de ces techniques sont conçues dans une perspective de planification pluriannuelle et d'anticipation des besoins, notamment pour permettre une massification des achats qui se répercute sur les coûts. Tel est l'intérêt de recourir aux accords-cadres (852), aux systèmes d'acquisition dynamique (853) ou encore aux catalogues électroniques (854) (A). D'autre part, ces techniques visent à réaliser un effet de masse, en augmentant le volume d'achat, ou encore sont envisagées pour permettre une négociation sur les prix. Il s'agit alors de rechercher une massification des achats, qui se répercute sur les coûts, soit par les centrales d'achat (855) soit encore par les enchères électroniques (856) (B). Demeurent enfin les concours qui peuvent être considérés comme une modalité spécifique de marché (C).

A. *Techniques d'achat et anticipation des besoins*

Il convient de préciser le fonctionnement des accords-cadres (1), des systèmes d'acquisition dynamique (2).

1) *Les accords-cadres*

434. Origine européenne. L'accord-cadre est une technique d'achat qui fut introduite dans les directives adoptées en 2004, puis reprise en France dans le code de 2006. L'articulation avec les marchés à bons de commande, reconnus dans le Code des marchés, a été posée. Pour le Conseil d'État, les marchés à bons de commande doivent être considérés comme des accords-cadres au sens du droit de l'Union, il en résulte que l'avis d'appel public à la concurrence lié à un marché à bons de commande mais qui dépasse le seuil des directives doit comporter les informations relatives aux accords-cadres en droit de l'Union (857).

(851) Voy. cons. 69 de la directive 2014/24 : « du fait de l'importance des volumes achetés, ces techniques peuvent permettre d'accroître la concurrence et devraient aider à professionnaliser la commande publique ».
(852) Directive 2014/24, art. 33.
(853) Directive 2014/24, art. 34.
(854) Directive 2014/24, art. 36.
(855) Directive 2014/24, art. 37.
(856) Directive 2014/24, art. 36.
(857) CE, 8 août 2008, *Commune de Nanterre*, n° 309136 ; *BJCP*, 2008, p. 410, concl. Dacosta.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

435. Définition. Suivant l'article 33 de la directive 2014/24, les pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure des accords-cadres pour « autant qu'ils appliquent les procédures prévues par la directive ». L'accord-cadre est défini comme « un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les conditions régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ». La durée d'un accord-cadre ne dépasse pas quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre. Le contrat-cadre se caractérise par une grande flexibilité : ne pas contenir d'obligation d'achat, prévoir une fourchette d'achats, avec un maximum ou un minimum (858). Il établit les termes essentiels qui vont régir les contrats spécifiques à attribuer pendant sa durée de validité et les conditions pour la passation desdits contrats spécifiques. Pour être qualifié d'accord-cadre, il est essentiel que le pouvoir adjudicateur limite le bénéfice des contrats subséquents à conclure à un nombre limité d'opérateurs, choisis selon une procédure de marché. À l'inverse, un système d'accords totalement ouvert, par lequel un pouvoir adjudicateur permet, durant toute la validité du système, à tout opérateur de participer pour fournir des biens à des conditions prédéterminées ne peut être valablement considéré comme un accord-cadre (859). En l'absence d'exclusivité de l'accord, un système d'acquisition n'est pas couvert par les directives sur les marchés. Les obliga-

(858) Cette flexibilité n'exclut pas que le pouvoir adjudicateur soit tenu de mentionner dans les avis d'appel à la concurrence, et de manière indicative, la quantité ou l'étendue globale des prestations qui font l'objet du marché ; il doit également définir avec précision son besoin (CE, 24 octobre 2008, *Communauté d'agglomération de l'Artois*, req. n° 31360).

(859) CJUE, 2 juin 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH*, aff. C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399, pts 36 et 37 : « le risque de favoriser les opérateurs économiques nationaux, que ladite directive vise à écarter, est intimement lié à la sélection que le pouvoir adjudicateur entend opérer parmi les offres recevables et à l'exclusivité qui va découler de l'attribution du marché considéré à l'opérateur dont l'offre aura été retenue, ou aux opérateurs économiques dont les offres auront été retenues dans le cas d'un accord-cadre, ce qui constitue la finalité d'une procédure de passation de marché public. Par conséquent, lorsqu'une entité publique cherche à conclure des contrats de fourniture avec tous les opérateurs économiques désireux de procurer les produits concernés aux conditions indiquées par cette entité, l'absence de désignation d'un opérateur économique auquel l'exclusivité d'un marché serait accordée a pour conséquence qu'il n'existe pas de nécessité d'encadrer par les règles précises de la directive 2004/18 l'action de ce pouvoir adjudicateur de façon à empêcher que celui-ci attribue un marché en favorisant les opérateurs nationaux ». Il s'agit en l'espèce d'accords par lesquels les caisses d'assurance maladie ou leurs groupements peuvent conclure avec des entreprises pharmaceutiques des accords de remise sur le prix de vente des médicaments qui sont délivrés à la charge de ces caisses, d'une durée de deux ans.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

tions d'achat pour le pouvoir adjudicateur découlent seulement des contrats spécifiques (bons de commande), qui sont régis par les termes et conditions du contrat-cadre. En principe, le contrat-cadre et le cahier des charges sont réputés s'expliquer mutuellement ; en cas d'ambiguïté, les dispositions du premier prévalent sur celles du second.

436. Procédure. Tout travail spécifique proposé au titre du contrat-cadre fait l'objet d'un bon de commande émis par le pouvoir adjudicateur. Il fixe généralement la nature de la prestation à fournir, son volume, son délai d'exécution et la rémunération due. Le bon de commande constitue le contrat spécifique par lequel le pouvoir adjudicateur exprime son consentement définitif pour l'attribution d'un travail (travaux, services, fournitures) spécifique. La conclusion de l'accord-cadre dépend du nombre d'opérateurs économiques qui y participent :

– lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés fondés sur cet accord-cadre sont attribués dans les limites des conditions fixées dans l'accord-cadre. Pour la passation de ces marchés, les pouvoirs adjudicateurs peuvent consulter par écrit l'opérateur économique partie à l'accord-cadre, en lui demandant de compléter, si besoin est, son offre ;
– lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, il est exécuté de l'une des manières suivantes :
  - sans remise en concurrence, selon les clauses et conditions de l'accord-cadre, lorsque celui-ci définit toutes les conditions régissant la fourniture des travaux, des services et des produits concernés, et les conditions objectives permettant de déterminer quel opérateur économique partie à l'accord-cadre est chargé de l'exécution ; les documents de marché relatifs à l'accord-cadre précisent ces dernières conditions ;
  - en partie sans remise en concurrence et avec concurrence, dans le cas où cette possibilité a été stipulée par les pouvoirs adjudicateurs dans les documents de marché relatifs à l'accord-cadre. Le choix d'acquérir des travaux, fournitures ou services spécifiques par le biais d'une remise en concurrence ou directement selon les conditions figurant dans l'accord-cadre s'effectue en fonction de critères objectifs, qui sont énoncés dans les documents de marché relatifs à l'accord-cadre. Ces documents de marché précisent également les conditions qui peuvent faire l'objet d'une remise en concurrence ;

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

- par une remise en concurrence des opérateurs économiques parties à l'accord-cadre, lorsque celui-ci ne définit pas toutes les conditions régissant la fourniture des travaux, des services et des produits concernés (860).

2) *Système d'acquisition dynamique*

437. Définition. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs doivent réaliser des achats d'usage courant, et qu'ils peuvent répondre à leurs besoins en achetant des biens, des services ou des fournitures communément disponibles sur le marché, ils peuvent recourir à un système d'acquisition dynamique. Suivant l'article 34 de la directive 2014/24, « ce système fonctionne comme un processus entièrement électronique et est ouvert, pendant toute la durée de validité du système d'acquisition, à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection. Il peut être subdivisé en catégories de produits, de travaux ou de services définies de manière objective sur la base des caractéristiques du marché à réaliser dans le cadre de la catégorie concernée. Ces caractéristiques peuvent notamment renvoyer à la taille maximale autorisée de certains marchés spécifiques ultérieurs ou à une zone géographique précise dans laquelle certains marchés spécifiques ultérieurs seront exécutés » (861).

438. Délais. Des délais spécifiques sont applicables pour les systèmes d'acquisition dynamique (862) :

– le délai minimal de réception des demandes de participation est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence a été réalisé au moyen d'un avis de préinformation, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. Aucun délai supplémentaire de réception des demandes de participation n'est applicable après l'envoi de l'invi-

(860) Directive 2014/24, art. 33, § 4. Dans ce cas, la mise en concurrence obéit aux mêmes conditions que celles qui ont été appliquées à l'attribution de l'accord-cadre, au besoin précisées selon les modalités suivantes : a) pour chaque marché à passer, les pouvoirs adjudicateurs consultent par écrit les opérateurs économiques qui sont capables d'exécuter le marché ; b) les pouvoirs adjudicateurs fixent un délai suffisant pour permettre la soumission des offres relatives à chaque marché spécifique en tenant compte d'éléments tels que la complexité de l'objet du marché et le temps nécessaire pour la transmission des offres ; c) les offres sont soumises par écrit et elles ne sont pas ouvertes avant l'expiration du délai de réponse prévu ; d) les pouvoirs adjudicateurs attribuent chaque marché au soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre sur la base des critères d'attribution énoncés dans les documents de marché relatifs à l'accord-cadre (*ibid.*, art. 33, § 5).

(861) Directive 2014/24, art. 34, § 1.

(862) Directive 2014/24, art. 34, § 2.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

tation à soumissionner pour le premier marché spécifique dans le cadre du système d'acquisition dynamique ;
– le délai minimal de réception des offres est d'au moins dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

439. Alignement sur la procédure restreinte. Pour passer un marché dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, les pouvoirs adjudicateurs suivent les règles de la procédure restreinte. Tous les candidats satisfaisant aux critères de sélection sont admis dans le système et leur nombre n'est pas limité. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs ont subdivisé le système en catégories de produits, de travaux ou de services, ils précisent les critères de sélection applicables à chaque catégorie. L'analogie avec la procédure restreinte se vérifie à plusieurs étapes, les pouvoirs adjudicateurs doivent en effet (863) :
– publier un avis d'appel à la concurrence en indiquant clairement qu'il s'agit d'un système d'acquisition dynamique ;
– préciser dans les documents de marché au moins la nature des achats envisagés et leur quantité estimée, ainsi que toutes les informations nécessaires concernant le système d'acquisition dynamique, y compris la manière dont ce système fonctionne, l'équipement électronique utilisé et les arrangements et spécifications techniques de connexion ;
– signaler toute subdivision en catégories de produits, de travaux ou de services et les caractéristiques définissant celles-ci ;
– fournir, pendant la période de validité du système, un accès sans restriction, complet et direct aux documents de marché ;
– procéder à l'évaluation des demandes de participation au système, conformément aux critères de sélection, dans un délai de 10 jours ouvrables après leur réception.

B. *Techniques d'achat et recherche d'effet de masse sur les prix*

On peut les regrouper en distinguant les centrales d'achat (1), les catalogues électroniques (2) et les enchères (3).

1) *Les centrales d'achat*

440. Dualité des fonctions. La « centrale d'achat » est évasivement définie dans les directives, elle renvoie à « un pouvoir adjudicateur

(863) Directive 2014/24, art. 34, § 4.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

qui réalise des activités d'achat centralisées et éventuellement des activités d'achat auxiliaires » (864). Au regard de l'article 37 de la directive 2014/24, la centrale d'achat revêt une double fonction (865).

En premier lieu, elle peut être utilisée par les pouvoirs adjudicateurs pour passer leurs marchés de travaux, de fournitures ou de services ; dans ce cas, la centrale d'achat agit pour le compte du ou des pouvoirs adjudicateurs en passant un marché ou en recourant à un système d'acquisition dynamique. Les États membres peuvent prévoir que certains marchés doivent être passés en recourant à ces centrales ou à des centrales spécifiques. Dans ce schéma, la directive laisse une marge de manœuvre aux États pour préciser la nature juridique des liens entre la centrale et le pouvoir adjudicateur.

En second lieu, les centrales d'achat peuvent être utilisées comme opérateur économique, à savoir pour satisfaire les besoins auprès d'elles. L'article 37, § 2, de la directive 2014/24 prévoit en effet qu'« un pouvoir adjudicateur remplit ses obligations en vertu de la présente directive lorsqu'il acquiert des fournitures ou des services auprès d'une centrale d'achat en proposant les activités d'achat centralisées », à savoir des activités menées en permanence et qui prennent soit la forme de fournitures et/ou de services soit la forme de conclusion d'accords-cadres de travaux, fournitures ou services. La relation entre le pouvoir adjudicateur et la centrale peut alors prendre la forme d'un marché ou d'un accord-cadre ou encore d'un système d'acquisition dynamique. L'intérêt de la centrale d'achat tient à ce que le pouvoir adjudicateur est considéré comme ayant respecté ses obligations de mise en concurrence et de publicité, celles-ci étant présumées respectées en amont, à savoir pour les marchés que la centrale d'achat a antérieurement conclus pour se procurer les biens qu'elle propose ultérieurement aux collectivités (866). Mais le pouvoir adjudicateur demeure responsable de l'exécution des obligations prévues par la directive pour les parties de la passation de marché dont il se charge lui-même, telles que :

(864) Directive 2014/24, art. 2, § 16.

(865) En ce sens également, l'article 26 de l'ordonnance de 2015 : « Une centrale d'achat est un acheteur soumis à la présente ordonnance qui a pour objet d'exercer des activités d'achat centralisées qui sont : 1° L'acquisition de fournitures ou de services destinés à des acheteurs ; 2° La passation des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services destinés à des acheteurs ».

(866) Directive 2014/24, art. 37, § 4 : « Les pouvoir adjudicateurs peuvent, sans appliquer les procédures prévues dans la présente directive, attribuer à une centrale d'achat un marché public de services pour la fourniture d'activités d'achat centralisées. Ces marchés publics de services peuvent également comprendre la fourniture d'activités d'achat auxiliaires ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– l'attribution d'un marché dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique mis en place par une centrale d'achat ;
– la remise en concurrence en vertu d'un accord-cadre conclu par une centrale d'achat ;
– le choix de l'opérateur économique partie à l'accord-cadre qui exécutera une tâche donnée en vertu de l'accord-cadre conclu par une centrale d'achat (867).

441. Diversité des formes sociales. En France, le recours aux centrales d'achat s'est sensiblement renforcé au cours des dernières années. Il existe, de longue date, une centrale nationale, l'UGAP, qui a le caractère d'un établissement public industriel et commercial (EPIC) national. Certaines collectivités développent également leurs propres centrales, par exemple Cap'Aqui ou Centr'Achat, respectivement dans la région Aquitaine et dans celle du Centre, pour centraliser les achats des lycées, et qui prennent la forme de groupements d'intérêt public (GIP). Enfin, certains départements, tels que l'Oise, ont mis en place des centrales d'achat sous forme d'association. Certains statuts semblent ne pas avoir été exploités, tels que la SEM ou la SPL (868).

2) *Les catalogues électroniques*

442. Définition. Suivant l'article 36 de la directive 2014/24, lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques est requise, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique ou qu'elles comportent un catalogue électronique. Les États membres peuvent rendre obligatoire l'utilisation des catalogues électroniques pour certains types de marchés. Les offres présentées sous la forme d'un catalogue électronique peuvent être accompagnées d'autres documents qui les complètent. Le catalogue électronique est ainsi conçu comme un format qui permet de présenter et d'organiser les informations d'une manière commune à tous les soumissionnaires et qui se prête au traitement électronique.

(867) Directive 2014/24, art. 37, § 2, al. 3.

(868) Voy. l'analyse détaillée dans le rapport rendu par l'Inspection générale de l'administration et l'Inspection générale des finances, *Revue de dépenses relatives à la fonction achats des collectivités territoriales*, avril 2016, établi par A. Boquet, Y. Durufle, L. Ruat, N. Angel, C. Freppel.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

3) *Les enchères électroniques*

443. Processus. L'article 35 de la directive 2014/24 prévoit que « les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à des enchères électroniques où sont présentés de nouveaux prix, révisés à la baisse, et/ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres ». Les candidats peuvent réviser leurs prix à la baisse ou modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre. Ce processus est conçu comme étant itératif, qui intervient après une première évaluation complète des offres, ce qui permet de les classer au moyen de méthodes d'évaluation automatiques. Au cours de chaque phase de l'enchère électronique, les pouvoirs adjudicateurs communiquent instantanément à tous les soumissionnaires au moins les informations suffisantes pour leur permettre de connaître à tout moment leur classement respectif. Ils peuvent, dans la mesure où cela a été indiqué préalablement, communiquer d'autres informations concernant d'autres prix ou valeurs présentés. Ils peuvent également à tout moment annoncer le nombre des participants dans la phase de l'enchère. Cependant, ils ne peuvent en aucun cas divulguer l'identité des soumissionnaires dans aucune des phases de l'enchère électronique.

444. Contenu. Annexe VI – Informations qui doivent figurer dans les documents de marché liés à des enchères électroniques.

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs ont décidé de recourir à une enchère électronique, les documents de marché contiennent au moins les données suivantes :

a) les éléments dont les valeurs feront l'objet de l'enchère électronique, pour autant que ces éléments soient quantifiables de manière à être exprimés en chiffres ou en pourcentages ;
b) les limites éventuelles des valeurs qui pourront être présentées, telles qu'elles résultent des spécifications de l'objet du marché ;
c) les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère électronique et à quel moment elles seront, le cas échéant, mises à leur disposition ;
d) les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique ;
e) les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et notamment les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés pour enchérir ;
f) les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

C. *Les concours*

445. Définition. Les concours sont des procédures permettant au pouvoir adjudicateur d'acquérir un plan ou un projet retenu par un jury après mise en concurrence ; un concours peut, par exemple, être organisé pour la conception d'un centre communal dans un quartier promis à une réhabilitation urbaine, ou pour les plans d'un réseau de communications entre différents niveaux d'administration. La directive 2014/24 les définit comme « des procédures qui permettent au pouvoir adjudicateur d'acquérir, principalement dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données, un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence avec ou sans attribution de primes » (869). Il s'agit, par exemple, de concours de maîtrise d'œuvre.

§ 3. – *Les procédures dans le champ des secteurs spéciaux*

446. Secteurs spéciaux. Dans le champ de la directive secteurs spéciaux, les dispositifs sont traditionnellement plus flexibles, dans la mesure où les services d'utilité publique sont libres de recourir à une procédure négociée, à condition d'avoir publié au préalable un appel à la concurrence. La plus grande souplesse accordée par cette directive tient au fait qu'elle ne vise pas seulement les pouvoirs publics, mais aussi les entreprises commerciales, qu'il s'agisse d'entreprises publiques ou de sociétés privées jouissant de droits spéciaux ou exclusifs. Ses procédures se veulent donc proches des pratiques commerciales, à tout le moins de celles qui présentent un minimum de transparence et d'égalité de traitement.

§ 4. – *Les procédures dans le cadre de la directive sur les secteurs spéciaux*

447. Champ limité des procédures. Une spécificité importante des secteurs dits spéciaux, couverts par la directive 2014/25, tient à la marge de manœuvre qui est reconnue aux entités adjudicatrices pour déterminer la procédure applicable à la conclusion de leurs contrats. Il s'agit d'une flexibilité qui est circonscrite au champ de la directive

(869) Directive 2014/24, art. 1.1-21.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

sectorielle : ainsi que l'a énoncé la Cour dans l'affaire *Ing. Aigner*, les procédures plus souples de cette directive ne peuvent être étendues au-delà de son champ d'application. Aussi, lorsqu'une entité conclut en même temps des marchés en qualité de pouvoir adjudicateur au sens de la directive générale et en qualité d'entité adjudicatrice, la théorie de la contamination selon laquelle l'ensemble des marchés seraient absorbés par les procédures des secteurs spéciaux n'est pas opératoire (870). Il s'ensuit que les procédures prévues par la directive générale 2014/24 ont toujours une fonction palliative : si un marché, conclu par un pouvoir adjudicateur qui est aussi entité adjudicatrice, ne relève pas de l'exercice d'une des activités couvertes par la directive sectorielle, il est régi par les règles prévues par la directive générale (871).

448. L'article 44, § 2, de la directive prévoit que les États établissent trois procédures que les entités adjudicatrices peuvent mettre en œuvre : procédure ouverte, procédure restreinte, procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

– La procédure restreinte obéit à un schéma similaire à celui de l'appel d'offres restreint dans le cadre de la directive 2014/24. Ainsi, tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis d'appel à la concurrence en fournissant les informations aux fins de la sélection qualitative. Le délai minimal est d'au moins trente jours (et en aucun cas inférieur à quinze jours), compte tenu de la date d'envoi de l'avis de marché. Le nombre des candidats admis à présenter une offre peut être limité par les entités adjudicatrices et seuls les opérateurs invités à le faire peuvent soumettre une offre (872).
– La procédure négociée correspond aux mêmes caractéristiques que celles prévues par la directive 2014/24. En vertu de l'article 47, § 1, de la directive 2014/25, tout opérateur économique peut soumettre

(870) Voy., par analogie, les énonciations contenues dans CJCE, 10 avril 2008, *Ing. Aiger*, aff. C-393/06, pts 29 et 30 : « les dispositions [de la directive 2014/25] ne laissent aucune place à l'application, dans le cadre de cette directive, de l'approche appelée "théorie de la contagion", qui a été développée à la suite de l'arrêt *Mannesmann* […] dès lors relèvent du champ d'application de cette directive les seuls marchés qu'une entité, ayant la qualité d'entité adjudicatrice au sens de celle-ci, passe en rapport et pour l'exercice d'activité dans les secteurs énumérés aux articles 3 à 7 de ladite directive [désormais art. 8 à 14 : gaz et chaleur, électricité, eau, services de transport, ports et aéroports, services postaux, extraction de pétrole et de gaz] ».

(871) CJCE, 16 juin 2005, *Strabag et Kostman*, aff. jtes C-462/03 et C-463/03, *Rec.*, p. I-5397, pt 37.

(872) Directive 2014/25, art. 46.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

une demande de participation en réponse à un avis d'appel à la concurrence en fournissant les informations aux fins de la sélection qualitative qui sont réclamées par l'entité adjudicatrice. La participation aux négociations est réservée aux seuls opérateurs économiques qui ont reçu une invitation de l'entité adjudicatrice à la suite de l'évaluation des informations. Là encore, l'entité dispose d'une marge pour déterminer le délai de réception des offres, qui peut être fixé d'un commun accord entre celle-ci et les candidats sélectionnés, pour autant qu'ils disposent tous d'un délai identique pour préparer et soumettre leurs offres. En l'absence d'un tel accord sur le délai de réception des offres, il ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner (873).

Section 3. – L'attribution du marché

449. Avis d'attribution de marché. Il est obligatoire. En vertu de l'article 50 de la directive 2014/24, les pouvoirs adjudicateurs envoient un avis d'attribution de marché relatif aux résultats de la procédure de passation de marché, au plus tard trente jours après la conclusion d'un marché ou d'un accord-cadre, faisant suite à la décision d'attribution ou de conclusion de celui-ci. Ce délai de trente jours vaut également après la passation de chaque marché fondé sur un système d'acquisition dynamique.

450. Contenu de l'avis d'attribution. – Annexe V, partie D – Informations qui doivent figurer dans les avis d'attribution de marchés.

1. Nom, numéro d'identification (dans les cas où il est prévu dans la législation nationale), adresse, y compris code NUTS, numéro de téléphone, numéro de télécopieur, adresse électronique et adresse internet du pouvoir adjudicateur et, s'ils sont différents, du service à contacter pour tout complément d'information.
2. Type de pouvoir adjudicateur et principale activité exercée.
3. Le cas échéant, indiquer si le pouvoir adjudicateur est une centrale d'achat ou signaler tout recours à une autre forme de passation de marchés conjoints.
4. Codes CPV.

(873) Directive 2014/25, art. 47, § 2.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

5. Code NUTS du lieu principal des travaux pour les marchés de travaux, ou code NUTS du lieu principal de livraison ou d'exécution pour les marchés de fournitures et de services.
6. Description du marché : nature et étendue des travaux, nature et quantité ou valeur des fournitures, nature et étendue des services. Si le marché est divisé en lots, indiquer cette information pour chaque lot. Le cas échéant, description des options.
7. Type de procédure d'attribution ; en cas de procédure négociée sans publication préalable, justification.
8. Le cas échéant, indiquer s'il y a : a) un accord-cadre, b) un système d'acquisition dynamique.
9. Critères visés à l'article 67 qui ont été appliqués lors de l'attribution du ou des marchés. Le cas échéant, indiquer s'il y a eu enchère électronique (en cas de procédures ouvertes ou restreintes ou de procédures concurrentielles avec négociation).
10. Date de conclusion du ou des marchés ou de l'accord-cadre ou des accords-cadres à la suite de la décision d'attribution ou de conclusion.
11. Nombre d'offres reçues pour chaque attribution, notamment : a) nombre d'offres reçues d'opérateurs économiques qui sont des petites et moyennes entreprises ; b) nombre d'offres reçues en provenance d'un autre État membre ou d'un pays tiers ; c) nombre d'offres reçues par voie électronique.
12. Pour chaque attribution, nom, adresse, y compris le code NUTS, numéro de téléphone, numéro de télécopieur, adresse électronique et adresse internet du ou des soumissionnaires, et notamment : a) indiquer si le soumissionnaire est une petite ou moyenne entreprise ; b) indiquer si le marché a été attribué à un groupement d'opérateurs économiques (coentreprise, consortium ou autre).
13. Valeur de l'offre ou des offres retenues ou de l'offre la plus élevée et de l'offre la moins élevée prises en considération pour l'attribution du marché ou des marchés.
14. Le cas échéant, pour chaque attribution, valeur et part du contrat susceptible d'être sous-traitée à des tiers.
15. Préciser si le marché est lié à un projet et/ou un programme financé par des fonds de l'Union.
16. Nom et adresse de l'instance compétente pour les procédures de recours et, le cas échéant, de médiation. Précisions concernant le délai d'introduction des recours ou, au besoin, nom, adresse,

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

numéro de téléphone, numéro de télécopieur et adresse électronique du service à contacter pour tout complément d'information.

17. Date(s) et référence(s) des publications précédentes au *Journal officiel de l'Union européenne* pertinentes pour le ou les marchés publiés dans cet avis.
18. Date d'envoi de l'avis.
19. Toute autre information pertinente.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La passation des marchés
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

CHAPITRE 3
LA CONCLUSION DES CONCESSIONS

451. Contexte. Jusqu'à la récente adoption de la directive 2014/23 relative à l'attribution des contrats de concession, la conclusion de ces contrats n'était pas régie par le droit dérivé et ne relevait que de l'application des principes fondamentaux de la commande publique. Dans l'affaire *Parking Brixen*, la Cour, rappelant la portée de la jurisprudence *Telaustria* relative à l'obligation de transparence a établi qu'il « appartient à l'autorité publique concédante d'apprécier, sous le contrôle des juridictions compétentes, l'adéquation des modalités de mise en concurrence aux spécificités de la concession de services publics » (874). Il s'agissait ainsi non pas tant de calquer aux concessions les procédures d'appel d'offres mais de concevoir une procédure qui prévoit un degré suffisant de publicité, ce à quoi fait évidemment obstacle une législation qui permet l'attribution de concessions sans mise en concurrence. Sur le fondement des principes fondamentaux, des exigences de publicité et d'informations préalables des candidats vont progressivement être reconnues par les juges nationaux (875).

452. Directive 2014/23/UE. L'adoption de la directive 2014/23 relative à l'attribution des contrats de concession a considérablement renforcé l'influence du droit de l'Union sur ces contrats. Ainsi que cela a été précédemment présenté (876), la négociation de ce texte a

(874) CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03, *op. cit.*, pt 50.

(875) Voy. en France, l'arrêt du CE, 23 décembre 2009, *Établissement public Musée et domaine national de Versailles*, n° 328827 ; note Ph. Rees, *Contrats et Marchés publics* 2010, comm. 83. Par un considérant de principe, la haute juridiction affirme que « les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique ; que pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une DSP, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres ; que la circonstance que les dispositions de l'article 38 de la loi Sapin est sans incidence ».

(876) Voy. *supra*, n°s 105 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La conclusion des concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

nourri d'importantes divergences quant au modèle normatif à adopter pour encadrer les concessions. Sa transposition est assurée par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et par le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession. Texte de compromis, la directive 2014/23 s'inscrit dans deux logiques qui ne sont pas toujours conciliables. D'un côté, elle aligne le régime des concessions sur celui des marchés publics, notamment en matière de publicité, de critères de sélection ou de conditions applicables pour la modification de ces contrats. D'un autre côté, elle cherche à préserver la marge de manœuvre des autorités concédantes, en préservant un principe de liberté de négociation. Il convient d'approfondir ce régime hybride de passation, en présentant les obligations de publicité (section 1) et le régime de liberté « aménagée » qui caractérise la conclusion de ces contrats (section 2).

Section 1. – Les obligations de publicité

453. Principe de publicité. L'attribution de gré à gré disparaît définitivement du droit des concessions, du mois pour celles d'entre elles dont le montant excède le seuil de 5.186.000 € HT (877). La directive pose comme règle que les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices qui souhaitent attribuer une concession fassent connaître leur intention au moyen d'un avis de concession. Comme pour les marchés, les avis doivent respecter un modèle européen standardisé et être transmis à l'Office des publications de l'UE pour publication au *JOUE*. L'avis européen doit être transmis par voie électronique (878). Il s'agit là d'une obligation qui devrait conduire à faire évoluer la jurisprudence du Conseil d'État français qui avait considéré qu'aucune disposition n'exige qu'une autorité délégante

(877) Directive 2014/23, art. 9.

(878) L'obligation de recourir à la communication électronique est imposée uniquement pour la transmission de l'avis au *JOUE*. Pour les autres communications utilisées par les pouvoirs adjudicateurs en matière de concession, l'article 29 de la directive 2014/23 laisse une faculté aux États d'utiliser d'autres supports. Dans tous les cas, la publication au niveau national ne peut précéder celle au niveau niveau européen, sauf si l'Office des publications de l'Union européenne n'a pas procédé à la publication de l'avis 48 heures après sa réception.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La conclusion des concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

soit tenue de procéder systématiquement à une publicité dans un support européen (879).

454. Publicités spécifiques. Des dispositifs « dégradés » sont prévus dans certains secteurs (880). Les services sociaux, pour commencer, comportent un avis de préinformation, avis déconnecté de la procédure car nettement antérieur, préalable à une prochaine banalisation des concessions dans ce secteur (art. 31.3). Plusieurs domaines bénéficient d'une dérogation : concession dont l'objet est la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique à caractère unique (art. 31.4, a), raisons techniques justifiant l'absence de mise en concurrence (art. 31.4, b), droit exclusif du fournisseur (art. 31.4, c), protection des droits de propriété intellectuelle (art. 31.4, d). Mais ces dispenses de publicité ne sont pas acquises de manière abstraite. Le pouvoir adjudicateur devra encore pouvoir démontrer, d'une part, qu'il se trouve dans une situation où « il n'existe aucune solution alternative ou de substitution raisonnable », et d'autre part, que « l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des paramètres de l'attribution de la concession » (art. 31.5).

455. Avis de concession. L'annexe V de la directive 2014/23 identifie des informations qui doivent figurer dans les avis de concession :

1. Nom, numéro d'identification (si prévu dans la législation nationale), adresse, y compris code NUTS, numéro de téléphone, numéro de télécopieur, adresse électronique et adresse internet du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et, s'ils sont différents, du service à contacter pour tout complément d'information.
2. Type de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice et principale activité exercée.
3. Si les candidatures contiennent des offres, adresse électronique ou internet sur laquelle les documents de concession sont mis à disposition en accès libre, direct, complet et gratuit. Lorsqu'un accès libre, direct, complet et gratuit n'est pas possible dans les cas visés à l'article 34, paragraphe 2, indiquer les modalités d'accès aux documents de concession.

(879) CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n° 334845 ; note G. Eckert, *Contrats et Marchés publics*, 2010, comm. 259.

(880) Voy. la présentation de F. Linditch, « Premier regard sur les procédures de passation des concessions de service », in St. de La Rosa (dir.), *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique. Les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession*, *op. cit.*, spéc. p. 90.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La conclusion des concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

4. Description de la concession : nature et étendue des travaux, nature et étendue des services, ordre de grandeur ou valeur indicative, et, si possible, durée du contrat. Si la concession est divisée en lots, indiquer cette information pour chaque lot. Le cas échéant, description des options.
5. Codes CPV. Si la concession est divisée en lots, indiquer cette information pour chaque lot.
6. Code NUTS du lieu principal d'exécution des travaux pour les concessions de travaux, ou code NUTS du lieu principal de réalisation pour les concessions de services. Si la concession est divisée en lots, indiquer cette information pour chaque lot.
7. Conditions de participation, notamment :
   a) le cas échéant, indiquer s'il s'agit d'une concession réservée à des ateliers protégés ou dont l'exécution est réservée dans le cadre de programmes d'emplois protégés ;
   b) le cas échéant, indiquer si, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, la fourniture du service est réservée à une profession déterminée ; référence de la disposition législative, réglementaire ou administrative pertinente ;
   c) une liste et une brève description des critères de sélection s'il y a lieu ; niveau(x) minimal(aux) de capacités éventuellement exigé(s) ; indiquer les informations requises (déclarations sur l'honneur, documents).
8. Date limite de présentation des candidatures ou de réception des offres.
9. Critères qui seront utilisés pour l'attribution de la concession lorsqu'ils ne figurent pas dans d'autres documents de concession.
10. Date d'envoi de l'avis.
11. Nom et adresse de l'organe compétent pour les procédures de recours et, le cas échéant, de médiation. Précisions concernant les délais d'introduction des recours ou, le cas échéant, nom, adresse, numéro de téléphone, numéro de télécopieur et adresse électronique du service à contacter pour obtenir ces informations.
12. Le cas échéant, conditions particulières auxquelles est soumise l'exploitation de la concession.
13. Adresse à laquelle les candidatures ou les offres sont envoyées.
14. Le cas échéant, indiquer les exigences et les conditions relatives à l'utilisation de moyens de communication électroniques.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La conclusion des concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

15. Préciser si la concession est liée à un projet et/ou un programme financé par des fonds de l'Union.
16. Pour les concessions de travaux, indiquer si la concession est couverte par l'AMP.

456. Seuil de publicité et seuil de procédure formalisée. L'obligation de publicité européenne s'impose pour les contrats de concession dont la valeur HT estimée est égale ou supérieure au seuil de 5.225.000 € HT. Pour ces contrats, l'autorité concédante doit publier un avis de concession au *Journal officiel de l'Union européenne* (*JOUE*) et au *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (*BOAMP*) ou dans un journal d'annonces légales (JAL) ainsi que dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné. Pour les contrats dont la valeur estimée est inférieure au seuil européen et pour ceux qui obéissent à des régimes dérogatoires (eau, voyageurs, services sociaux et services spécifiques), l'autorité concédante est soumise à l'obligation un avis de publicité au niveau national, soit dans un JAL soit au *BOAMP*.

Section 2. – Une liberté aménagée pour la conclusion des concessions

Il s'agit d'une liberté aménagée en ce que l'autorité concédante est en principe libre de choisir la procédure d'attribution (§ 2), mais en indiquant à l'avance les critères de sélection (§ 1) et en justifiant l'attribution de la concession suivant le critère de l'avantage économique global (§ 3).

§ 1. – *Prévisibilité des critères de sélection*

457. Similitude avec les critères d'évaluation des marchés publics. Au-delà du seuil, l'autorité délégante est tenue de préciser des critères de sélection des candidats. Suivant une logique similaire à celle des marchés, il lui appartient de vérifier que les candidats ne sont pas dans l'un des cas d'interdiction de soumissionner et qu'ils détiennent bien les capacités et les aptitudes nécessaires pour la bonne exécution du contrat de concession. Sur ce point, l'article 38 de la directive 2014/23 pose des exigences similaires à celles qui régissent les marchés (881).

(881) Directive 2014/23, art. 38, § 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La conclusion des concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

458. Indication des critères. Si la directive, et plus généralement le droit de l'Union, ne portent pas atteinte à la faculté des États de définir le cadre de délivrance des services d'intérêt général, elle impose toutefois, lorsqu'une activité est assurée sous un mode concessif et qu'elle dépasse les seuils, d'attribuer la concession sur la base de critères préalablement définis. En ce sens, l'article 41 de la directive 2014/23 établit que « les concessions sont attribuées sur la base de critères objectifs qui respectent les principes [d'égalité, de non-discrimination et de transparence] et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective permettant de constater un avantage économique global pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice » (882). Par ailleurs, « ces critères sont liés à l'objet de la concession et ne confèrent pas une liberté de choix discrétionnaire au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice. Ils peuvent inclure, entre autres, des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation ». Cette exigence est reprise en droit français par le décret du 1er février 2016 (883).

459. Pondération des critères. Une conséquence tangible de l'obligation de publicité est l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs de faire connaître et de rendre publics les critères de sélection des offres, en précisant les modalités de mise en œuvre et en dressant la liste « par ordre décroissant d'importance » (884).

§ 2. – *Absence de procédure unique de passation*

460. Principe. À la différence des directives relatives aux marchés, la directive concession ne comporte pas de disposition équivalente à celle de l'article 26 de la directive 2014/24, qui énumère les procédures de mise en concurrence et limite les possibilités d'y recourir. L'article 30 de la directive concession dispose que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire. Selon l'article 30, § 1, de la directive, « Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice

(882) Directive 2014/23, art. 41.1.

(883) Décret n° 2016-86 du 1er février 2016, art. 27 : pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation. Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers.

(884) Directive 2014/23, art. 41.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La conclusion des concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

est libre d'organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire sous réserve du respect » de la directive. Cette liberté de choix s'exerce dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique, rappelés à l'article 3 de la directive. Il en résulte que « la procédure d'attribution d'une concession, y compris l'estimation de sa valeur ne peut être conçue avec l'intention de la soustraire au champ d'application de la directive ou de favoriser ou défavoriser indûment certains opérateurs économiques ou certains travaux, fournitures ou services » (885). Cette liberté de négociation a été réintroduite lors du processus d'adoption de la directive, alors que le projet initial de la Commission envisageait un alignement de la conclusion des concessions sur le régime des marchés publics.

461. Analogie avec les procédures négociées en marchés publics. Le principe du recours à la négociation pour les concessions devrait conduire les praticiens à raisonner par analogie avec la procédure concurrentielle avec négociation qui est reconnue pour les marchés publics relevant de la directive 2014/24. Il en résulte, essentiellement, la nécessité pour l'autorité concédante de respecter tout au long de la procédure les exigences qui découlent des principes d'égalité et de transparence. À ce titre, le déroulement général de la négociation devrait être annoncé dans l'avis de marché, et toute avancée dans la négociation avec un candidat ne devrait pas conduire à placer un autre candidat dans une situation différente. Par ailleurs, la négociation ne doit pas conduire à dénaturer les éléments essentiels, tels que l'objet du contrat, les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation et les critères d'attribution du contrat. Comme pour les marchés publics, la négociation doit porter sur les prix, le niveau de qualité, la politique vis-à-vis des usagers, les pénalités de retard ou encore les conditions de résiliation. La problématique des biens de retour peut aussi être au cœur des négociations (886),

(885) Directive 2014/23, art. 3, § 1, al. 2. En France, l'article 36 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 consacre la liberté laissée aux autorités concédantes de procéder à une négociation. L'article 46 de la même ordonnance prévoit qu'elles sont libres d'organiser les modalités de cette négociation au mieux de leurs intérêts.

(886) L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 6e éd., Paris, LGDJ, p. 599 : « Les biens de retour sont les biens indispensables au service. […] La particularité des biens de retour consiste en ce que, alors même qu'ils ont été acquis par le délégataire en cours d'exploitation, ils appartiennent *ab initio* à la collectivité publique et relèvent donc de son domaine public, alors que les autres biens sont la propriété du délégataire […] » ; la jurisprudence part du principe d'une présomption de retour des biens appartenant au domaine public de la collectivité : CE, ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La conclusion des concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

de même que celle des recettes accessoires perçues par le délégataire (887).

§ 3. – *Justification de l'attribution par l'avantage économique global*

462. Notion d'avantage économique global. Un des enjeux de la négociation de la directive 2014/23 consistait à choisir entre une procédure spécifique d'attribution des concessions ou procéder à un alignement avec l'appel d'offres, caractéristique des marchés publics. Tel était le sens de la proposition initiale de la Commission qui envisageait l'attribution suivant l'offre économiquement la plus avantageuse. Le critère finalement retenu est celui de l'avantage économique global : « les concessions sont attribuées sur la base de critères objectifs […] qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective permettant de constater un avantage économique global pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice » (888). Non défini, ce critère est suffisamment général pour justifier une flexibilité dans l'attribution de la concession. Il implique également de définir ledit avantage. À ce titre, une question qui doit être soulevée est celle de la prise en compte des recettes accessoires du délégataire dans l'appréciation de l'avantage économique global. Très fréquentes dans les contrats de délégation de service public (DSP), les recettes accessoires permettent au délégataire de générer, à son profit, des recettes complémentaires en réalisant, à titre principal, son obligation de service public. L'intégration de ces recettes est un paramètre important de l'équilibre qui se noue entre l'autorité concédante et le concessionnaire, dans la mesure où elle peut permettre une réduction de la contribution publique et/ou une limitation des redevances (889).

463. Avis d'attribution de concession. Au plus tard quarante-huit jours après l'attribution de la concession, les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices envoient un avis d'attribution de concession

(887) B. Valette, « Recettes accessoires du délégataire, enjeux et prospective », in St. de La Rosa (dir.), *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique. Les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession*, *op. cit.*, p. 153.

(888) Directive 2014/23, art. 41 ; ordonnance n° 2016-65, art. 47 : « Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution ».

(889) B. Valette, « Recettes accessoires du délégataire, enjeux et prospective », *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La conclusion des concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

relatif aux résultats de la procédure d'attribution de la concession. Pour les services sociaux et les autres services spécifiques énumérés à l'annexe IV, les avis peuvent toutefois être regroupés par trimestre. Dans ce cas, les avis regroupés sont envoyés au plus tard quarante-huit jours après la fin de chaque trimestre. En tout état de cause, à l'issue de la procédure, l'information des candidats non retenus est une formalité essentielle. Elle découle du principe de transparence et se justifie également au regard de ses effets sur les voies de recours ouvertes. La notification adressée au candidat évincé lui permet de comprendre pourquoi son offre a été jugée comme présentant un avantage économique global moindre que celle sélectionnée. Cette obligation d'information entraînera sûrement une évolution de la position du juge administratif (890).

(890) CE, 25 octobre 2013, *Commune de la Seyne-sur-Mer*, n° 370393 : aucun principe ni aucune disposition n'impose à l'autorité délégante d'informer le candidat évincé du rejet de sa proposition ni des motifs de ce rejet dans le cadre des délégations de service public.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 3 - La conclusion des concessions
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

464. Reconnaissance de la phase d'exécution. La problématique de l'exécution des marchés (et des concessions) a été prise en compte tardivement par le droit dérivé. Longtemps, le droit de l'Union ne s'en est guère préoccupé, ni sous l'angle des principes fondamentaux de la commande publique, ni dans les dispositions de droit dérivé. Comme le souligne Hélène Hoepffner, « seule la phase de la passation retenait l'attention des institutions européennes en raison de l'objectif poursuivi par celles-ci : la construction d'un marché intérieur ouvert à la concurrence où les entreprises européennes, quel que soit leur pays d'établissement, pourraient exercer leurs activités, voire s'installer » (891).

Progressivement, le droit de l'Union a développé une influence au-delà de la seule passation des marchés. Cette influence demeure toutefois plus faible qu'à l'échelle de la conclusion des contrats où l'on a observé une véritable uniformisation des critères et des procédures. Elle se vérifie, tout d'abord, avec un renforcement des contraintes sur les conditions d'exécution des contrats ; en cohérence avec la jurisprudence de la Cour, les directives de 2014 établissent des obligations pour le pouvoir adjudicateur en cas de modification substantielle du marché (chapitre 1). Par ailleurs, le nouveau cadre normatif renforce les obligations dans le cas du recours à la sous-traitance (chapitre 2).

(891) H. Hoepffner, « L'exécution des concessions : quel avenir pour l'adaptabilité de ces contrats complexes de longue durée ? », in St. de La Rosa (dir.), *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique. Les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession*, *op. cit.*, pp. 97 et s.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
[Introduction]
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CHAPITRE 1

LE RENFORCEMENT DES CONTRAINTES SUR LES CONDITIONS D'EXÉCUTION DES CONTRATS

Pour l'essentiel, les dispositions issues du cadre législatif de 2014 envisagent l'exécution des contrats en encadrant les modifications substantielles qui peuvent intervenir durant celle-ci. Les différentes hypothèses de modifications identifiées par les directives (section 2) correspondent pour l'essentiel à des solutions qui ont antérieurement été dégagées par la Cour (section 1). Les directives renforcent par ailleurs les contraintes en cas de sous-traitance du contrat en cours d'exécution (section 3).

SECTION 1. – RECONNAISSANCE PRÉTORIENNE DE L'ENCADREMENT DE L'EXÉCUTION

Alors que la jurisprudence européenne était peu précise et peu développée sur le terrain de l'exécution des contrats, l'extension du principe de transparence au stade de l'exécution, avec l'arrêt *Pressetext*, a conduit la Cour à préciser la notion de modification substantielle du contrat.

465. Contexte. C'est à l'occasion de l'importante affaire *Pressetext* (892) que la Cour de justice a procédé à une systématisation des conditions au regard desquelles la modification d'un contrat existant doit être considérée comme une nouvelle passation d'un marché public. Il s'agissait, dans cette espèce, de savoir, d'une part, si un opérateur dans un contrat de marché pouvait, sans modification du contrat, transférer le contrat à une de ses filiales et, d'autre

(892) CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c. République d'Autriche*, aff. C-454/06, *Rec.*, p. I-4401 ; J.-D. DREYFUS, *AJDA*, 2008, n° 36, p. 2008 ; R. NOGUELLOU, *D.A.*, 2008, n° 10, comm. 132 ; R. SCHWARTZ, *BJCP*, 2008, n° 60 ; W. ZIMMER, *Contrats et Marchés publics*, 2008, n°s 8-9, comm. 186.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le renforcement des contraintes sur les conditions d'exécution des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

part, s'il était possible d'introduire un avenant modifiant de près de 25 % le prix de certaines prestations et reconduisant une clause de renonciation à la résiliation (donc de fait, la durée du contrat). Dans ses conclusions, l'Avocat général Juliane Kokott fait prévaloir le critère de la modification substantielle du contrat, en s'appuyant sur une interprétation finaliste des directives marchés ; à la suivre, « seules les modifications substantielles du contrat qui sont concrètement de nature à fausser la concurrence sur le marché en cause et à favoriser le cocontractant du pouvoir adjudicateur par rapport à d'autres prestataires de services potentiels justifient de mettre en œuvre une nouvelle procédure de passation de marché » (893). À l'appui de cette distinction classique, elle propose une typologie des modifications suivant deux grands cas de figure. D'un côté, lorsqu'il s'agit d'un changement de prestataire, l'absence d'une nouvelle mise en concurrence associée à une comparaison avec d'autres éventuels soumissionnaires est en principe constitutive d'une violation du principe de transparence. Mais deux hypothèses ne seraient pas à considérer comme des changements substantiels : soit le recours à un sous-traitant par le prestataire de services, soit la réorganisation administrative de nature purement interne du cocontractant, par exemple si celui-ci transmet ses attributions de pouvoir adjudicateur à une filiale qui répond aux critères du *in house* ou de l'entreprise liée (894). D'un autre côté, indépendamment des parties, une modification substantielle doit être appréciée au regard de ses conséquences en termes d'affectation du marché. Tel peut être le cas d'une clause de renonciation à résiliation de la part du pouvoir adjudicateur. Une renonciation sur un nombre important d'années peut d'emblée être présumée comme étant une affectation. En revanche, si la clause prévoit un report de la réalisation pour peu d'années, il convient de recourir à une appréciation *in concreto* et de montrer qu'elle doit être de nature à fausser la concurrence sur le marché en cause et à favoriser le cocontractant du pouvoir adjudicateur par rapport à d'autres prestataires de services potentiels (895).

(893) Conclusions de l'Avocat général Juliane Kokott, présentées le 13 mars 2008, aff. C-454/06, pt 48. La référence aux modifications substantielles est reprise du contentieux spécifique des marchés publics de l'Union, notamment de l'arrêt du 29 avril 2004, *Commission c. CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, *Rec.*, p. I-3801, pt 117), dans lequel il est fait référence à des stipulations contractuelles ou à des conditions de l'adjudication substantielles.

(894) Concl. aff. C-454/06, *op. cit.*, pts 54 à 58.

(895) *Ibid.*, pts 73 à 80.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le renforcement des contraintes sur les conditions d'exécution des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

466. Systématisation des modifications substantielles. La typologie des modifications proposées par l'Avocat général ne sera que partiellement reprise dans le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Pressetext*. Comme dans les conclusions, la Cour fait de l'existence d'une modification substantielle le critère de la remise en concurrence, sur le fondement du principe de transparence : « en vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché […] lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché ». Par cette formule, le juge de l'Union considère que la modification a un effet novatoire et se transforme en nouveau contrat lorsque des modifications substantielles sont apportées aux dispositions essentielles du contrat (896). Mais, à la différence des conclusions qui reposent sur une approche *in concreto*, la Cour procède à une systématisation des hypothèses de modifications substantielles en fixant trois principaux cas de modifications (897) :

– lorsque la modification introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue ;
– lorsque la modification du marché initial procède à une extension, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus ;
– lorsque la modification change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicateur du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.

Ainsi conçues, ces trois hypothèses servent, dans l'arrêt *Pressetext*, de cadre de référence pour interpréter la notion de « passer » un marché public. Aussi, c'est bien par l'interprétation de la notion de passation que la jurisprudence européenne renforce les exigences qui régissent le recours aux avenants. Le raisonnement peut être ainsi résumé : toute passation de marché public (sous réserve de l'absence

(896) H. Hoepfner, « La modification des contrats », *RFDA*, 2016, mars-avril, pp. 280 à 293.
(897) CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c. République d'Autriche*, aff. C-454/06, *op. cit.*, pts 35 à 37.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le renforcement des contraintes sur les conditions d'exécution des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

d'intérêt transfrontalier certain) doit respecter le principe de transparence et implique à ce titre une exigence de publicité qui renvoie à une procédure de concurrence ; or, dans la mesure où certaines modifications, du fait de leur caractère substantiel, doivent être considérées comme de véritables « passations » de marché, il y a lieu d'observer l'exigence de publicité en cas d'avenant substantiel. C'est à l'aune de cette typologie prétorienne que les directives de 2014 vont procéder à une codification des hypothèses de modification.

Section 2. – Codification du régime des modifications par les directives

467. Lien avec le principe de sécurité juridique. En s'appuyant sur le principe de sécurité juridique, le paquet législatif adopté en 2014 a eu pour objectif de codifier la jurisprudence de la Cour relative aux conditions dans lesquelles des modifications peuvent être apportées à un marché en cours d'exécution. C'est là une justification qui figure dans les motifs de la directive 2014/24 (898). D'un côté, le législateur européen a adapté les solutions prétoriennes en systématisant des hypothèses de modifications réputées substantielles et non substantielles (§ 1). D'un autre côté, il a procédé à une extension de ces solutions en prévoyant leur mise en œuvre pour les contrats de concession (§ 2).

§ 1. – *Une reprise adaptée des hypothèses issues de l'arrêt Pressetext*

L'article 72 de la directive 2014/24 envisage la modification de marchés en cours en identifiant des situations dans le cadre desquelles une nouvelle procédure de passation n'est pas nécessaire. Il s'agit de modifications qui sont admises et qui n'étaient pas toutes reconnues dans l'arrêt *Pressetext* (A). Cette disposition identifie également les modifications réputées substantielles, qui nécessitent une nouvelle procédure de passation de marché (B).

(898) Directive 2014/24, pt 107 : « il est nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière. Il y a lieu d'engager une nouvelle procédure de passation de marché lorsque des modifications substantielles sont apportées au marché initial, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties, y compris l'attribution de droits de propriété intellectuelle. Ces modifications attestent l'intention des parties de renégocier les conditions essentielles du marché. C'est notamment le cas de conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient influé sur son issue ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le renforcement des contraintes sur les conditions d'exécution des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

A. *Modifications réputées non substantielles*

468. Anticipation de la modification. Un premier cas de figure est celui des modifications qui ont été anticipées (899). La modification du marché est alors possible dès lors que des clauses de réexamen, telles que des clauses de révision du prix ou des clauses d'options pour certains achats, ont été prévues dans les documents de marché initiaux. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles modifications ou options ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. La marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur demeure toutefois limitée. En effet, une limite habituelle s'impose aux parties : ces clauses ne peuvent conduire à changer la nature globale du marché ou de l'accord-cadre. Cette limite est relativement délicate à apprécier, dans la mesure où les directives ont introduit ici une évolution par rapport au raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt *Pressetext* : alors que celles-ci font désormais référence à la nature globale du contrat, comme limite à ne pas franchir, celui-là évoquait, de manière plus empirique, l'impossibilité de procéder à une modification substantielle du contrat. Il s'agit là d'une évolution qui n'est pas seulement sémantique. Comme le souligne une partie de la doctrine, la référence à la nature globale nécessite d'envisager l'équilibre général du contrat et non d'apprécier *in concreto* la modification d'une clause considérée comme substantielle (900).

469. Prestations complémentaires. Une autre justification de la modification du marché peut tenir à la nécessité d'ajouter des prestations supplémentaires, qui sont devenues nécessaires sans toutefois avoir été prévues dans le marché initial (901). Il s'agit ici d'une forme de clause d'adaptation qui est inhérente au caractère évolutif du ou des besoins du pouvoir adjudicateur. Mais cette faculté est strictement encadrée. Autant faut-il, tout d'abord, que le pouvoir adjudicateur soit en mesure de justifier qu'un changement de contractant n'est pas possible pour des raisons économiques ou techniques (par exemple car il y a une interchangeabilité ou une interopérabilité entre les prestations initiales et les prestations supplémentaires). Par ailleurs, l'augmentation de prix ne peut pas être supérieure à 50 % de la valeur du marché initial. Lorsque plusieurs modifications

(899) Directive 2014/24, art. 72, § 1 a).
(900) H. Hoepffner, « La modification des contrats », *RFDA*, 2016, *op. cit.*
(901) Directive 2014/24, art. 72, § 1, b).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le renforcement des contraintes sur les conditions d'exécution des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

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.

470. Changement de circonstances. Une modification peut également intervenir lorsqu'elle « est rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir » (902). Ce cas de figure demeure encadré par deux exigences : d'une part, la modification ne doit pas changer la nature globale du marché (avec les mêmes réserves que celles qui viennent d'être évoquées sur la notion de nature globale), d'autre part, l'augmentation de prix qui résulte de la modification ne doit pas dépasser 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. La reconnaissance d'une valeur quantitative pour apprécier la modification peut conduire à une évolution du régime jurisprudentiel du contrat administratif, notamment à travers la théorie de l'imprévision ou celle des sujétions imprévues.

471. Substitution exceptionnelle de contractant. Il s'agit en ce cas d'une modification qui porte sur les parties aux contrats (903). Elle peut intervenir soit en application d'une clause de réexamen ou d'une option introduite, le cas échéant, dans le contrat initial, soit à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial (904), soit enfin lorsque le pouvoir adjudicateur assume lui-même les obligations du contractant principal à l'égard de ses sous-traitants.

472. Modifications de faible montant. Indépendamment des différentes hypothèses énoncées à l'article 72 de la directive 2014/24 (changement de circonstances, clause de réexamen, substitution de contractant), une modification est réputée ne pas être substantielle, lorsqu'elle ne modifie pas la nature globale du marché et que son prix, qui ne doit pas dépasser les seuils de passation des procédures formalisées, est inférieur à 10 % de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et à 15 % de la valeur du

(902) Directive 2014/24, art. 72, § 1, c).

(903) Directive 2014/24, art. 72, § 1, d).

(904) Ce cas de figure renvoie à une succession qui résulte d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le renforcement des contraintes sur les conditions d'exécution des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

marché initial pour les marchés de travaux. Le calcul de ce prix doit se faire suivant la valeur de référence si le marché comporte une clause d'indexation (905).

B. *Modifications réputées substantielles*

473. Champ. Outre l'identification de différentes situations de modifications non substantielles, l'article 72, § 4, de la directive 2014/24 énonce, *a contrario*, les changements dans l'exécution du contrat qui doivent être assimilés à des modifications substantielles (906). Tel est le cas d'une modification :

– qui introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché ;
– qui modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ;
– qui élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre ;
– qui conduit à la substitution du contractant initial, en dehors des hypothèses exceptionnelles de changement de parties réputées non substantielles.

474. Appréciation. En introduisant cette typologie des modifications substantielles, le législateur européen a veillé à adapter les solutions jurisprudentielles. L'hypothèse de la modification qui introduit des conditions non prévues ou celle liée à la modification de l'équilibre économique du marché sont des reprises à l'identique des solutions issues des arrêts *Pressetext* et *Wall AG*. En revanche, la substitution du contractant soulève plus de questions ; en effet, la substitution d'une partie renvoie usuellement à la cession du contrat, laquelle emporte un effet translatif. Or, le régime de la cession, avec l'exigence du consentement du cédé qui lui est en principe inhérente, n'est pas véritablement envisagé par les directives, qui conçoivent

(905) Directive 2014/24, art. 72, § 2 et § 3.
(906) Directive 2014/24, art. 72, § 4, a), b), c), d).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le renforcement des contraintes sur les conditions d'exécution des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

la substitution comme une modification génératrice d'un nouveau contrat et, par conséquent, d'une mise en concurrence (907).

§ 2. – *Une extension aux concessions*

475. Similitude des cas de figure. Dans le champ de la directive 2014/23 relative à l'attribution des contrats de concession, l'article 43 procède à une extension à ces contrats des solutions dégagées par l'arrêt *Pressetext* pour les marchés publics. C'est sûrement dans le cadre des contrats de concession que s'observeront de manière significative les conséquences de cette typologie des modifications substantielles. En effet, le contrat de concession a historiquement servi de cadre de référence pour reconnaître la théorie de l'imprévision (908) ; fondée sur la nécessité d'assurer la continuité du service public, elle justifie la poursuite du contrat initial malgré un bouleversement de l'économie du contrat et fonde le droit à une aide du contractant. Se pose donc la question, devant le juge administratif, de l'articulation du bouleversement du contrat – au sens de la théorie de l'imprévision – avec modification de l'équilibre économique du marché, qui fonde, dans les directives, une mise en concurrence.

(907) Voy. sur ce point l'analyse de H. Hoepffner, « La modification des contrats », *RFDA*, 2016, *op. cit.*, p. 291.

(908) Voy. l'arrêt de principe et historique devant le Conseil d'État français : CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Rec. Lebon*, p. 125.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le renforcement des contraintes sur les conditions d'exécution des contrats
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CHAPITRE 2
L'ENCADREMENT DU RECOURS À LA SOUS-TRAITANCE

476. Absence de définition. Traditionnellement, la sous-traitance se définit comme le contrat par lequel une personne confie à un tiers l'exécution d'une part du contrat dont elle est elle-même titulaire. Il y a en principe identité entre le contrat principal et le contrat secondaire, tant au regard de l'objet que des modalités de rémunération qui sont prévues (909). Tant la directive sur les marchés (art. 71) que celle sur les concessions (art. 42) envisagent la sous-traitance. Elles n'en proposent toutefois pas de définition opératoire. Le droit dérivé envisage la sous-traitance plutôt comme le recours à des contrats qui présentent un rapport de nécessité avec l'exécution du contrat en cause, c'est-à-dire ceux qui font participer un tiers à son exécution (910). En dépit de cette absence de précision, les directives de 2014 renforcent les obligations de déclaration en cas de recours, par un opérateur économique, à la sous-traitance (section 1). La jurisprudence a, par ailleurs, précisé la marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur pour spécifier les modalités de sous-traitance dans ses avis de marché (section 2).

Section 1. – Conditions de recours à la sous-traitance

477. Lien avec les PME. La possibilité de sous-traiter est usuellement envisagée par le droit dérivé pour favoriser l'accès des PME aux marchés publics, en ce qu'elle leur permet de participer à des

(909) Ainsi, la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 s'applique si le sous-contrat est un contrat d'entreprise, comme le contrat dont l'opérateur économique principal est titulaire : CE, 26 septembre 2007, *Département du Gard*, n° 255993.

(910) En ce sens, Fr. Lepron et B. de Sevin, « La directive sur l'attribution des concessions et les sous-contrats des concessionnaires », in St. de La Rosa (dir.), *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique. Les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession*, *op. cit.*, pp. 125-150.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'encadrement du recours à la sous-traitance
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

procédures de passation et de se voir confier des marchés indépendamment de la taille de ces marchés. Cette faculté était couverte par l'article 25 de la directive 2004/18, qui ne contenait toutefois pas de prescriptions précises pour préciser les modalités du recours à la sous-traitance (911).

478. Renforcement des obligations déclaratives par la directive 2014/24/UE. Les abus du recours à la sous-traitance, notamment en ce qu'ils peuvent conduire à recourir à des sous-traitants qui ne respectent pas les obligations sociales (spécialement en cas de détachement de travailleurs), ont été mis en avant dans la négociation du paquet législatif de 2014. Pour répondre à une exigence, toujours croissante, de transparence, la directive entend « assurer une certaine transparence dans la chaîne de sous-traitance », afin que les pouvoirs adjudicateurs disposent d'informations sur l'identité des personnes présentes sur les chantiers de construction, sur la nature des travaux réalisés pour leur compte ou sur les entreprises qui fournissent des services dans des bâtiments, des infrastructures ou des zones, tels qu'une mairie, une école municipale, des installations sportives, un port ou une autoroute, pour lesquels les pouvoirs adjudicateurs sont responsables ou sur lesquels ils exercent une surveillance directe. À cette fin, l'article 71 de la directive 2014/24 prévoit que le pouvoir adjudicateur, dans les documents de marché, peut demander ou peut être obligé par un État membre à demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, toute part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés.

479. Possibilité de paiements directs. Le droit dérivé ouvre une brèche dans la logique de chaîne de contrats indépendants qui caractérise en principe la sous-traitance. En effet, l'article 71, § 3, de la directive 2014/24 laisse aux États membres la faculté de permettre, à la demande du sous-traitant et selon la nature du marché en cause, une rémunération directe par le pouvoir adjudicateur au profit du sous-traitant pour les paiements dus pour les services, fournitures ou travaux qu'il a fournis au contractant principal (à savoir l'opérateur économique auquel le marché a été attribué).

(911) Directive 2004/18, art. 25, § 1 : « [d]ans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur peut demander ou peut être obligé par un État membre de demander au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'encadrement du recours à la sous-traitance
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

480. Marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur. La Cour a considéré dans l'arrêt *Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino* qu'il ne saurait être exclu qu'il existe des travaux qui présentent des particularités nécessitant une certaine capacité qui n'est pas susceptible d'être obtenue en rassemblant les capacités de plusieurs opérateurs qui seraient incapables de les exécuter seuls (912). Dans cette hypothèse spécifique, la Cour a jugé que le pouvoir adjudicateur est fondé à exiger que le niveau minimal de la capacité concernée soit atteint par un opérateur économique unique ou, le cas échéant, par le recours à un nombre limité d'opérateurs économiques. On se trouve alors dans le cas de figure des groupements, envisagé à l'article 63 de la directive 2014/24. Encore faut-il toutefois que cette exigence soit liée et proportionnée à l'objet du marché en cause. En tout état de cause, il ne s'agit pas d'un motif particulier d'interdiction ou de restriction du recours à la sous-traitance en tant que tel. Rien n'empêche que l'« opérateur économique unique » ou le « nombre limité d'opérateurs économiques » soit un ou des sous-traitants du ou des soumissionnaires retenus (913).

481. Concessions. Dans le champ de la directive concession, l'article 42 pose un certain nombre de critères, souvent facultatifs, pour la conclusion des contrats de sous-traitance, en matière sociale et environnementale. Ce dispositif soulève plusieurs questions. Outre la difficulté à identifier le périmètre des sous-contrats, il instaure un dispositif qui intervient principalement au stade des critères d'appréciation des candidatures, le caractère facultatif des obligations de transparence identifiées ne devant guère inciter, du fait de sa lourdeur, les autorités concédantes à y recourir. Par ailleurs, la généralisation – préalablement soulignée – de l'entreprise liée, dans le domaine des secteurs spéciaux, est susceptible de limiter le recours à la concurrence toutes les fois où l'entité est contrôlée par l'entité adjudicatrice et inscrit son activité au sein d'un groupement économique (914).

(912) CJUE, 10 décembre 2013, *Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino*, aff. C-94/12, ECLI:EU:C:2013:646, pt 35.

(913) Aff. C-406/14, *Wrocław – Miasto na prawach powiatu*, Conclusions de l'Avocat général E. Sharpston, présentées le 17 novembre 2015, pt 34.

(914) F. Lepron et B. de Sevin, « La directive sur l'attribution des concessions et les sous-contrats des concessionnaires », *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'encadrement du recours à la sous-traitance
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

SECTION 2. – PROPORTION DE SOUS-TRAITANCE DANS LE MARCHÉ

482. Arrêt *Ville de Wrocław*. Dans l'hypothèse où le contractant recourt à la sous-traitance pour réaliser le marché, le pouvoir adjudicateur peut-il exiger, dans le cahier des charges, qu'une partie du marché soit réalisée exclusivement par l'opérateur économique ? Cette question, qui n'est pas isolée dans la pratique, a été récemment soulevée devant la Cour dans une affaire concernant la ville de Wrocław en Pologne (915). La ville – pouvoir adjudicateur – avait exigé, pour un marché de travaux portant sur la construction d'une voie de contournement, qu'au moins 25 % des travaux soient réalisés par l'opérateur économique choisi, à l'exclusion de toute sous-traitance. Suivant l'Avocat général Sharpston, la Cour considère qu'une telle clause est incompatible avec la directive, d'une part, car le droit dérivé ne pose pas de limitations particulières pour recourir à la sous-traitance (elle est encadrée mais non limitée par rapport à l'ampleur d'y recourir), d'autre part, car un pourcentage brut de 25 % ne concerne pas tant l'exécution de tâches définies, mais simplement une partie de la valeur d'ensemble du marché, sans qu'il soit possible pour le pouvoir adjudicateur de vérifier l'exécution effective et correcte des éléments essentiels du marché.

(915) CJUE, 14 juillet 2016, *Wrocław – Miasto na prawach powiatu*, aff. C-406/14, ECLI:EU:C:2016:562.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - L'encadrement du recours à la sous-traitance
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

483. Évolution du cadre juridique applicable aux recours. Le droit de l'Union n'intervient pas uniquement sur le champ des contrats de commande publique et sur leurs procédures de passation, il régit aussi, quoique partiellement, le cadre des contestations contentieuses qui peuvent être soulevées lorsqu'un contrat entre dans le champ des directives. Il n'en a pas toujours été ainsi. Les premières directives relatives aux marchés publics ne contenaient pas de dispositions spécifiques permettant d'en garantir l'application. Conformément aux principes traditionnels de l'autonomie institutionnelle et procédurale, elles renvoyaient aux droits nationaux le soin de définir les voies de droit applicables aux contestations liées au non-respect, par un pouvoir adjudicateur, des règles matérielles et procédurales qu'elles contenaient. Ce cadre initial explique la prévalence des actions en manquement devant la Cour de justice dans la formation du droit européen de la commande publique, notamment dans les années 80 et 90.

484. Directives 89/665/CEE et 2007/66/CE. L'essentiel des règles applicables aux recours est issu de la directive 89/665 (916) relative à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, dont les dispositions seront étendues aux secteurs spéciaux par la directive 92/50 (917). L'adoption de ces textes a été, à l'époque, justifiée par la nécessité d'assurer l'effectivité des dispositions des directives sur les marchés publics, mais également par l'incorporation dans le droit communautaire de l'Accord sur les marchés publics du GATT, qui contient l'obligation pour les parties d'instituer des recours. Sans être abrogée, la directive 89/665 est substantiellement modifiée par la directive 2007/66 du 11 décembre 2007, qui procède à un renforcement des règles applicables aux recours, par l'introduction d'exigences de délais et par la reconnaissance d'un recours après la conclusion du contrat (918). Le champ des dispositions contenues dans ces

(916) Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, *JOCE*, n° L 395/33 du 30 décembre 1989.

(917) La directive 92/13 du Conseil, du 25 février 1992, telle que modifiée par la directive 2007/66, coordonne les dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

(918) Directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, *JOUE*, n° L 335/31 du 20 décembre 2007.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
[Introduction]
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

directives coïncide avec le champ des directives marchés et concession, ainsi que l'a énoncé la Cour : « le champ d'application personnel [de la directive n° 89/665] coïncide nécessairement avec celui des directives [matériels] » (919). Il n'en demeure pas moins que les deux directives en cause, en ce qu'elles fondent un cadre commun de recours qui peuvent être dirigés contre des contrats de marché, produisent un effet de levier dans les droits nationaux (920), dans la mesure où les États, à la faveur de leur transposition, ont introduit des voies de droit qui s'appliquent également à des contrats qui se situent sous les seuils des directives. Tel est par exemple le cas, en France, des référés précontractuels et contractuels.

485. Objectif des directives recours. L'objet premier des directives est d'instituer, à l'échelle nationale, les mesures nécessaires pour garantir que les procédures de passation des marchés, et désormais des concessions, bénéficient de recours rapides et efficaces lorsque le paramètre de la légalité invoqué est, directement ou indirectement, lié au droit de l'Union (921). Cette finalité générale est régulièrement rappelée par la Cour ; elle considère que « la fonction du système de recours [réglementée à l'article 1er, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 89/665], est que les États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application de la directive 2004/18 [2014/24], les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs puissent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible, au motif que ces décisions ont violé le droit de l'Union en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit » (922). Intrinsèquement lié à la recherche de l'effectivité des directives, le système de recours se rattache également à un objectif plus global lié au fait que les opérateurs économiques établis dans d'autres États membres aient accès à l'ouverture à la concurrence non faussée et la plus large possible (923). Pour ce faire, la directive 89/665 énonce des règles pré-

(919) CJCE, 15 mai 2003, *Commission c. Espagne*, aff. C-214/00, *Rec.*, p. I. 4667, pt 50.

(920) Chr. H. Bovis, « Legal Redress in Public Procurement Contracts », in *EU Public Contract Law*, *op. cit.*, pp. 363-391.

(921) Sur la genèse de la directive 89/665, voy. D. Dero-Bugny, « Marchés publics – recours », *JurisClasseur Europe*, Traité, avril 2015.

(922) CJUE, 11 décembre 2014, *Croce Amica One Italia Srl*, aff. C-440/13, *op. cit.*, pt 41.

(923) CJCE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a.*, aff. C-337/06, *Rec.*, p. I-11173, pts 38 et 39.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
[Introduction]
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

cises visant à assurer la protection juridique des opérateurs contre les décisions par lesquelles les pouvoirs adjudicateurs attribuent les marchés. Elle impose aux États membres l'obligation de mettre en place des procédures propres à permettre le contrôle des attributions de marchés opérés par les pouvoirs adjudicateurs. Ces procédures reposent sur un subtil équilibre entre une définition « communautaire » des voies de droit requises – spécialement avec l'exigence de protection provisoire sous la forme des référés – et un renvoi à l'autonomie institutionnelle et procédurale des États pour leur mise en œuvre.

486. Spécificité de la directive recours pour les secteurs spéciaux. La directive 92/13 (924) a étendu aux activités de réseau (eau, énergie, transports, télécommunications) les dispositions de la directive relative aux recours. Elle présente toutefois deux légères spécificités. D'une part, elle se caractérise par une marge de manœuvre plus importante qui est laissée aux États, notamment par la possibilité qui leur est reconnue d'admettre d'autres recours que l'adoption de mesures provisoires par voie de référé ou l'annulation (925). D'autre part, elle prévoyait la création d'un système d'attestation dans le cadre duquel les entités adjudicatrices peuvent faire examiner leurs procédures de passation des marchés par un attestateur indépendant, chargé de vérifier qu'elles sont conformes à la directive et qu'elles sont axées sur une utilisation rationnelle des deniers publics. À l'instar d'un contrôle financier, cet examen était réalisé par un organisme indépendant, qualifié et agréé à cet effet. La directive « recours » applicable aux secteurs classiques ne contenait pas de disposition similaire (926). En raison de son défaut d'appropriation, ce dispositif a été supprimé par la directive 2007/66 (927).

(924) Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

(925) Directive 92/13, art. 2.1. À défaut de prévoir des mesures provisoires par voie de référé et de reconnaître la possibilité d'annuler les décisions illégales, il est possible aux États, en matière de secteurs spéciaux, « de prendre, dans les délais les plus brefs, si possible par voie de référé et, si nécessaire, par une procédure définitive quant au fond, d'autres mesures » que celles-ci, « ayant pour but de corriger la violation constatée et d'empêcher que des préjudices soient causés aux intérêts concernés ; notamment d'émettre un ordre de paiement d'une somme déterminée dans le cas où l'infraction n'est pas corrigée ou évitée ».

(926) Directive 92/13, art. 3.

(927) Directive 2007/88, cons. 12.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
[Introduction]
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Plan. Du fait de l'encastrement des recours dans le droit interne, qui régit prioritairement les recours, la présentation des dispositions des directives suppose de s'attacher au cadre des recours (chapitre 1), avant de présenter leur complémentarité avec le droit interne (chapitre 2).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
[Introduction]
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CHAPITRE 1
LE CADRE DES RECOURS

487. Champ matériel organique. Le droit dérivé n'a pas vocation à régir l'ensemble des voies de droit en matière de commande publique, ni, *a fortiori*, pour l'ensemble des contrats publics. D'un point de vue organique, son champ est relativement large, dans la mesure où la directive 89/665 identifie la possibilité d'introduire des recours auprès « d'instances responsables des recours » et non pas, uniquement, à l'encontre de juridictions (section 1). D'un point de vue matériel, le contenu des recours envisagés par la directive ne couvre pas toutes les illégalités commises dans la préparation et la conclusion du contrat, ni toutes les voies de droit qui peuvent être exercées, par les parties ou par les tiers, pour le contester. Le droit dérivé procède à une identification sélective des recours liés au champ des directives (section 2).

Section 1. – La nature des instances de recours

Les directives recours envisagent l'attribution de compétences spécifiques, destinées à garantir l'effectivité des directives sur les marchés et les concessions, au profit d'instances de recours. Afin de préserver l'autonomie institutionnelle et procédurale des États, qui est au centre du système des recours institué par les directives (§ 1), ces instances sont évasivement définies et peuvent être de nature juridictionnelle ou non (§ 2). Il en résulte une importante diversité dans les droits nationaux (§ 3).

§ 1. – *La part du renvoi aux droits nationaux*

488. Dérogation limitée à l'autonomie des États. Il est constant et solidement reconnu dans la jurisprudence que le droit de l'Union renvoie aux États membres le soin de déterminer les modalités de procédure des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

que les justiciables tirent du droit de l'Union. Dans l'affaire dite des « Croisières du beurre », la Cour a systématisé dans son raisonnement ce renvoi au droit national, en soulignant que « si le traité a créé un certain nombre d'actions directes qui peuvent être exercées le cas échéant par des personnes privées devant la Cour de justice, il n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celles établies par le droit national » (928). Ce renvoi général à l'autonomie peut connaître des « dérogations », ainsi que l'illustre la directive 89/665, qui introduit un système de recours conçus pour réparer le préjudice qui résulte de l'illégalité d'une procédure de marché du fait de la violation du droit de l'Union (929). Conçus comme des garanties minimales, ces recours sont conçus, dans la jurisprudence récente de la Cour, comme une expression du droit au recours que reconnaît l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux (930).

489. Renvoi « dégradé ». Le cadre des recours que fixe le droit dérivé en matière de marchés publics se caractérise par un renvoi « dégradé » à l'autonomie institutionnelle et procédurale des États. D'un côté, avec les voies de droit prévues par la directive 89/665, il fonde un office européen du juge interne pour les contrats publics couverts par les directives. Cet office, qui nécessite de mettre en œuvre des recours efficaces pour faire constater dans de brefs délais les violations tirées du droit de l'Union, demeure relativement peu encadré, dès lors que des modalités procédurales importantes, telles que les délais ou la nature des instances de recours, sont renvoyées aux droits nationaux. Tel est le sens d'une formule récurrente employée par la Cour, selon laquelle « il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges qui mettent en cause des droits individuels, dérivés de l'ordre juridique communautaire, étant entendu cependant que les États membres portent la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective de ces droits. Sous cette

(928) CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH and Rewe-Markt Steffen c. Hauptzollamt Kiel*, aff. 158/80, pt 43, *Rec.*, p. 1805.

(929) Le qualificatif de dérogatoire pour singulariser le régime de la directive 89/665 a été employé par l'Avocat général Tesauro, dans ses conclusions présentées dans l'affaire *Brasserie du pêcheur*, relative à la responsabilité de l'État du fait de la violation du droit de l'Union ; voy. Conclusions de l'Avocat général Tesauro, présentées le 28 novembre 1995, aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, p. I-1066, pt 46.

(930) CJUE, 15 septembre 2016, *SC Star Storage SA c. Institutul Naţional de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)*, aff. C-439/14, ECLI:EU:C:2016:688.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

réserve, il n'appartient pas à la Cour d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence que peut soulever, au plan de l'organisation judiciaire nationale, la qualification de certaines situations juridiques fondées sur le droit communautaire » (931).

D'un autre côté, en dehors des recours prévus par la directive 89/665, et plus généralement en dehors du champ des directives marchés et concession, le renvoi à l'autonomie nationale est total. Il incombe alors aux États, selon une jurisprudence constante, de déterminer les modalités de procédure des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union. De telles modalités doivent respecter deux principes essentiels : d'une part, le principe d'équivalence, en ce qu'elles ne doivent pas être moins favorables que celles qui s'appliquent à des recours similaires de nature interne ; d'autre part, le principe d'effectivité, en ce qu'elles ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union.

§ 2. – *L'indistinction de l'instance responsable des recours*

490. Absence de définition de l'instance responsable. En matière de recours, la directive 89/665, telle que modifiée en 2007, n'impose pas que ceux-ci soient introduits nécessairement devant des organes juridictionnels au sens du droit national mais devant des « instances responsables ». Ces instances peuvent elles-mêmes différer dans chaque État selon le type de recours considéré au sens de la directive : prendre des mesures provisoires, y compris des mesures de suspension, annuler ou faire annuler les décisions illégales, accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation. Dans l'hypothèse où l'instance compétente n'a pas de caractère juridictionnel, la directive pose une exigence d'indépendance et l'obligation de motiver les décisions (932). En outre, dans ce cas de figure, les décisions prises par ces instances doivent pouvoir faire l'objet soit

(931) CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, aff. C-54/96, *Rec.*, p. I-4961, pt 40 ; CJCE, 24 septembre 1998, *Tögel*, aff. C-76/97, *Rec.*, p. I-5357, pt 22 ; CJCE, 4 mars 1999, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)*, aff. C-258/97, *Rec.*, p. 1422, pt 42.

(932) En effet, selon l'article 2, § 9 de la directive 89/665, « lorsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions sont toujours motivées par écrit. En outre, dans ce cas, des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui est une juridiction au sens de l'article [267 TFUE] et qui est indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur et à l'instance de base ».

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

d'un recours juridictionnel, soit d'un recours auprès d'une autre instance, laquelle doit répondre à des garanties juridictionnelles (933). L'absence de définition opératoire de l'instance responsable des recours doit être reliée au principe de l'autonomie institutionnelle qui est au centre du système des recours.

491. Qualification de juridiction au sens de l'article 267 TFUE. La latitude ainsi laissée aux États a alimenté un contentieux sur la qualification de l'instance responsable des recours. Ce contentieux touche essentiellement à la possibilité, pour une instance, de saisir la Cour de justice dans le cadre d'une question préjudicielle au sens de l'article 267 TFUE. Or, la possibilité d'introduire un renvoi préjudiciel renvoie elle-même à la qualification de l'instance comme juridiction et, par voie de conséquence, à la vérification des critères de la notion autonome de juridiction telle qu'elle est développée par la Cour depuis son arrêt de principe *Dame Veuve Vassen Gobel* (934). Il en résulte la nécessité de s'appuyer sur un ensemble d'indices qui sont identifiés par une jurisprudence constante et qui renvoient à l'origine légale de l'organe, à sa permanence, au caractère obligatoire de la juridiction, à la nature contradictoire de la procédure, à l'application, par l'organe, des règles de droit, ainsi qu'à son indépendance (935). La portée de ces critères a été systématisée par l'Avocat général Tesauro dans l'affaire *Dorsh Consult*, relative à la qualification comme juridiction (en Allemagne) d'une commission fédérale de surveillance des marchés publics. Cette structure répond à la notion de juridiction au regard : de son origine (elle est instituée par la loi et ne résulte pas d'un accord entre les parties) ; de ses liens avec les pouvoirs publics ; de son caractère permanent (ladite commission n'exerce pas des fonctions de juge à titre purement occasionnel) ; de sa compétence pour trancher un litige sous la forme d'une décision de caractère juridictionnel ; du déroulement devant elle d'une procédure analogue à celle appliquée devant les tribunaux ordinaires avec un débat contradictoire ; de l'application de règles de droit

(933) CJCE, 4 février 1999, *Köllensperger*, aff. C-103/97, *Rec.*, p. I-551, pt 29.

(934) CJCE, 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels*, aff. 61/65, *Rec.*, p. 377. La jurisprudence a ultérieurement précisé que, pour des raisons « évidentes » de garantie de l'uniformité d'application du droit de l'Union, la définition de la notion de juridiction ne peut être laissée à l'appréciation de l'ordre juridique des États membres : CJCE, 1er février 1972, *Hagen*, 49/71, *Rec.*, p. 23.

(935) CJCE, 11 juin 1987, *Pretore di Salò c. X*, aff. 14/86, *Rec.*, p. 2545, pt 7 ; CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. 109/88, *Rec.*, p. 3199, pts 7 et 8.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

(et non des critères d'équité) ; du caractère obligatoire de sa juridiction, c'est-à-dire l'absence de tout recours alternatif ; enfin, du fait de son indépendance de l'organe, sous le double aspect de sa nature de tiers par rapport aux parties au litige et de l'inamovibilité des membres qui la composent (936).

§ 3. – *La diversité des instances responsables*

492. En ayant recours à la notion autonome de juridiction, la Cour a considéré, à plusieurs reprises, que des entités non juridictionnelles pouvaient se voir reconnaître cette qualification. En relativisant les critères auxquels elle subordonne la reconnaissance de la qualité de « juridiction », peuvent être considérés comme des juridictions au sens de l'article 237 TFUE des organes administratifs qui statuent en dernière instance dans différents domaines du droit de l'Union. Ainsi, ont été reconnus comme des juridictions des instances de recours en matière de marchés publics telles que :

– une commission fédérale de surveillance dont les membres fonctionnaires étaient membres de l'autorité administrative nationale compétente pour le contrôle de la concurrence et exerçaient simultanément les deux fonctions (937) ;
– en Allemagne, à l'échelle des *Länder*, des *Vergabekammern* ;
– un organe administratif indépendant, chargé du contrôle de la légalité des actes de l'administration des *Länder* en Autriche (938) ;
– des chambres spécifiques de recours au sein d'un district territorial (939) ;
– un tribunal spécifique pour les marchés du secteur public en Espagne (*Tribunal Català de Contractes del Sector Públic*) (940).

(936) CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH v Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, aff. C-54/96, *Rec.*, p. I-4961.

(937) CJUE, *Dorsch Consult*, aff. C-54/96, *op. cit.*

(938) CJCE, 4 mars 1999, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)*, aff. C-258/97, *Rec.*, p. I-1422.

(939) CJUE, 18 septembre 2014, *Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund*, aff. C-549/13, *op. cit.*

(940) CJUE, 6 octobre 2015, *Consorci Sanitari del Maresme c. Corporació de Salut del Maresme i la Selva*, aff. C-203/14, ECLI:EU:C:2015:664.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Section 2. – Les pouvoirs reconnus aux instances de recours

493. Incomplétude des dispositions initiales. Telles qu'elles avaient été initialement conçues, les dispositions contenues dans la directive 89/665 ne permettaient pas toujours de veiller au respect des règles de publicité et de concurrence contenues dans les directives relatives aux marchés publics, notamment car elles ne prévoyaient pas de procédure effective entre la décision d'attribution du contrat et sa conclusion. Ce vide procédural pouvait favoriser des situations d'attribution conjointement à la sélection de l'offre ou, plus généralement, une course à la signature pour éviter une contestation. L'adoption de la directive 2007/66 du 11 décembre 2007 a pour effet d'élargir les pouvoirs reconnus aux instances compétentes (§ 1). Le droit dérivé précise également les modalités d'exercice des recours (§ 2).

§ 1. – *Nature des pouvoirs*

494. Trois mesures. La directive 89/665, en son article 2, § 1, identifie trois grandes catégories de mesures pour garantir que « les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possibles ». Les instances compétentes doivent pouvoir adopter des mesures provisoires (A), annuler le contrat (B) ou encore accorder des dommages-intérêts (C). L'ensemble des différentes mesures identifiées par la directive ont été comprises pour garantir l'effectivité des règles de l'Union sur les marchés publics. En ce sens, dans son arrêt *Alcatel Austria*, la Cour a souligné que ces mécanismes doivent intervenir « en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées » ; lorsque les conditions en sont réunies, le recours doit permettre au requérant d'obtenir « l'annulation » de « la décision du pouvoir adjudicateur précédant la conclusion du contrat par laquelle celui-ci choisit le soumissionnaire […] avec lequel il conclura le contrat » (941). En dépit de leur différence, les différentes mesures susceptibles d'être prises par l'instance compétente soulèvent une

(941) CJCE, 28 octobre 1999, *Alcatel Austria e.a.*, aff. C-81/98, pts 33 et 43.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

question commune, liée à l'intensité du contrôle juridictionnel mis en œuvre (D).

A. *L'adoption de mesures provisoires*

495. Identification. Les instances compétentes doivent, « dans les délais les plus brefs », pouvoir prendre par voie de référé des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs » (942). La Cour de justice a précisé cette prérogative. Elle doit correspondre à un pouvoir autonome de l'instance, qui ne peut être subordonné à d'autres actions complémentaires. Ainsi, « les États membres sont tenus […] de doter leurs instances de recours du pouvoir de prendre, indépendamment de toute action préalable, toute mesure provisoire, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de marché public en cause » (943). Il en résulte qu'une demande de mesure provisoire doit pouvoir être admise avant tout recours au fond.

496. Cumul d'une appréciation en référé et d'une appréciation au fond. L'étendue des pouvoirs de l'instance compétente pour prendre les mesures par voie de référé pose une difficulté liée à leur articulation avec le juge du fond. Saisie par le Tribunal civil d'Assen (Pays-Bas), la Cour a eu à clarifier les liens entre les deux (944). Dans la mesure où la directive 89/665 prévoit que les recours en référé et ceux au fond peuvent être traités par des instances distinctes, il ne peut pas être exclu que le juge des référés et le juge du fond, appelés à traiter successivement d'un même litige, retiennent une interprétation divergente des règles du droit de l'Union applicables. D'une part, le juge des référés est amené à rendre une décision dans le cadre d'une procédure d'urgence dans laquelle tant la collecte des preuves que l'examen des moyens des parties sont nécessairement plus sommaires que dans le cadre de la procédure au fond. D'autre part, l'intervention du juge des référés vise non pas, contrairement

(942) Directive 89/665, art. 2, § 1, a).

(943) CJCE, 19 septembre 1996, *Commission c. Grèce*, aff. C-236/95, *Rec.*, p. I-4459 ; CJCE, 15 mai 2003, *Commission c. Espagne*, aff. C-214/00, *Rec.*, p. I-4667.

(944) CJUE, 9 décembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie c. Provincie Drenthe*, aff. C-568/08, ECLI:EU:C:2010:751.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

à celle du juge du fond, à départager définitivement les prétentions qui lui sont soumises, mais à protéger provisoirement les intérêts en présence, le cas échéant en les mettant en balance. Dès lors, il est inhérent au système de recours que le juge du fond peut retenir une interprétation des directives sur les marchés publics distincte de celle du juge des référés ; un système juridictionnel national qui organise cette coexistence est parfaitement conforme aux exigences de la directive (945).

B. *La possibilité d'annuler des mesures illégales*

497. L'instance doit pouvoir annuler ou faire annuler « les décisions illégales, y compris de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents de l'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause ». Initialement envisagée avant la conclusion du contrat (1), cette prérogative a été étendue, avec la directive 2007/66, après sa conclusion (2).

1) *Recours avant la conclusion du contrat*

498. Reconnaissance. Les instances responsables des procédures de recours précontractuels doivent pouvoir annuler ou faire annuler les décisions relatives à la passation des marchés publics illégales. Ce pouvoir d'annulation est largement entendu, il doit permettre de supprimer les spécifications techniques, économiques ou financières discriminatoires figurant dans les documents d'appel à la concurrence, dans les cahiers des charges ou dans tout autre document se rapportant à la procédure de passation du marché en cause. Ainsi conçue, l'annulation peut donc couvrir l'ensemble du processus contractuel, des mesures préalables à l'attribution du marché. La reconnaissance de ces pouvoirs a sensiblement fait évoluer certaines prérogatives des juges nationaux, notamment dans les ordres juridiques où ceux-ci ne

(945) *Ibid.*, pts 76 et 77.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

bénéficient pas historiquement de la possibilité de prononcer l'absence d'effets du contrat (946).

2) *Recours après la conclusion du contrat*

499. Recours après la conclusion du contrat. Formellement, la directive 2007/66 maintient la possibilité, lors d'un recours introduit après la conclusion du marché, qu'un État ne prévoie que l'octroi de dommages et intérêts. Mais cette marge de manœuvre est fortement encadrée, dès lors que dans certains cas, l'instance compétente doit prononcer l'absence d'effets du contrat ou des sanctions de substitution qui ne peuvent pas prendre la forme de dommages et intérêts. Le fait de rendre ainsi incontournable le prononcé de l'absence d'effets a été reconnu par la Cour dans un arrêt important, *Commission c. Allemagne* du 18 juillet 2007 (947), rendu dans le cadre d'une procédure de manquement sur manquement. Pour la Cour, en dépit du fait que la directive n'obligeait pas à l'époque de reconnaître le prononcé de l'absence d'effets du contrat, la violation du droit primaire est caractérisée dès lors que le droit d'un État ne prévoit pas la possibilité de remettre en cause un contrat conclu définitivement en cas de défaut de publicité. Pour parvenir à cette conclusion, elle s'appuie sur le droit primaire lui-même et la violation du principe de transparence qui en résulte. Concomitamment à l'adoption de la direc-

(946) Voy. l'analyse globale de R. Caranta, « General report », in *Public Procurement Law : Limitations, Opportunities and Paradoxes : The XXVI FIDE Congress in Copenhagen*, 2014, Congress Publications, vol. 3, Copenhague, DJØF Publishing, 2014, pp. 162 et s.

(947) CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c. Allemagne*, aff. C-503/04, *Rec.*, p. I-6153. Parmi de nombreux commentaires, S. Treumer, « Towards an Obligation to Terminante Contracts Concluded in Breach of EC Public Procurement Rules : the End of the Status of Concluded Public Contracts as Sacred Crowns », *PPLR*, 2007, p. 371 ; P. Delvolvé, « Note à Trstenjak, Verica », *RFDA*, 2007, p. 975 ; A. Perrin, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RDP*, 2008, p. 1661. Dans cette affaire, la Cour de justice était saisie d'un recours en manquement sur manquement contre l'Allemagne qui n'avait pas, selon la Commission, pris l'ensemble des mesures que comportait l'exécution d'un précédent arrêt en manquement. Dans ce premier arrêt, la Cour constatait notamment qu'en concluant un contrat relatif à l'élimination des déchets en recourant à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, une commune allemande avait méconnu les règles de passation des marchés publics prévues par la directive 92/50 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services. Selon la Commission, l'Allemagne n'avait pas pris les mesures suffisantes pour se conformer à cet arrêt en manquement, car elle n'avait pas fait procéder, avant la date d'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, à la résiliation de ce contrat. Pour sa défense, le gouvernement allemand faisait valoir qu'un tel manquement ne pouvait lui être reproché puisqu'en vertu de l'article 2, paragraphe 6, de la directive 89/665, les États membres peuvent prévoir qu'après la conclusion d'un marché public, l'introduction d'un recours ne peut donner lieu qu'à l'octroi de dommages et intérêts et ainsi exclure toute possibilité de résiliation du contrat.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

tive 2007/66, cet arrêt va servir de justification supplémentaire pour systématiser l'obligation de reconnaître l'absence d'effets après la conclusion du contrat.

500. Obligation de prononcer l'absence d'effets. Il est ainsi prévu que les États membres veillent à ce qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou à ce que l'absence d'effets dudit marché résulte d'une décision d'une telle instance dans chacun des cas suivants (948) :

– si le pouvoir adjudicateur a passé le marché sans avoir publié un avis de marché : il s'agit d'un cas de figure lié au fait que le pouvoir adjudicateur a conclu un marché de gré à gré sans publicité. Pour remédier à la violation « la plus importante du droit communautaire en matière de marchés publics », la directive 2007/66 considère que « l'absence d'effets est la manière la plus efficace de rétablir la concurrence et de créer de nouvelles perspectives commerciales pour les opérateurs économiques qui ont été privés illégalement de la possibilité de participer à la procédure de marché » (949). Ce prononcé automatique de l'absence d'effets est toutefois écarté lorsque le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation du marché mais non un avis de marché en tant que tel ;
– le requérant n'a pas engagé un recours précontractuel, en raison d'une violation, par le pouvoir adjudicateur, de l'obligation de suspendre la signature ou pour ne pas l'avoir suspendue alors qu'un recours avait été engagé. Encore faut-il que le requérant prouve qu'une telle violation a compromis ses chances d'obtenir le contrat ;
– les États invoquent une dérogation au délai de suspension pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. L'absence d'effets peut être prononcée si les États ont omis de remettre en concurrence au terme de ce délai.

501. Marge de manœuvre sur la portée de l'annulation. Le prononcé de l'absence d'effets du contrat est obligatoire dans ces hypothèses, mais il ne prend pas nécessairement la forme d'une annulation. En effet, l'article 2*quinquies*, 2, de la directive 2007/66 indique que « le droit national peut prévoit l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles ou limiter la portée de l'annulation aux obligations qui doivent être exécutées ». Dans ce cas, les États

(948) Directive 2007/66, art. 2*quinquies*, 1, a), b), et c).
(949) Directive 2007/66, cons. 11.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

doivent mettre en œuvre des sanctions de substitution, telles que l'imposition de pénalités financières au pouvoir adjudicateur ou une limitation de la durée du marché. En revanche, ces sanctions de substitution ne peuvent pas prendre la forme de l'octroi de dommages et intérêts (950).

C. *L'octroi de dommages-intérêts*

502. Modalités. L'instance doit pouvoir accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation. Cette prérogative peut être encadrée : « Les États membres peuvent prévoir que, lorsque l'instance responsable examine s'il y a lieu de prendre des mesures provisoires, celle-ci peut tenir compte des conséquences probables de ces mesures pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque des conséquences négatives pourraient dépasser leurs avantages. Une décision de ne pas accorder des mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres droits revendiqués par la personne requérant ces mesures » (951).

503. Renvoi aux droits nationaux. Le droit à des dommages-intérêts est inscrit dans les directives recours mais ses modalités de mise en œuvre reposent sur les droits nationaux. Celles-ci doivent respecter les principes classiques de l'équivalence et de l'effectivité : elles ne doivent pas être moins favorables que celles se rapportant à des recours similaires prévus pour la protection des droits tirés de l'ordre juridique interne (principe d'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité). Le respect de ces principes fait naturellement obstacle à des contraintes procédurales qui limiteraient les possibilités d'exercice des recours. Par exemple, le bénéfice de l'indemnisation est inhérent au système des directives ; dès lors, une législation ne saurait le subordonner à la preuve d'une faute de la part du pouvoir adjudicateur, et, plus largement, à la nécessité d'imputer subjectivement un manquement au pouvoir adjudicateur (952).

(950) Directive 2007/66, art. 2*sexies*.
(951) Directive 89/665, art. 2 a).
(952) CJUE, 30 septembre 2010, *Stadt Graz c. Strabag AG e.a.*, aff. C-314/09, *Rec.*, p. I-8769.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

D. *L'intensité du contrôle juridictionnel*

504. Renforcement de l'encadrement de l'office du juge interne. Les trois grands blocs de prérogatives identifiées par le système des recours (mesures provisoires, annulation, dommages-intérêts) soulèvent d'importantes questions quant à leurs modalités d'exercice par les instances responsables de recours. En les mettant en œuvre, les instances sont confrontées, d'une part, à l'appréciation de l'opportunité de recourir à certaines prérogatives, notamment l'annulation du contrat (précédemment évoquée) et, d'autre part, au degré de contrôle (complet ou restreint) pour apprécier les décisions du pouvoir adjudicateur. En effet, le domaine des marchés publics n'échappe pas à un mouvement qui se retrouve dans d'autres pans du droit de l'Union : si, à l'origine, la Cour se contentait de renvoyer à l'autonomie de procédure des États membres et d'utiliser, comme mode de correction, les principes d'équivalence et d'effectivité en tant qu'exigences minimales des systèmes nationaux de contrôle juridictionnel dans les litiges relevant du droit de l'Union, les exigences inhérentes à la « protection judiciaire » s'imposent peu à peu de manière à augmenter, parallèlement, l'intensité de ce contrôle. Ce renforcement de l'encadrement est logiquement plus marqué en présence de règles d'harmonisation, telles que celles qui figurent dans la directive 89/665. Ainsi que cela a été souligné, l'adoption de ce texte participe d'une recherche d'effectivité des règles de droit dérivé : en l'absence de recours établis par le droit de l'Union, les possibilités de méconnaissance des directives par les pouvoirs adjudicateurs sont significativement plus élevées. Mais au-delà de la nature des pouvoirs dévolus à l'instance chargée du recours, leur effectivité est également tributaire de l'étendue des pouvoirs du juge en matière de contrôle de l'activité du pouvoir adjudicateur.

505. Définition progressive de l'intensité du contrôle. En cohérence avec la recherche d'un encadrement de l'office du juge interne, la Cour a progressivement précisé l'intensité du contrôle qui doit être exercé par celui-ci :

– dans un arrêt *HI* du 18 juin 2012, la Cour a déclaré que la directive 89/665 s'oppose à ce qu'une réglementation nationale limite le contrôle « de la légalité du retrait d'un appel d'offres au seul examen du caractère arbitraire de cette décision » ; eu égard à l'objectif de renforcement des recours poursuivis par la directive 89/665, la portée du contrôle juridictionnel à exercer dans le cadre

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

des procédures de recours ne saurait être interprétée de manière restrictive (953) ;

– cette analyse a été approfondie, plus récemment, dans l'arrêt *Croce Amica One Italia* : après avoir rappelé que le contrôle de la légalité des décisions du pouvoir adjudicateur ne peut pas se limiter au seul examen de leur caractère arbitraire, elle a fait un pas de plus et ajouté que le législateur peut accorder aux juridictions de son pays le pouvoir d'exercer un contrôle d'opportunité (954) ;

– plus récemment, l'Avocat général Manuel Campos Sanchez a pris position en faveur d'une position plus ferme de la Cour quant à la détermination de l'étendue du contrôle juridictionnel. Selon lui, le juge ne peut pas limiter son examen à simplement s'interroger sur le « caractère raisonnable » des actes entrepris, d'autant moins lorsque ceux-ci doivent être conformes à une réglementation détaillée, qui comporte tant les aspects de forme que les aspects de fond. Le juge saisi d'une demande dans cette matière devra évaluer si l'attribution contestée a respecté les règles de l'appel d'offres et si la candidature du soumissionnaire retenu résiste à l'analyse critique que ses rivaux ont développée dans leur recours. Dans de nombreux cas, cette évaluation nécessitera du juge qu'il vérifie les faits déterminants (que l'administration pourrait avoir mal évalués) ainsi que les preuves des mérites plus ou moins grands de certaines candidatures par rapport à d'autres ; elle exigera également de lui qu'il s'assure que l'acte administratif est dûment motivé et qu'il contrôle s'il est conforme aux objectifs qui le justifient ou s'il s'en éloigne (c'est-à-dire, en d'autres termes, s'il existe des éléments de détournement de pouvoir) et s'il respecte les autres règles légales qui le régissent. L'appréciation de l'ensemble de ces éléments va au-delà d'une simple appréciation du « caractère raisonnable » de l'acte entrepris pour s'engager sur des terrains, de fait et de droit, plus « techniques », et normalement plus complexes, qui sont familiers à tout juge appelé à contrôler le comportement de l'administration (955).

---

(953) CJCE, 18 juin 2002, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) c. Stadt Wien*, aff. C-92/00, *Rec.*, p. I-5553, pt 64.

(954) CJUE, 11 décembre 2014, *Croce Amica One Italia*, aff. C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, *op. cit.*

(955) Conclusions de l'Avocat général Manuel Campos Sanchez-Bordona, présentées le 30 juin 2016, aff. C-171/05, dans l'affaire *Connexxion Taxi Services BV c. Staat der Nederlanden, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV et Zorgvervoercentrale Nederland BV*.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

§ 2. – *L'exercice des recours*

L'exercice des recours destinés à ce qu'une instance compétente prenne l'une des mesures indiquées préalablement nécessite d'identifier les titulaires des recours (A), la nature des actes attaquables (B) et les règles de délai (C).

A. *Les titulaires des recours*

506. Définition générale. En cohérence avec l'importante marge de manœuvre reconnue aux États, le système des recours identifie de manière très générale les titulaires des recours. L'article 1er, § 3, de la directive 89/665 dispose en effet que « Les États membres assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public de fournitures ou de travaux déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. En particulier, ils peuvent exiger que la personne qui souhaite utiliser une telle procédure ait préalablement informé le pouvoir adjudicateur de la violation alléguée et de son intention d'introduire un recours » (956). Cette formulation est associée, dans la jurisprudence, à l'obligation pour les États d'assurer une large accessibilité des recours pour toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée (957).

507. Limitation des titulaires. En rattachant les titulaires des recours à ceux d'entre eux qui auraient eu un intérêt à obtenir le marché, le droit de l'Union a certainement favorisé, dans les droits nationaux, une dissociation des voies de droit en matière contractuelle selon la qualité des requérants. Telle est d'ailleurs la logique suivie en France ; en l'espace de quelques années, le Conseil d'État a procédé à une redéfinition des recours qui peuvent être intentés contre le contrat administratif. En systématisant, par l'arrêt *Tarn-et-Garonne* du 4 avril 2014 (958), les recours qui peuvent être intentés

(956) Directive 89/665, art. 1, § 3.
(957) CJUE, 26 novembre 2015, *MedEval*, aff. C-166/14, ECLI:EU:C:2015:779, pt 28.
(958) CE, ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *Rec. Lebon*, p. 70 ; concl. Dacosta, *BJCP*, 2014, p. 204.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

par les tiers qui ont des intérêts susceptibles d'être lésés de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses du contrat, la haute juridiction a circonscrit un recours spécifique de pleine juridiction pour des tiers qui présentent un intérêt subjectif. Mais ce recours est lui-même clairement dissocié du recours sous forme de référé, lequel, sur le fondement du droit de l'Union, est limité aux concurrents qui ont été lésés par la passation.

B. *Les actes attaquables*

508. Décisions du pouvoir adjudicateur. Le recours doit être exercé contre « les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs […] au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit » (959). Le champ des décisions attaquables a été précisé dans l'affaire *Stadt Halle* ; il doit être compris comme « tout acte d'un pouvoir adjudicateur, adopté en rapport avec un marché public […] et susceptible d'avoir des effets juridiques, indépendamment de la question de savoir si cet acte est adopté en dehors d'une procédure formelle de passation de marché ou dans le cadre de celle-ci » (960). En l'occurrence, la Cour en déduit que ne sont pas susceptibles de recours des mesures qui constituent une simple étude préliminaire du marché ou qui sont purement préparatoires et qui s'insèrent dans le cadre de la réflexion interne du pouvoir adjudicateur en vue de la passation d'un marché public.

509. Diversité des actes attaquables. Dans son arrêt *Grossmann Air Service* (961), la Cour a jugé qu'une personne doit immédiatement introduire un recours contre une décision du pouvoir adjudicateur fixant les spécifications d'un appel d'offres qu'elle estime discriminatoires, dans la mesure où ces spécifications l'empêchent de participer utilement à la procédure de passation. La Cour a jugé qu'obliger une personne à attendre jusqu'à la notification de la décision d'attribution du marché avant qu'elle puisse attaquer la légalité des spécifications ne correspondait pas aux objectifs de rapidité et d'efficacité de la directive recours. Plus généralement, peuvent être contestés : une

(959) Directive 89/665, art. 1, § 1.
(960) CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle c. RPL Lochau*, aff. C-26/03, *op. cit.*, pt 34.
(961) CJCE, 12 février 2004, *Grossmann Air Service*, *Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG c. Republik Österreich*, aff. C-230/02, *Rec.*, p. I-1829.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

clause d'un appel d'offres, une décision qui écarte l'offre d'un soumissionnaire au stade de l'appréciation des candidatures ou encore le fait de retirer un appel d'offres après l'ouverture des offres (962).

510. Nature des illégalités. Par sa formulation, la directive renvoie aux droits nationaux le soin de déterminer la nature des illégalités qui peuvent être invoquées par le requérant. En ce sens, en France, l'arrêt *Smirgeomes* du Conseil d'État du 3 octobre 2008 a procédé à une limitation des illégalités invocables. Il ne s'agit pas uniquement d'invoquer un intérêt à conclure le contrat, mais également de montrer que les moyens soulevés touchent à la situation du requérant dans le déroulement de la procédure de passation. Il doit faire état de ce que l'irrégularité l'a lésé ou a avantagé un concurrent. En d'autres termes, les manquements sans effets sur la concurrence resteront sans effet sur le sort du contrat (963).

C. *Les règles de délai*

511. Silence initial des directives. La version initiale de la directive 89/665 ne contenait aucune règle expresse concernant les délais dans lesquels les procédures de recours devaient être introduites. De même, le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de bloquer la signature du contrat dans l'hypothèse où un recours avait été introduit. Dans cette situation, la jurisprudence reconnaissait que l'autonomie procédurale des États membres pouvait justifier l'introduction de délais de forclusion, dans les limites des principes d'équivalence et d'effectivité (964). Depuis la révision issue de la directive 2007/66, une double exigence de délai s'impose aux pouvoirs adjudicateurs : d'une part, un délai de suspension, qui oblige à différer la signature du contrat par rapport à son attribution (1) ; d'autre part, un délai de forclusion de l'action contentieuse, afin de concilier la nécessité de permettre un recours contre le contrat si une illégalité grave est décelée et de préserver la stabilité des relations contractuelles nouées (2).

(962) Voy. respectivement, CJCE, 27 février 2003, *Santex*, aff. C-327/00, *Rec.*, p. I-1877 ; CJCE, 19 juin 2003, *Hackermüller*, aff. C-249/01, *Rec.*, p. I-6319 ; CJCE, 2 juin 2005, *Koppensteiner*, aff. C-15/04, et la systématisation proposée par D. Dero-Bugny, « Marchés publics – recours », *op. cit.*

(963) CE, sect., 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, n° 305420.

(964) Voy. en ce sens l'arrêt *Uniplex*, aff. C-406/08.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

1) *Délai de suspension*

512. Délai d'au moins dix jours. Pour garantir l'effectivité de la directive relative aux recours, et la possibilité, pour toute personne ayant ou ayant eu intérêt à obtenir un marché déterminé, d'agir, la directive 2007/66 a introduit une exigence de délai de suspension (dite clause de *standstill*). L'article 2*bis* de la directive 89/665 modifiée prévoit ainsi que la « conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application de la directive 2004/18 ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ». Ce délai est étendu à quinze jours si d'autres moyens de communication sont utilisés ; il l'est également en cas d'exercice d'un recours gracieux (965).

513. Mise en œuvre. Avant même l'échéance de la transposition de la directive 2007/66, la Cour de justice a fait application de cette exigence de délai en soulignant, dans un arrêt en manquement *Commission c. Espagne* du 3 avril 2008, que l'exigence de protection juridique complète du requérant, qui doit être assurée avant la conclusion du contrat, « exige de prévoir la possibilité, pour le soumissionnaire évincé, d'examiner en temps utile la question de la validité de la décision d'attribution […] il s'ensuit qu'un délai raisonnable doit s'écouler entre le moment où la décision d'attribution est communiquée aux soumissionnaires évincés et la conclusion du contrat, afin de leur permettre, notamment, d'introduire une demande de mesure provisoire jusqu'à ladite conclusion » (966).

2) *Délai de forclusion*

514. Portée du délai. Les États peuvent fixer un délai de forclusion absolu de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion

(965) Lorsqu'un recours gracieux obligatoire est prévu par le droit national, conformément à l'article 1er, paragraphe 5, de chacune des directives recours, le délai de suspension est étendu. Conformément à l'article 5, paragraphe 1, alinéa 3, des directives recours, le délai de suspension de dix ou quinze jours fixé par l'article 2*bis* de chacune des directives ne court qu'à compter du lendemain du jour où le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé une réponse. L'objectif de cette disposition est clairement de faciliter les recours précontractuels des soumissionnaires et les candidats concernés.

(966) CJCE, 3 avril 2008, *Commission c. Espagne*, aff. C-444/06, *Rec.*, p. I-2045.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

du contrat (967). Mais ce délai ne s'applique qu'aux recours visant à faire déclarer l'absence d'effets du contrat conclu par le pouvoir adjudicateur et donc qui conduisent à engager une nouvelle procédure d'attribution. Il s'agit d'un délai limite : les États ne sont pas tenus de reconnaître dans leur ordre juridique interne des actions visant à priver d'effets le contrat, lorsque celles-ci sont introduites au-delà des six mois, et ce, quand bien même le requérant invoquerait des irrégularités commises avant l'attribution du marché. En revanche, le délai peut être rouvert si une décision du pouvoir adjudicateur, intervenant entre l'attribution et la conclusion du contrat, a pour effet d'entacher d'illégalité la conclusion (968).

515. Distinction entre protection primaire et protection secondaire. La marge de manœuvre des États dans la détermination du délai dépend de la gravité de l'illégalité qui est invoquée et repose sur une distinction, systématisée par la jurisprudence entre protection primaire et protection secondaire (969). D'un côté, lorsqu'un recours vise à annuler un contrat déjà conclu avec un soumissionnaire qui a emporté le marché, l'opérateur requérant sollicite une protection primaire. Les conséquences juridiques sont importantes et particulièrement graves du fait du risque de nullité du contrat déjà conclu.

---

(967) L'article 2*septies* de chacune des directives recours prévoit que, en tout état de cause, les États membres doivent prévoir qu'un tel recours doit intervenir avant l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain de la conclusion du contrat. Ce délai maximum se justifie par la nécessité d'assurer dans le temps la sécurité juridique des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices (directive 2007/66, consid. 25). En droit français, l'article R.551-7 du Code de justice administrative détermine les délais dans lesquels peut être introduit un recours contractuel contre un contrat administratif. En vertu de l'article R.551-7, alinéa 1er, « la juridiction peut être saisie au plus tard le trente et unième jour suivant la publication d'un avis d'attribution du contrat ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat ». En vertu de l'article R.551-7, alinéa 2, « en l'absence de la publication d'avis ou de la notification mentionnées à l'alinéa qui précède, la juridiction peut être saisie jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat ».

(968) CJUE, 8 mai 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox srl e.a. c. Acquedotto Pugliese SpA*, aff. C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307.

(969) Voy., en ce sens, CJUE, 8 mai 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox srl*, aff. C-161/13, pts 45 et 46 : il convient de considérer que, en application du principe de sécurité juridique, en cas d'irrégularités prétendument commises avant la décision d'attribution du marché, un soumissionnaire n'est recevable à introduire un recours en annulation de la décision d'attribution que dans le délai spécifique prévu à cette fin par le droit national, sauf disposition expresse du droit national garantissant un tel droit de recours conformément au droit de l'Union. En revanche, un soumissionnaire est recevable à introduire un recours en dommages et intérêts dans le délai général de prescription prévu à cet effet par le droit national ». Cette distinction est également systématisée dans les conclusions de l'Avocat général Kokott, notamment dans les affaires *MedEval* (21 mai 2015, aff. C-166/14) et *Uniplex* (C-406/08).

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Dans ce cas de figure, la jurisprudence de la Cour fait logiquement prévaloir le principe de sécurité juridique, qui implique que le délai de recours soit connu à l'avance et qu'il soit suffisamment court pour éviter une remise en cause illimitée du contrat.

En revanche, la jurisprudence qualifie de protection secondaire un recours qui vise seulement à constater une violation des règles de passation des marchés publics et, le cas échéant, à obtenir des dommages-intérêts. Dans la mesure où ce type de recours n'affecte pas l'existence d'un contrat déjà conclu avec un soumissionnaire, il ne compromet pas le besoin de sécurité des cocontractants et la mise en œuvre du marché public. Il en résulte un encadrement plus souple des délais et l'absence de délais de forclusion aussi stricts que pour la protection primaire. Pour ces actions, le droit de l'Union reconnaît une marge de manœuvre importante aux États, il leur incombe de déterminer, dans le cadre de leur autonomie procédurale, les délais dans lesquels les intéressés doivent intenter une action en justice pour faire valoir leurs droits à réparation du dommage qu'ils auraient subi du fait de l'attribution d'un marché qu'ils jugent illégale.

La distinction opérée entre protection primaire et secondaire a été confirmée à plusieurs reprises. Ainsi, dans l'affaire *MedEval* (970), la Cour a eu à statuer sur l'application de ce délai de six mois à d'autres types de recours prévus par la directive, notamment l'action en dommages-intérêts. En suivant l'Avocat général Kokott, la Cour a procédé à une interprétation littérale de la directive et a confirmé que le délai applicable à cette action n'est pas enserré par un délai de six mois. Cette différence tient à la nature des actions en cause, tandis que l'absence d'effets du contrat répond à une illégalité grave, telle que la passation illégale d'un marché de gré à gré, l'action en dommages-intérêts vise classiquement à apporter une réparation à un opérateur qui a subi un préjudice.

(970) Aff. C-166/14, *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 1 - Le cadre des recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

CHAPITRE 2
LA DIVERSITÉ DES SCHÉMAS NATIONAUX DE RECOURS

516. Marge d'appréciation des États. Tel qu'il est conçu par les deux directives de 1989 et de 2007, le système des recours n'est nullement exhaustif pour déterminer les voies de droit ouvertes aux parties aux contrats ou aux tiers. Reconnaissant un large pouvoir d'appréciation aux États pour la mise en œuvre du système des recours, la Cour a pu souligner que la directive 89/665 n'établit « que les conditions minimales auxquelles doivent répondre les procédures de recours instaurées dans les ordres juridiques nationaux, afin de garantir le respect des prescriptions du droit communautaire en matière de marchés publics » (971). Conçue comme une directive d'harmonisation minimale (mais dont la mise en œuvre fait l'objet d'une jurisprudence de plus en plus précise sur l'office du juge), la directive 89/665 a donné lieu à des schémas très différents de transposition (972). Ils peuvent prendre la forme soit de l'attribution des prérogatives à un organe juridictionnel (section 1), soit de l'institution d'organes dédiés (section 2).

SECTION 1. – LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

Elle peut prendre la forme de voies de droit spécifiques, sous forme de référés, devant le juge (A), ou d'un alignement sur des voies de droit préexistantes (B).

§ 1. – *Les référés*

517. Référés en droit français. En France, le législateur a privilégié une transposition de la directive recours dans le sens de

(971) CJCE, 19 juin 2003, *GAT*, aff. C-315/01, *Rec.*, p. I-6351, pt 45 ; CJCE, ord., 4 octobre 2007, *Consorzio Elisoccorso San Raffaele*, aff. C-492/06, *Rec.*, p. I-8189, pt 21.

(972) Voy. le n° spécial de la *RFDA*, « Le contentieux des contrats publics en Europe », 2011, n° 1, sous la direction du Professeur DELVOLVÉ.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La diversité des schémas nationaux de recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

la reconnaissance d'une compétence juridictionnelle. Par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 sur les recours en matière de contrats et de marchés a été introduit un nouvel article L.22 dans le Code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, devenu les articles L.551-1 à L.551-12 du Code de justice administrative. Cette disposition institue le référé précontractuel, considéré comme « une procédure juridictionnelle originale qui permet à toute personne ayant intérêt à conclure un marché et qui s'estime évincée à tort de saisir le juge du contrat pour faire sanctionner de manière préventive la méconnaissance des règles de formation du contrat » (973) (A). À la suite de l'adoption de la directive 2007/66 du 11 décembre 2007, le référé contractuel, qui intervient après la signature du contrat, a été introduit par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009. Il est régi par les articles L.551-13 à L.551-23 du Code de justice administrative (B). Ce schéma procédural n'est pas prédominant en Europe ; il se retrouve au Portugal et, dans une moindre mesure, en Italie, où la transposition de la directive 2007/66 a conduit à étendre la compétence du juge administratif et a limité la compétence du juge civil au contentieux de l'exécution (974).

A. *Le référé précontractuel*

518. Spécificité. L'originalité de ce référé est d'admettre un contrôle *a priori* du juge administratif, par la voie d'une ordonnance, dans la forme des référés, rendue par le président du tribunal administratif statuant en premier et en dernier ressort. Les pouvoirs reconnus dans le cadre du référé sont particulièrement étendus, le juge pouvant « suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte », ainsi que procéder à l'annulation des décisions ou supprimer des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat qui méconnaissent les obligations issues du droit de l'Union. Son champ dépasse celui des marchés couverts par le droit de l'Union, en ce qu'il couvre les marchés et les concessions au sens des ordonnances (et donc la diversité des contrats et des contrats de type concessif à laquelle elles renvoient), mais

(973) Ch. Maugüé et L. Touvet, *AJDA*, 1992, p. 502.

(974) R. Caranta, « Le contentieux des contrats publics en Europe – Italie », *RFDA*, 2011, n° 1.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La diversité des schémas nationaux de recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

également les concessions domaniales lorsqu'elles sont le support d'un des contrats entrant dans le champ des ordonnances (975).

519. Modalités. En cohérence avec la formulation des directives, seules sont recevables à introduire un référé précontractuel les personnes qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement. Le recours peut également être introduit par le préfet si le contrat en cause est conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Pouvant être introduit jusqu'à la signature du contrat, le référé précontractuel peut s'appuyer sur toute une diversité de moyens, dès lors qu'ils établissent, directement ou indirectement, l'existence d'une lésion dans le chef de l'entreprise requérante, notamment du fait de l'avantage dont aurait bénéficié une entreprise concurrente (976). Ainsi que cela a été mentionné, ni la formulation des directives, ni la jurisprudence de la Cour ne font obstacle à une telle limitation des moyens invocables.

B. *Le référé contractuel*

520. Pendant du référé précontractuel. Les personnes habilitées à engager un référé contractuel sont les mêmes que celles admises au référé précontractuel, c'est-à-dire « celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence », et le préfet. Conçu comme un recours palliatif, qui intervient à défaut d'avoir pu introduire un référé avant la conclusion du contrat, le référé contractuel repose sur des moyens moins nombreux. Peuvent être invoqués : l'absence totale de publicité (notamment au *JOUE*), la violation du délai de suspension (entre le choix de l'attribution et la conclusion), la violation de la suspension de la signature du contrat si un référé précontractuel a été introduit, ou encore le non-respect des règles de remise en concurrence pour les

(975) Art. L.551-1 du Code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique ».

(976) Voy. les développements précédents sur la jurisprudence *Smirgeomes* ; CE, 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, *op. cit.*

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La diversité des schémas nationaux de recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

contrats issus d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique. Le juge dispose de pouvoirs similaires : annulation du contrat, résiliation, réduction de sa durée, pénalité financière. Dans l'exercice de ceux-ci, il doit concilier le rétablissement de la légalité et la sauvegarde de la sécurité juridique, en évitant de porter une atteinte excessive aux relations contractuelles déjà nouées. Aussi, en dehors des cas précités d'annulation obligatoire, le juge doit choisir la sanction la mieux adaptée à la gravité des violations des obligations de publicité et au contexte spécifique du contrat.

§ 2. – *L'alignement sur les procédures existantes*

521. La Belgique offre un exemple intéressant de mise en œuvre du système de recours issu des directives 89/665 et 2007/66 en les incorporant dans les voies de droit existantes. L'instance compétente dépend de la nature, publique ou privée, du pouvoir adjudicateur. S'il s'agit d'une « autorité administrative » (qui renvoie à une autorité rattachée à un pouvoir exécutif, fédéral ou fédéré), les recours sont introduits devant le Conseil d'État belge, selon la procédure d'extrême urgence. En revanche, si le pouvoir adjudicateur n'est pas rattachable à une telle autorité, la procédure relève du juge judiciaire dans le cadre d'une procédure de référé ordinaire. Tant le Conseil d'État que le juge judiciaire sont tenus de suspendre l'exécution de la décision d'attribution si, *prima facie*, « il apparaît qu'une irrégularité affecte celle-ci et, pour autant qu'au regard des intérêts en présence, les conséquences négatives de la suspension prononcée ne l'emportent pas sur les avantages qui pourraient en résulter » (977).

Section 2. – L'institution d'organes *ad hoc*

522. Diversité. Dans plusieurs États membres de l'Union, la mise en œuvre sous une forme juridictionnelle du système de recours issus des directives 89/665 et 2007/66 n'est pas le schéma majoritaire dans l'Union européenne. Ainsi, de nombreux États – notamment ceux qui ont rejoint l'Union en 2004 – ont institué dans leur droit interne des recours quasi juridictionnels, qui sont portés à

(977) Voy. l'analyse exhaustive de D. Renders, « Le contentieux des contrats publics en Europe – La Belgique », *RFDA*, 2011, p. 25.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La diversité des schémas nationaux de recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

la connaissance d'une entité dédiée (978). Tel est le cas à Chypre (*Tenders Review Authority*), en République tchèque (*Office for the Protection of Competition*), au Danemark (*National Complaint Board for Public Procurement – Administrative quasi-judicial Board*), en Estonie (*Public Procurement Appeal Committee*), en Pologne (*National Appeal Chamber*), en Slovaquie (*Office for Public Procurement*), en Espagne (*Tribunales administrativos de recursos contractuales*) (979).

Par ailleurs, des États ont rattaché ces nouvelles voies de droit aux actions qui peuvent être introduites devant des autorités de concurrence : c'est le cas de l'Allemagne où les contestations relatives aux marchés qui entrent dans le champ des directives relèvent de chambres spécifiques, qui ont la qualité d'autorités administratives rattachées à l'Autorité fédérale de la concurrence (*Bunderskartellamt*). Dans ce cas de figure, les actions dirigées contre la passation des marchés permettent d'associer des moyens propres à ceux-ci, sur le fondement des directives et des obligations de publicité, et des moyens tirés du droit de la concurrence.

(978) Voy. l'étude comparative réalisée par le réseau européen sur l'étude des marchés publics, www.publicprocurementnetwork.org/ : « The comparative survey on the national public procurement systems across the PPN ».

(979) J.-M. Feliu et P. Valcarecel Fernandez, « Spain », in *Public procurement Law : Limitations, Opportunities and Paradoxes*, *op. cit.*, p. 707.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Chapitre 2 - La diversité des schémas nationaux de recours
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

TABLE DE JURISPRUDENCE

(Les numéros renvoient aux numéros des paragraphes)

1) Cour de justice des Communautés européennes / Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 19 décembre 1961, *Commission c. Italie*, aff. 7/61, *Rec.*, p. 635 : **17**.

CJCE, 5 février 1963, *Van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3 : **17**.

CJCE, 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels*, 61/65, *Rec.*, p. 377 : **491**.

CJCE, 10 décembre 1968, *Commission c. Italie*, aff. 7/68, *Rec.*, p. 617 : **20**.

CJCE, 19 décembre 1968, *Société par actions Salgoil c. Ministère du Commerce extérieur de la République italienne*, aff. 13/68, *Rec.*, p. 661 : **17**.

CJCE, 21 juin 1974, *Reyners c. Belgique*, aff. 2/74, *Rec.*, p. 631 : **17, 20, 26**.

CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33/74, *Rec.*, p. 1299 : **17**.

CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.*, p. 837 : **19, 22**.

CJCE, 30 avril 1974, *Giuseppe Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.*, p. 409 : **20**.

CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch c. Association Union cycliste internationale*, aff. 36/74, *Rec.*, p. 1406 : **37**.

CJCE, 5 octobre 1977, *Tedeschi c. Denkavit*, aff. 5/77, *Rec.*, p. 1555 : **18**.

CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec.*, p. 649 (affaire « Cassis de Dijon ») : **14, 28**.

CJCE, 28 mars 1979, *La Reine c. Saunders*, aff. 175/78, *Rec.*, p. 1129 : **43**.

CJCE, 8 novembre 1979, *Firma Denkavit Futtermittel GmbH c. Ministre de l'Alimentation de Rhénanie-du-Nord-Westphalie*, aff. 251/78, *Rec.*, p. 3369 : **18**.

CJCE, 29 octobre 1980, *Boussac c. Gertsenmeir*, aff. 22/80, *Rec.*, p. 3427 : **37**.

CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH and Rewe-Markt Steffen c. Hauptzollamt Kiel*, aff. C-158/80, *Rec.*, p. 1805 (affaire dite des « *Croisières du beurre* ») : **488**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Table de jurisprudence
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CJCE, 17 juin 1981, *Commission c. Irlande*, aff. 113/80, *Rec.*, p. 1625 : **28**.

CJCE, 10 février 1982, *SA Transporoute et Travaux c. Ministère des Travaux publics du Grand-duché de Luxembourg*, aff. 76/81, *Rec.*, p. 418 : **22, 87, 365, 392**.

CJCE, 10 mars 1983, *Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage et autres c. Groupement d'intérêt économique « Inter-Huiles »*, aff. 172/82, *Rec.*, p. 556 : **22**.

CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited*, aff. 72/83, *Rec.*, p. 2730 : **26**.

CJCE, 9 juillet 1987, *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) et Société coopérative « Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes »*, aff. jtes 27 à 29/86, *Rec.*, p. 3368 : **56, 84, 359**.

CJCE, 8 mars 1988, *Apple and Pear Development Council*, aff. 102/86, *Rec.*, p. I-1443 : **303**.

CJCE, 22 septembre 1988, *Commission c. Irlande*, aff. 45/87, *Rec.*, p. 4929 (affaire de « *Dundlack* ») : **18, 19, 22, 56, 112**.

CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo SpA c. Comune di Milano*, aff. 103/88, *Rec.*, p. I-1839 : **132, 400, 403**.

CJCE, 5 décembre 1989, *Commission c. République italienne*, aff. C-3/88, *Rec.*, p. I-4035 : **26, 55**.

CJCE, 20 mars 1990, *Du Pont de Nemours Italiana Spa c. Unità Sanitaria locale n° 2 di Carrara*, aff. C-21/88, *Rec.*, p. I-889 : **22, 28, 29**.

CJCE, 19 mars 1991, *République française c. Commission*, aff. C-202/88, *Rec.*, p. I-1259 : **244**.

CJCE, 18 juin 1991, *Donà Alfonso*, aff. C-295/89, *Rec.*, p. I-2967 : **400**.

CJCE, 11 juillet 1991, *Commission c. Portugal*, aff. C-247/89, *Rec.*, p. I-3659 : **233**.

CJCE, 25 juillet 1991, *Manfred Säger*, aff. C-76/90, *Rec.*, p. I-4221 : **14, 28**.

CJCE, 31 mars 1993, *Dieter Kraus c. Land Baden-Württenberg*, aff. C-19/92, *Rec.*, p. I-1663 : **28**.

CJCE, 22 juin 1993, *Commission c. Danemark*, aff. C-243/89, *Rec.*, p. I-3353 (affaire « *Pont sur Storebælt* ») : **19, 50**.

CJCE, 15 mars 1994, *Banco Exterior de Espana*, aff. C-387/92, *Rec.*, p. I-877 : **156**.

CJCE, 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional SA c. Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria*, aff. C-331/92, *Rec.*, p. I-1343 : **190, 191**.

CJCE, 24 janvier 1995, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-359/93, *Rec.*, p. I-168 : **22**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Table de jurisprudence
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CJCE, 23 février 1995, *Procédures pénales c. Aldo Bordessa e.a.*, aff. jtes C-358/93 et C-416/93, *Rec.*, p. I-361 : **28, 61**.

CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard*, aff. C-55/94, *Rec.*, p. I-4165 : **20.**

CJCE, 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, aff. C-87/94, *Rec.*, p. I-2043 (affaire dite des « *Autobus wallons* ») : **49, 54, 233, 394**.

CJCE, 19 septembre 1996, *Commission c. Grèce*, aff. C-236/95, *Rec.*, p. I-4459 : **496**.

CJCE, 12 décembre 1996, *The Queen c. Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications plc*, aff. C-302/94, *Rec.*, p. I-6417 : **244**.

CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, aff. C-54/96, *Rec.*, p. I-4961 : **489, 491, 492**.

CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG c. Strohal Rotationsdruch GesmbH*, aff. C-44/96, *Rec.*, p. I-102 : **142, 145, 148**.

CJCE, 24 septembre 1998, *Walter Tögel c. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, aff. C-76/97, *Rec.*, I-5357 : **186, 490**.

CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem c. BFI Holding BV*, aff. C-360/96, *Rec.*, p. I-6848 : **3, 12, 136, 143, 144, 146, 153**.

CJCE, 17 décembre 1998, *Connemara Machine Turf*, aff. C-306/97, *Rec.*, p. I-8761 : **145**.

CJCE, 4 février 1999, *Köllensperger*, aff. C-103/97, *Rec.*, p. I-551 : **490**.

CJCE, 4 mars 1999, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)*, aff. C-258/97, *Rec.*, p. I-1422 : **489, 492**.

CJCE, 9 septembre 1999, *RI.SAN Srl c. Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA et Ischia Ambiente SpA*, aff. C-108/98, *Rec.*, p. I-5219 : **43**.

CJCE, 16 septembre 1999, *Fracasso SpA et Leitschutz Handels*, aff. C-27/98, *Rec.*, p. I-5697 : **366**.

CJCE, 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia A/S, 3-S, Danske Svineproducenters Serviceselskab*, aff. C-275/98, *Rec.*, p. I-8305 : **38**.

CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Srl*, aff. C-107/98, *Rec.*, p. I-8121 : **264, 266, 267**.

CJCE, 2 décembre 1999, *Holst Italia Spa c. Comune di Cagliari*, aff. C-176/98, *Rec.*, p. I-8607 : **359**.

CJCE, 3 octobre 2000, *The Queen et H.M. Treasury, The University of Cambridge*, aff. C-380/98, *Rec.*, p. I-8061 : **3, 139, 150**.

CJCE, 5 octobre 2000, *Commission c. France*, aff. C-16/98, *Rec.* I-8341 : **181, 226**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Table de jurisprudence
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, *Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG*, aff. C-324/98, *Rec.*, p. I-10770 : **2, 36, 39, 58, 204**.

CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz*, aff. C-94/99, *Rec.*, p. I-11066 : **265, 404**.

CJCE, 1er février 2001, *Commission c. France*, aff. C-237/99, *Rec.*, p. I-939 : **12, 145, 149, 151**.

CJCE, 10 mai 2001, *Agorà et Excelsior c. Ente Autonome Fiera Internazionale di Milan*, aff. C-223/99 et C-260/99, *Rec.*, p. I-3605 : **145, 146**.

CJCE, 12 juillet 2001, *Ordre des Architectes de la Province de Milan et Lodi*, aff. C-399/98, *Rec.*, p. I-5409 : **172**.

CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC c. County of Mayo*, aff. C-19/00, *Rec.*, p. I-7743 : **53, 371, 393, 394**.

CJCE, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glockner*, aff. C-475/99, *Rec.*, p. I-8137 : **249**.

CJCE, 27 novembre 2001, *Impresa Lombardini SpA*, *ANAS*, aff. jtes C-257/99 et C-286/99, *Rec.*, p. I-9252 : **401**.

CJCE, ord., 3 décembre 2001, *Bent Mousten Vestergaard*, aff. C-59/00, *Rec.*, p. I-9507 : **41, 213**.

CJCE, 18 juin 2002, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) c. Stadt Wien*, aff. C-92/00, *Rec.*, p. I-5553 : **505**.

CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, *Rec.*, p. I-7213 : **372, 383**.

CJCE, 14 novembre 2002, *Felix Swoboda GmbH*, aff. C-411/00, *Rec.*, p. I-10604 : **186**.

CJCE, 12 décembre 2002, *Universale Bau AG*, aff. C-470/99, *Rec.*, p. I-11655 : **12, 53, 147**.

CJCE, 27 février 2003, *Santex*, aff. C-327/00, *Rec.*, p. I-1877 : **510**.

CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, aff. C-373/00, *Rec.*, p. I-1931 : **144, 145, 146**.

CJCE, 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, aff. C-20/01 et C-20/08, *Rec.*, p. I-3609 : **428**.

CJCE, 15 mai 2003, *Commission c. Espagne*, aff. C-214/00, *Rec.*, p. I-4667 : **142, 484, 495**.

CJCE, 22 mai 2003, *Korhonen e.a.*, aff. C-18/01, *Rec.*, p. I-5321 : **145**.

CJCE, 19 juin 2003, *Hackermüller*, aff. C-249/01, *Rec.*, p. I-6319 : **509**.

CJCE, 19 juin 2003, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)*, aff. C-315/01, *Rec.*, p. I-6379 : **348, 394, 516**.

CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, *Rec.*, p. I-7747 : **4, 306, 404**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Table de jurisprudence
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CJCE, 16 octobre 2003, *Commission c. Belgique*, aff. C-252/01, *Rec.*, p. I-11878 : **250, 428**.

CJCE, 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, aff. C-448/01, *Rec.*, p. I-14527 : **393, 395**.

CJCE, 29 avril 2004, *Commission c. CAS Succhi di Frutta*, aff. C-496/99 P, *Rec.*, p. I-3801 : **51, 63, 465**.

CJCE, 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, aff. C-385/02, *Rec.*, p. I-8121 : **429**.

CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, *Rec.*, p. I-8961 : **403**.

CJCE, 7 octobre 2004, *Sintesi SpA c. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, aff. C-247/02, *Rec.*, p. I-9215 : **4, 373**.

CJCE, 18 novembre 2004, *Commission c. Allemagne*, aff. C-126/03, *Rec.*, p. I-11197 : **428**.

CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, *Rec.*, p. I-11893 : **49, 356**.

CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, Aff. C-26/03, *Rec.*, p. I-1 : **267, 270, 428, 508**.

CJCE, 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-84/03, *Rec.*, p. I-155 : **141**.

CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA c. État belge*, aff. jtes C-21/03 et C-34/03, *Rec.*, p. I-1559 : **52, 206, 320**.

CJCE, 16 juin 2005, *Strabag et Kostman*, aff. jtes C-462/03 et C-463/03, *Rec.*, p. I-5397 : **447**.

CJCE, gr. ch., 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/03, *Rec.*, p. I-7287 : **18, 42, 44, 59**.

CJCE, 20 octobre 2005, *Commission c. France*, C-264/03, *Rec.*, p. I-8831 : **213**.

CJCE, 27 octobre 2005, *Commission c. Italie*, aff. C-525/03, *Rec.*, p. I-9424 : **430**.

CJCE, 24 novembre 2005, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc e.a. c. ACTV Venezia Spa*, aff. C-331/04, *Rec.*, p. I-10109 : **51, 53, 392, 398**.

CJCE, 9 février 2006, *La Cascina Soc. coop. arl*, aff. jtes C-226/04 et C-228/04, *Rec.*, p. I-1366 : **348, 353**.

CJCE, 9 mars 2006, *Commission c. Espagne*, aff. C-323/03, *Rec.*, p. I-2161 : **33**.

CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei*, aff. C-340/04, *Rec.*, p. I-4137 : **266, 274**.

CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux e.a. c. Commune de Roanne*, aff. C-220/05, *Rec.*, p. I-385 : **41, 174, 182**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Table de jurisprudence
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CJCE, 18 juillet 2007, *Commission c. Allemagne*, aff. C-503/04, *Rec.*, p. I-6153 : **499**.

CJCE, ord., 4 octobre 2007, *Consorzio Elisoccorso San Raffaele*, aff. C-492/06, *Rec.*, p. I-8189 : **516**.

CJCE, 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/09, *Rec.*, p. I-9797 : **42**.

CJCE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk e.a. c. GEWA*, aff. C-337/06, *Rec.*, p. I-11196 : **143, 150, 485**.

CJCE, 18 décembre 2007, *Frigerio Luigi & C*, aff. C-357/06, *Rec.*, p. I-12313 : **161**.

CJCE, 3 avril 2008, *Commission c. Espagne*, aff. C-444/06, *Rec.*, p. I-2045 : **513**.

CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, aff. C-346/06, *Rec.*, p. I-1989 : **390**.

CJCE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH*, aff. C-393/06, *Rec.*, p. I-2339 : **146, 148, 231, 240, 447**.

CJCE, ord., 10 avril 2008, *Termoraggi Spa c. Comune di Monsa*, aff. C-323/07, ECLI:EU:C:2008:219 : **275**.

CJCE, 15 mai 2008, *Secap Spa et Santorso c. Comune di Torino*, aff. jtes C-147/06 et C-148/06, *Rec.*, p. I-3583 : **36, 45, 402, 406**.

CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c. République d'Autriche*, aff. C-454/06, *Rec.*, p. I-4401 : **108, 465, 466**.

CJCE, 17 juillet 2008, *ASM Brescia Spa c. Comune di Rodengo Saiano*, aff. C-347/06, *Rec.*, p. I-5641 : **42**.

CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle*, aff. C-324/07, *Rec.*, p. I-8457 : **264, 268, 269, 278**.

CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulio Radiotileorasis*, aff. C-213/07, *Rec.*, p. I-9999 : **357**.

CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, aff. C-127/07, *Rec.*, p. I-9895 : **49**.

CJCE, gr. ch., 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-480/06, *Rec.*, p. I-4747 (affaire « *Ville de Hambourg* ») : **264, 265, 281**.

CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik c. AOK Rheinland/Hamburg*, aff. C-300/07, *Rec.*, p. I-4779 : **145, 206**.

CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec.*, p. I-76/33 : **30, 31**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Table de jurisprudence
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CJCE, 10 septembre 2009, *WAZV Gotha c. Eurawasser Aufbereitungs*, aff. C-206/08, *Rec.*, p. I-8377 : **205**.

CJCE, 10 septembre 2009, *Sea c. Comune di Ponte Nossa*, aff. C-573/07, Rec., p. I-8127 : **266, 278**.

CJCE, 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-275/08, *Rec.*, p. I-168 : **429**.

CJCE, 15 octobre 2009, aff. C-196/08, *Acoset Spa c. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e.a.*, aff. C-196/08, *Rec.*, p. I-9913 : **195**.

CJCE, 15 octobre 2009, *Hochtief AG c. Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság*, aff. C-138/08, *Rec.*, p. I-9889 : **84**.

CJCE, 28 octobre 1999, *Alcatel Austria e.a.*, aff. C-81/98, *Rec.*, p. I-7661 : **494**.

CJCE, 29 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-536/07, *Rec.*, p. I-10335 : **170, 190**.

CJUE, 23 décembre 2009, *Serrantoni et Consorzio stabile edili*, C-376/08, *Rec.*, p. I-12169 : **56, 354**.

CJUE, 23 décembre 2009, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) c. Regione Marche*, aff. C-305/08, *Rec.*, p. I-12129 : **159**.

CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH c. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, aff. C-451/08, *Rec.*, p. I-2673 : **5, 182**.

CJUE, 13 avril 2010, *Wall AG c. La ville de Francfort-sur-le-Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, aff. C-91/08, *Rec.*, p. I-2815 : **45, 108**.

CJUE, 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki AE e.a. c. Ethniko Symvoulio Radiotileorasis*, aff. jtes C-145/08 et C-149/08, *Rec.*, p. I-04165 : **191**.

CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exhange*, aff. C-203/08, *Rec.*, p. I-4695 : **32, 58, 61**.

CJUE, 8 septembre 2010, *Carmen Media Group Ltd c. Land Schleswig-Holstein*, aff. C-46/08, *Rec.*, p. I-8149 : **33**.

CJUE, 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, aff. C-64/08, *Rec.*, p. I-8219 : **32**.

CJUE, 30 septembre 2010, *Stadt Graz c. Strabag AG et a*, aff. C-314/09, *Rec.*, p. I-8769 : **503**.

CJUE, 9 décembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie c. Provincie Drenthe*, aff. C-568/08, *Rec.*, p. I-12655 : **496**.

CJUE, 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, aff. C-274/09, *Rec.*, p. I-1335 : **206**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Table de jurisprudence
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CJUE, 17 mars 2011, *Strong Segurança SA c. Município de Sintra*, aff. C-95/10, *Rec.*, p. I-1855 : **41, 187**.

CJUE, 12 mai 2011, *Luxembourg c. Parlement et Conseil*, aff. C-176/09, *Rec.*, p. I-3727 : **49**.

CJUE, 21 juillet 2011, *Evropaïki Dynamiki c. EMSA*, aff. C-252/10 P, *Rec.*, p. I-1007 : **54, 260, 394, 398, 399**.

CJUE, 10 novembre 2011, *Norma-A SIA*, *Dekom SIA c. Latgales plānošanas reģions*, aff. C-348/10, *Rec.*, p. I-10983 : **207**.

CJUE, 10 mai 2012, *Commission c. Pays-Bas*, aff. C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284 : **22, 112, 386, 394**.

CJUE, 7 juin 2012, *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, aff. C-615/10, ECLI:EU:C:2012:324 : **250**.

CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c. Conseil*, aff. C-355/10, ECLI:EU:C:2012:516 : **115**.

CJUE, 13 décembre 2012, *Forposta SA*, *ABC Direct Contact sp. zoo c. Poczta Polska SA*, aff. C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 : **355**.

CJUE, 16 février 2012, *Marcello Costa et Ugo Cifone*, aff. jtes C-72/10 et C-77/10, ECLI:EU:C:2012:80 : **29**.

CJUE, 18 octobre 2012, *Éduköv ízig et Hochtief Construction*, aff. C-218/11, ECLI:EU:C:2012:643 : **163, 362**.

CJUE, 29 novembre 2012, *Econord Spa c. Comune di Cagno*, *Comune di Varese*, *Comune di Solbiate*, aff. C-182/11, C-183/11, ECLI:EU:C:2012:758 : **267, 268, 279**.

CJUE, 19 décembre 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817 : **167, 172, 173, 264**.

CJUE, ord., 16 mai 2013, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a. c. Comune di Pavia*, aff. C-564/11, ECLI:EU:C:2013:307 : **167**.

CJUE, 13 juin 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG c. Kreis Düren*, aff. C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385 : **174**.

CJUE, 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG c. Ärztekammer Westfalen-Lippe*, aff. C-526/11, ECLI:EU:C:2013:543 : **154, 155**.

CJUE, 12 septembre 2013, *Daniele Biasci e.a. c. Ministero dell'Interno*, aff. jtes C-660/11 et C-8/12, ECLI:EU:C:2013:550 : **33**.

CJUE, 14 novembre 2013, *Comune di Ancona c. Regione Marche*, aff. C-388/12, ECLI:EU:C:2013:734 : **41, 63**.

CJUE, 14 novembre 2013, *Belgacom NV*, aff. C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736 : **22, 29, 45, 205, 220**.

CJUE, 10 décembre 2013, *Swm Costruzioni 2 et Mannocchi Luigino*, aff. C-94/12, ECLI:EU:C:2013:646 : **164, 165**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Table de jurisprudence
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CJUE, 8 mai 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox srl e.a. c. Acquedotto Pugliese SpA*, aff. C-161/13, ECLI:EU:C:2014:307 : **514**.

CJUE, 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, aff. C-15/23, ECLI:EU:C:2014:303 : **271**.

CJUE, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, *SUCH c. Eurest*, aff. C-574/12, ECLI:EU:C:2014:2004 : **271**.

CJUE, 10 juillet 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, aff. C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063 : **357**.

CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA c. Comune di Bari*, aff. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067 : **174, 183**.

CJUE, 18 septembre 2014, *Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund*, aff. C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235 : **390, 492**.

CJUE, 11 décembre 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino » e.a.*, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440 : **5, 34, 36, 45**.

CJUE, 18 décembre 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c. Data Medical Service Srl*, aff. C-568/13, ECLI:EU:C:2014:2466 : **167**.

CJUE, 18 décembre 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, aff. C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469 : **36, 357**.

CJUE, 22 janvier 2015, *Stanley International Betting Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze*, aff. C-463/13, ECLI:EU:C:2015:25 : **30, 33**.

CJUE, 26 mars 2015, *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA c. Nersant – Associação Empresarial da Região de Santarém*, aff. C-601/13, ECLI:EU:C:2015:204 : **371**.

CJUE, 16 avril 2015, *Enterprise Focused Solutions*, aff. C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228 : **36, 45**.

CJUE, 21 mai 2015, *Kansaneläkelaitos*, aff. C-269/14, ECLI:EU:C:2015:329 : **207**.

CJUE, 6 octobre 2015, *Consorci Sanitari del Maresme c. Corporació de Salut del Maresme i la Selva*, aff. C-203/14, ECLI:EU:C:2015:664 : **168, 492**.

CJUE, 17 novembre 2015, *RegioPost GmbH & Co. KG c. Stadt Landau in der Pfalz*, aff. C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 : **391**.

CJUE, 22 octobre 2015, *Impresa Edilux Srl e.a. c. Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana e.a.*, aff. C-425/14, ECLI:EU:C:2015:721 : **357**.

CJUE, 17 décembre 2015, *Union des syndicats de l'immobilier c. Ministre du Travail et Beaudout Père et Fils SARL c. Ministre du Travail*, aff. jtes C-25/14 et C-26/14, ECLI:EU:C:2015:191 : **42, 46, 62**.

CJUE, 14 janvier 2016, *« Ostas celtnieks » SIA c. Talsu novada pašvaldība*, aff. C-234/14, ECLI:EU:C:2016:6 : **164**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Table de jurisprudence
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CJUE, ord., 28 janvier 2016, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) c. Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea* (ASL TO4), aff. C-50/14, ECLI:EU:C:2016:56 : **34**.

CJUE, 10 mars 2016, *TNS Dimarso NV c. Vlaams Gewest*, aff. C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555 : **54, 396, 399, 410**.

CJUE, 2 juin 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH*, aff. C-410/14, ECLI:EU:C:2016:399 : **435**.

CJUE, 2 juin 2016, *Pippo Pizzo c. CRGT Srl*, aff. C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404 : **165**.

CJUE, ord., 7 juillet 2016, *H.M. c. Agentsia za darzhavna finansova inspektsia (ADFI)*, aff. C-129/15, ECLI:EU:C:2016:540 : **36, 406**.

CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl c. Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro*, aff. jtes C-458/14 et C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558 : **32**.

CJUE, 14 juillet 2016, *Wrocław – Miasto na prawach powiatu*, aff. C-406/14, ECLI:EU:C:2016:562 : **482**.

CJUE, 8 septembre 2016, *Domenico Politanò*, aff. C-225/15, ECLI:EU:C:2016:645 : **31**.

CJUE, 15 septembre 2016, *SC Star Storage SA c. Institutul Național de Cercetare-Dezvoltare în Informatică (ICI)*, aff. C-439/14, ECLI:EU:C:2016:688 : **488**.

2) Tribunal de première instance des Communautés européennes / Tribunal de l'Union européenne

TPICE, 17 décembre 1998, *Embassy Limousines & Services c. Parlement*, aff. T-203/96, *Rec.*, p. II-4239 : **53**.

TPICE, 24 février 2000, *ADT Projekt c. Commission*, aff. T-145/98, *Rec.*, p. II-387 : **53**.

TPICE, 6 juillet 2005, *TQ3 Travail Solutions Belgium SA c. Commission*, aff. T-148/04, *Rec.*, p. II-2630 : **371**.

Trib. UE, 20 mai 2010, *République fédérale d'Allemagne c. Commission*, aff. T-258/06, ECLI:EU:T:2010:214 : **67, 214**.

Trib. UE, 1er juillet 2010, *M6 et TF1 c. Commission*, aff. T-568/08, *Rec.*, p. II-3397 : **249**.

Trib. UE, 29 mai 2013, *Royaume d'Espagne c. Commission*, T-384/10, ECLI:EU:T:2013:277 : **225**.

Trib. UE, 4 juillet 2016, *Orange Business Belgium SA c. Commission européenne*, aff. T-349/13, ECLI:EU:T:2016:385 : **53**.

Trib. UE, 27 avril 2016, *Österreichische Post AG c. Commission européenne*, aff. T-463/14, ECLI:EU:T:2016:243 : **237**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Table de jurisprudence
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

3) Cour constitutionnelle (Belgique)

Cour constitutionnelle belge, 7 décembre 2005, *C. de Wolf*, n° 179/2005 : **68**.

4) Conseil constitutionnel (France)

Conseil constitutionnel, décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* : **71**.

Conseil constitutionnel, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit* : **1, 71**.

5) Conseil d'État (France)

CE, 4 août 1905, *Martin*, *Rec. Lebon*, p. 749 : **70**.

CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Rec. Lebon*, p. 125 : **475**.

CE, 22 avril 1983, *Auffret et Dumoulin*, *Rec. Lebon*, p. 160 : **433**.

CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, *Rec. Lebon*, p. 62 ; **173, 175**.

CE, 6 décembre 1995, *Département de l'Aveyron et Sté Jean-Claude Decaux*, n°s 148964 et 14940 : **176**.

CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 168325 (Ville de Lambesc) : **175**.

CE, 20 mai 1998, *Communauté de Communes Piémont-de-Barr*, n° 188239 : **175**.

CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultant*, n° 222208 : **169**.

CE, avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin*, n° 246927 : **70**.

CE, 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux*, n° 233372 : **305**.

CE, ass., 26 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531 : **169**.

CE, 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n° 247299 : **176**.

CE, 28 décembre 2005, *Syndicat inter-hospitalier de Mangot Vulcin*, n° 279866 : **373**.

CE, 1er mars 2006, *Société François-Charles Oberthur Fiduciaire*, n° 287960 : **305**.

CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Étang de Berre-Durance*, n° 287198 : **208**.

CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomantique*, n° 276928 : **305**.

CE, 6 avril 2007, *Département de l'Isère*, n° 298584 : **373, 382**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Table de jurisprudence
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736 : **289**.

CE, 26 septembre 2007, *Département du Gard*, n° 255993 : **405**.

CE, 5 octobre 2007, *Société UGC Ciné Cité*, n° 298773 : **212**.

CE, 8 août 2008, *Commune de Nanterre*, n° 309136 : **434**.

CE, 3 octobre 2008, *Smirgeomes*, n° 305420 : **118, 510, 520**.

CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794 : **208**.

CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS)*, n° 300481 : **289**.

CE, 1er avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux et Société Kéolis*, n° 323585 : **208**.

CE, 3 juin 2009, *Commune de Saint-Germain-en-Laye*, n° 311798 : **418**.

CE, 5 juin 2009, *Société Avenance Enseignement et Santé*, n° 298641 : **208**.

CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, n° 317671 : **118**.

CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n° 324156 : **169**.

CE, 6 novembre 2009, *Société Prest'Action*, n° 297877 : **176**.

CE, 23 décembre 2009, *Établissement public Musée et domaine national de Versailles*, n° 328827 : **451**.

CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n° 334845 : **453**.

CE, 18 juin 2010, *Commune Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377 : **397**.

CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris*, *Association Paris Jean Bouin*, n° 338272 : **73**.

CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-Les- Plages*, n° 342520 : **303**.

CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350935 : **419**.

CE, 3 février 2012, *Commune Veyrier-du-Lac*, n° 353737 : **293**.

CE, 23 mai 2012, *RATP*, n° 348909 : **73**.

CE, 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788 : **461**.

CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, n° 363656 : **330**.

CE, 7 mai 2013, *Société Segex*, n° 365706 : **328**.

CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*, n° 364593 : **73**.

CE, 25 octobre 2013, *Commune de la Seyne-sur-Mer*, n° 370393 : **463**.

CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n° 365079 : **287**.

CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994 : **507**.

CE, 14 novembre 2014, *Syndicat mixte d'étude d'aménagement et de gestion de la base de plein air et loisirs de Cergy-Neuville (SMEAG)*, n° 373156 : **319**.

CE, 3 décembre 2014, *Tisséo*, n° 384170 : **212**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Table de jurisprudence
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

CE, 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563 : **169**.

CE, 26 juin 2015, *Extérion Média France et Derichebourg SNG c. Ville de Paris*, n° 389682 : **419**.

CE, 9 mars 2016, *Conseil national des barreaux e.a.*, n° 393589 : **312**.

6) Tribunal des conflits (France)

T. confl., 12 avril 2012, *Société Atexo*, n° C 3831 : **139**.

T. confl., 7 avril 2014, *Sté Services d'édition et de ventes publicitaires (SEVP) c. Office du tourisme de Rambouillet et Sté Axiom-Graphic*, n° 3949 : **212**.

7) Conseil d'État (Italie)

Consiglio di Stato, 7 mai 2013, *Acsm – Agam Reti Gas Acqua S.r.l. c. G6 Rete Gas Spa*, n° 00013/2013 REG.PROV.COLL : **74**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Table de jurisprudence
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Les ouvrages ci-dessous portent spécifiquement sur l'objet d'étude du présent manuel. D'autres références, ouvrages ou articles figurent dans les développements.

AMILHAT, M., *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, coll. Droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 2014.

ARROWSMITH, S. et KUNZLIK, P. (dir.), *Social and environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

ARROWSMITH, S. et TREUMER, S. (dir.), *Competitive Dialogue in EU Procurement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

AUBY, J.-B. et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., *Traité de droit administratif européen*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014.

BOVIS, C., *EU Public Procurement Law*, Cheltenham, Edward Eldgar Publishing, 2007.

BOVIS, C., *Public Procurement : Law, Policy and Regulation in the European Union*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012.

BRACONNIER, St., *Précis du droit des marchés publics*, 3e éd., Paris, Le Moniteur, 2010.

BRÉCHON-MOULÈNES, Chr., *La concession de service public face au droit communautaire*, coll. Droit public, Paris, Sirey, 1992.

BRISSON, J.-Fr., *Les fondements juridiques des marchés publics*, Paris, Imprimerie nationale, 2004.

CARANTA, R. et TRYBUS, M. (dir.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Copenhague, DJOF, 2010.

CATALA, N. (dir.), *L'Europe et les marchés publics*, Paris, Eyrolles, 1994.

DURVIAUX, A.-L., *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006.

FROMONT, M., *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, 2006.

KALFECHE, G., *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics*, thèse Paris II, 2004.

LA ROSA, St. DE, *L'apport de la directive 2014/23/UE au droit européen de la commande publique*, coll. Trans Europe Experts, Paris, Société de législation comparée, 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Bibliographie sélective
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

MARCUS, L., *L'unité des contrats publics*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2010.

NOGUELLOU, R. et STELLKENS, U. (dir.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

NEEGAARD, U. *e.a.*, *Public Procurement Law : Limitations*, *Opportunities and Paradoxes*, The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, Congress Publications, vol. 3, Copenhague, DJØF Publishing, 2014.

RICHER, L., *L'Europe des marchés publics*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ, 2009.

RICHER, L. et LICHÈRE, Fr., *Droit des contrats administratifs*, 10e éd., coll. Manuels, Paris, LGDJ, 2016.

SANCHEZ GRAELLS, A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2e éd., Oxford, Hart Publishing, 2015.

SCHWARZE, J., *Droit administratif européen*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009.

SIRINELLI, J., *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union : une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Paris, LGDJ, 2010.

STIRN, B., *Vers un droit public européen*, 2e éd., coll. Clefs, Paris, LGDJ, 2015.

UBAUD-BERGERON, M., *Droit des contrats administratifs*, 3e éd., coll. Manuels, Paris, LexisNexis, 2015.

TRYBUS, M., CARANTA, R. et EDELSTAM, G., *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, coll. Droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 2014.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Bibliographie sélective
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

INDEX THÉMATIQUE

(Les numéros renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Abus de position dominante : **237, 357**.

Accord-cadre : **434 et s**.

Aide d'État : **4, 146, 150, 156, 302, 306, 380, 404**.

Allotissement : **100, 165, 197, 328 et s.**

Appel à la concurrence : **124, 314, 331 et s., 380, 411, 414, 435**.

Appel d'offres :
– délais : **387, 412, 415, 438.**
– ouvert : **79, 333, 411 et s., 415.**
– restreint : **120, 121, 333, 413 et s., 420**.

Avantage économique global : **311, 458, 462 et s**.

C

Cahiers des charges : **50, 54, 56, 101, 164, 255, 383, 386, 392 et s., 398, 482**.

Catalogue électronique : **442**.

Centrale d'achat : **407, 433, 440, 441**.

Clause environnementale : **22, 46, 92, 93, 98, 99, 127, 375, 378, 383**.

Clause sociale : **22, 377, 382, 384, 389**.
– et emploi : **379, 380.**
– et objet du marché : **384**.

Concessions :
– - critères : **108, 204, 205, 209, 2020, 460**.
– - de jeux : **30, 31, 32, 33, 61**.
– - de plage : **32, 73**.
– - risque d'exploitation : **198, 203 et s., 209, 242**.

Concours : **433, 445**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Index
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Compensation de service public : **4, 207, 306, 404**.

Coopération public-public : **264, 282 et s., 290, 294.**

Coût du cycle de vie : **98, 100, 254, 369, 370, 374 et s**.

D

Dématérialisation : **407**.

Dialogue compétitif : **93, 194, 198, 255, 261, 416, 418 et s., 431**.

Dommages-intérêts : **427, 490, 494, 495, 499, 502 et s**.

Droit exclusif : **22, 61, 62, 249, 263, 304 et s**.

E

Entrave (aux libertés de circulation) : **4, 12, 14, 22, 23, 56, 402**.

I

In house : *voy.* Coopération public-public.

Intercommunalité : **280 et s., 307**.

Intérêt transfrontalier certain : **16, 43 et s., 56, 58, 66, 104, 187, 220**.

Interprétation :
– finaliste : **11, 50, 465**.
– fonctionnelle : **132, 142, 147**.

Impartialité : **32, 39, 43, 57, 61 et s., 74**.

L

Labels : **100, 385, 386, 387**.

M

Maîtrise d'ouvrage : **52, 198, 315**.

Marchés en réseau (directive secteurs spéciaux) : **228 et s., 370**.

Marchés publics :
– de travaux : **156, 178 et s., 200, 217, 411, 472**.
– de services : **77, 102, 156, 184, 185, 263, 308 et s., 380**.
– de défense : **110, 216, 250, 251, 252, 253**.
– réservés : **379 et s**.
– sociaux : *voy.* Services sociaux.
– sous les seuils formalisés : **34, 41, 45, 58, 60, 215, 484**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Index
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

– de l'Union : **54, 258 et s., 399**.

Mesures provisoires : **486, 490, 495 et s**.

Motifs d'exclusion :
– obligatoires : **121, 260, 351**.
– facultatifs : **121, 260, 356, 357**.

N

Négociation : **255, 261, 428 et s., 431 et s., 448**.

O

Offre anormalement basse : **45, 400 et s.**

Offre économiquement la plus avantageuse :
– notion : **54, 311, 376.**
– critères : **393 et s., 396, 420.**

OMC : **75 et s., 214, 215.**

Onérosité (du marché public) : **2, 73, 167, 172 et s., 192, 267**.

Ordre public : **24, 145, 350, 352 et s**.

P

Partenariat public-privé : **192 et s., 207**.

Partenariat d'innovation : **194, 198, 261, 409, 421 et s**.

Pondération des critères : **53, 54, 55, 108, 396 et s., 459**.

Pouvoir adjudicateur : **131 et s., 139 et s., 156 et s**.

Publicité :
– adéquate : **43, 58, 62, 67, 73, 341, 365**.
– avis : **91, 118, 422, 456**.

Procédure concurrentielle avec négociation : **102, 333, 334, 417, 422, 424, 431, 461**.

R

Raisons impérieuses d'intérêt général : **19, 30, 34**.

Réciprocité commerciale : **82 et s**.

S

Services sociaux : **187, 336, 339, 454**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Index
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019

strada lex
EUROPE

Services d'intérêt économique général : **106, 143, 187, 211, 248, 249, 305, 306**.
– obligations de service public : **306, 307**.

Seuils : **2, 18, 36, 41, 45, 47, 58, 66, 74, 78, 101, 102, 213 et s**.

Spécifications techniques : **14, 87, 100, 100, 111, 112, 186, 260, 314, 323 et s., 387, 497**.

Salaire minimal : **389, 390, 391**.

Société d'économie mixte : **139, 195, 196, 270, 285**.

Société publique locale : **276 et s., 287, 441**.

Solidarité : **5, 34 et s., 99**.

Stratégie Europe 2020 : **96, 97**.

Sourcing (sourçage) : **318 et s**.

Système d'acquisition dynamique : **433, 437 et s**.

T

Transparence :
– principe : **29, 34, 38, 39, 42, 57, 73, 466**.
– et publicité : **38, 39, 40.**
– et critères de sélection : **53 et s., 121, 347, 457 et s.**
– et modification du marché : **465, 466**.

U

Urgence : **412, 429, 496**.

Université de Lorraine (193.50.135.4)
Index
Éditions Larcier - © Larcier - 24/09/2019