

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

« De minimis curat Europae consilium » : à propos de la communication interprétative de la commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » du 23 juin 2006

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « “De minimis curat Europae consilium” : à propos de la communication interprétative de la commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives “marchés publics” du 23 juin 2006 », *Europe*, n° 7, 2007, p. 6-11.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

« De minimis curat Europae consilium » : à propos de la communication interprétative de la commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » du 23 juin 2006

Sous le prétexte de traiter de marchés précis et apparemment limités, la communication dite « sur les marchés de faible montant » du 23 juin 2006 rappelle que le droit des marchés publics s'inscrit dans une logique communautaire générale de développement de la concurrence et fixe un certain nombre de règles minimum de concurrence pour tous les achats publics. Ce faisant, elle apparaît comme créatrice de droit et pose la question du contenu de ces actes atypiques que sont les communications interprétatives au regard de la précision actuelle de la rédaction des directives.

1. - Le droit des marchés publics, complexe et technique d'abord, n'est pas la partie de « leur » droit la plus prisée par les communautaristes. Son étude, pourtant passionnante, est souvent laissée à la discrétion des internistes. La communication interprétative de la Commission du 23 juin 2006, dite « sur les marchés de faibles montants »^{Note 1} vient permettre aux différentes forces de la doctrine de se rejoindre. Sous le prétexte de traiter de ces marchés précis et apparemment limités, la Commission rappelle en effet que ce droit s'inscrit dans une logique communautaire générale de développement de la concurrence et fixe un certain nombre de règles minimum de concurrence pour tous les achats publics.

2. - Ce texte ne simplifie pas pour autant l'état du droit existant, ni en ce qui concerne la précision parfois terrifiante des directives communautaires du 31 mars 2004^{Note 2}, ni surtout en ce qui concerne les difficultés pour intégrer ces dispositions dans un droit interne au champ d'application profondément différent. On le sait, les définitions interne et communautaire d'un « marché public » sont assez distinctes pour ne devoir être analysées que séparément. La modification formelle du code de marchés publics français, intervenue en 2006, et qui consiste à utiliser le terme communautaire « d'entité adjudicatrice » tout en maintenant le champ d'application organique antérieur, n'est qu'un exemple des nombreuses façades permettant de minimiser ces différences. La notion communautaire de marchés publics est en général bien plus large que la notion interne puisqu'elle comprend non seulement des marchés de personnes publiques – seules visées par le code des marchés publics français – mais aussi de certaines personnes privées, ainsi que ceux de certains Établissements publics industriels et commerciaux nationaux qui sont exclus du code interne. De même, la notion communautaire considère-t-elle comme des sous catégories de marchés publics les concessions de travaux et les concessions de services. Là encore, les notions communautaires de ces contrats sont assez profondément différentes de leurs homonymes internes^{Note 3}, sans compter le développement de contrats de « partenariats publics privé », inclus dans les marchés publics communautaires, mais soumis à des régimes divers en droit interne^{Note 4}.

3. - Paradoxalement, ce sont les contrats qui ne sont pas soumis aux directives « marchés publics » que vient encadrer cette communication interprétative, et cela recouvre une grande majorité des contrats soumis au code des marchés publics français. La raison à ce paradoxe apparent est simple : si l'on a pu penser jusqu'en 2000^{Note 5} qu'en dessous des seuils d'application du droit communautaire le droit national s'appliquait par l'effet logique de la subsidiarité – le droit national prenant principalement la forme du

Code des marchés publics – depuis le tournant du millénaire, et surtout depuis 2005^{Note 6}, cette conclusion a été jugée comme erronée. Par 8 principaux arrêts^{Note 7}, la Cour de justice des communautés européennes a en effet posé les grandes lignes de la création d'un régime de « marchés publics » en dehors des cas d'application des directives communautaires, donc surtout en dessous des seuils. C'est ce régime que la Commission a entendu théoriser et préciser dans sa communication.

4. - Il faut dire que l'extension du champ de compétence du droit communautaire est une des fonctions de la Commission et que cette communication trouve officiellement son origine dans une demande de précisions des gouvernements autrichiens et danois, ainsi que dans un « nombre croissant » de plaintes d'opérateurs économiques qui estiment qu'il y a de nombreuses violations du droit communautaire par la mauvaise application de ces arrêts^{Note 8}. Ces justifications officielles ne sont cependant pas les seules. La communication commentée est aussi une réponse de la Commission aux pressions de la France pour la mise en place d'un « Small Business Act » européen, c'est-à-dire une réglementation européenne visant à favoriser les petites et moyennes entreprises dans l'accès aux marchés publics, sur le modèle du texte existant aux États-Unis. Plus qu'une simple clarification des obligations des acheteurs publics, la communication se devait donc de préciser un certain nombre de procédures pour remplir ses objectifs.

5. - Partant, on ne s'étonnera pas qu'elle ait fait l'objet d'un recours de l'Allemagne devant le Tribunal de première instance^{Note 9}, recours soutenu par six autres États membres^{Note 10}. La requérante soutient que la communication interprétative est un cas de législation de fait et que cette situation viole l'équilibre institutionnel entre le Conseil, le Parlement européen et la Commission. Par ailleurs, l'Allemagne estime que le texte viole le principe de sécurité juridique et l'obligation de motivation auxquels est tenue la Commission.

6. - La communication sur les marchés de faible montant a donc une dimension forte par la soumission affirmée des marchés publics aux principes du droit de la concurrence général et à des normes fondamentales propres, et cela même en dehors du champ d'application des directives. Cette soumission conduit la Commission à des interprétations et analyses pour la mise en œuvre concrète de ces principes, ces précisions intéressantes ayant malgré tout un caractère quasi-normatif mal adapté à l'acte atypique qu'est une communication interprétative.

1. La soumission des marchés publics aux principes du droit de la concurrence général

7. - La communication interprétative de la commission rattache le droit des marchés publics au droit de la concurrence, en se fondant pour cela presque uniquement sur les arrêts de la Cour de justice qui l'avaient affirmé avant. Elle fonde ce rattachement sur les principes issus des Traités, ce qui leur donne une portée qui va bien au-delà du seul champ d'application des directives sur les marchés publics.

A. - Les marchés publics sont des marchés économiques soumis aux principes du traité et à des normes fondamentales propres

8. - La Commission insiste sur le fait que les marchés publics constituent des marchés économiques soumis par nature aux principes du Traité, et qu'il convient donc de les réguler. Cela lui permet de mettre en avant leur soumission, en tant que marchés, à des « normes fondamentales »^{Note 11}. Elle se fonde alors sur les analyses de la Cour pour déterminer la consistance de ces principes.

9. - L'analyse de la Commission se fonde sur l'idée que les marchés publics sont une multitude de marchés économiques et que, de ce fait, ils sont soumis aux principes concurrentiels du Traité. Ce point n'est pas détaillé dans la communication, alors que ces marchés ont une originalité par rapport aux autres marchés économiques. Pour ce qui concerne la nature de marchés économiques de ces contrats, les explications sont simples : la passation des marchés publics est bien la rencontre de l'offre et de la demande de deux personnes qui se mettent d'accord pour la réalisation d'une chose ou la vente de celle-ci, ainsi que sur le prix de cette prestation. La nature marchande de la relation ne fait aucun doute, bien qu'elle mérite d'être avancée tant elle n'apparaissait pas comme essentielle dans le cadre de la théorie classique des marchés publics, marquée par la puissance publique ou le service public et son insertion dans la théorie des contrats administratifs.

10. - Cependant, d'ordinaire, deux situations existent : soit les vendeurs vont au-devant des acheteurs^{Note 12} et leur proposent leurs biens et services, soit ce sont à l'inverse les acheteurs qui vont être maître de la concurrence et limiter ou au contraire ouvrir le marché. Dans le cadre des marchés publics, seule cette seconde situation existe officiellement. Si, parfois, la première arrive, les pouvoirs adjudicateurs doivent la plupart du temps mettre en concurrence ensuite en faisant formellement comme s'ils exprimaient un besoin. Par ailleurs, d'ordinaire, le contrat est un mode d'échange de l'offre et de la demande sur un marché plus large ; dans le cadre des marchés publics, il constitue par lui-même un marché et nécessite que la concurrence soit réelle à chaque fois qu'un contrat est conclu.

11. - Ces deux spécificités n'empêchent pas, au contraire, que soient appliqués les principes concurrentiels. La Commission rattache d'abord ses analyses aux « règles et principes du traité CE », reprenant en cela les articles sur lesquels la Cour fonde ses décisions : article 28 CE sur la libre circulation des marchandises, article 43 CE sur la liberté d'établissement, article 49 CE sur la libre prestation de service. Puis, elle enchaîne par les règles fondamentales du traité^{Note 13} spécialement applicables aux marchés publics : non-discrimination et égalité de traitement^{Note 14}, transparence, proportionnalité et reconnaissance mutuelle.

12. - La référence à ces principes dans la communication est dans l'ensemble parfaitement justifiée, non seulement par le fait qu'elle reprend à l'identique les principes tels qu'ils sont exprimés dans les directives « marchés publics » de 2004^{Note 15}, mais aussi par les références explicites qui sont faites à ces principes dans les arrêts cités. La non-discrimination et l'égalité de traitement ont à cet égard une place particulière et apparaissent comme les principes fondateurs du droit des marchés dans l'ensemble des arrêts. Pour ce qui concerne la transparence, la Cour reprend le plus souvent à l'identique le point 62 de l'arrêt *Telaustria* qui en fait une obligation découlant des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination. C'est

tout logiquement que la communication fait une référence expresse au même arrêt^{Note 16}. La transparence apparaît donc comme un principe « corollaire », mais il est pourtant mis spécialement en avant par la communication. D'origine récente, ce principe découlant de l'égalité de traitement a une importance particulière en droit des marchés publics puisque ce droit est construit à travers des procédures de publicité, forme poussée de transparence, même lorsqu'elles ne sont pas suivies de mise en concurrence. La publicité a pour fonction essentielle de créer le marché au sens économique du terme, et a donc en pratique une importance qui ne correspond pas exactement à son statut en tant que « droit fondamental ».

13. - Les deux derniers principes ne sont pas sans soulever des interrogations. Le principe de proportionnalité, aujourd'hui reconnu comme un principe général du droit communautaire, est expressément repris par les directives « marchés publics »^{Note 17}. Cependant, on ne peut que remarquer qu'on ne le trouve à aucun moment dans les motifs des arrêts précités. Pour sa part, la reconnaissance mutuelle semble être un principe auquel on peut logiquement faire allusion, mais il faut remarquer qu'il n'est, lui non plus, utilisé par aucun des arrêts cités par la communication. Ces deux absences pourraient être aisément soulevées contre la Commission pour arguer du caractère créateur de droit de ce texte lors du contentieux devant le TPICE ; il y a là une sorte de modification de base légale.

14. - La liste de ces principes spécifiques n'étonne pas et la Commission est, sauf pour ce qui concerne les deux dernières références, respectueuse de la jurisprudence de la Cour. Le droit français ne peut qu'en être satisfait puisque les principes qu'il reconnaît au plus haut niveau – tant dans l'article 1er-II du Code des marchés publics que dans la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003^{Note 18} – recourent dans l'ensemble les principes communautaires^{Note 19}.

15. - L'importance et la portée de ces normes fondamentales conduisent alors la Commission à tirer les conséquences des arrêts de la Cour et à étendre, en dehors du champ d'application des directives marchés publics, les conséquences de ces principes.

B. - Des principes applicables aux marchés publics même non compris dans les directives « marchés publics »

16. - La Commission européenne a une approche pragmatique du champ d'application qu'elle donne à sa communication. Son premier souci est de montrer que les directives ne couvrent pas un certain nombre de contrats dont la principale – mais pas unique – caractéristique est d'être de faibles montants. Ces derniers doivent cependant parfois – mais pas toujours – être soumis aux normes fondamentales régissant la passation de marchés.

17. - La communication interprétative a pour objectif d'ouvrir les marchés publics aux petites et moyennes entreprises, ainsi qu'aux « jeunes pousses » (les « *start up* »^{Note 20}), c'est en cela qu'elle est une réponse à la demande française d'un « Small Business Act ». La Commission insiste en effet sur le fait que les marchés en dessous des seuils communautaires, c'est-à-dire ceux dont les montants sont individuellement les plus faibles, représentent la grande majorité des marchés publics au sein de l'Union, jusqu'à 90 % de

l'ensemble des marchés dans certains États-membres^{Note 21}. La reconnaissance, par le juge, de principes issus du droit originaire imposant un minimum de transparence et d'égalité de traitement entre les candidats aux marchés publics a conduit la Commission à envisager d'obliger une partie de ces entités adjudicatrices à respecter une série d'exigence ou de procédures découlant directement de l'application de ces principes.

18. - Une partie seulement pourtant, parce que les principes ne sont pas applicables à l'ensemble des contrats dans toute l'Europe. D'abord, ce que la communication appelle les « normes fondamentales régissant la passation des marchés » ne s'appliquent que dans le cadre des définitions de marchés au sens européen^{Note 22}. Si les principes qui sont contenus dans cet ensemble de normes ont des implications bien au-delà des marchés publics, les conséquences en termes de passation des contrats se limitent aux marchés publics.

19. - Ensuite, la question de ces marchés de faible montant se confronte au principe de subsidiarité de l'article 5 CE. Jusqu'à la communication, l'arrêt *Telaustria* et ses suites qui se référaient à la « publicité adéquate » étaient interprétés comme permettant que les marchés de montant tout à fait réduits ne soient pas soumis à des procédures de publicité, tout simplement parce qu'ils ne pouvaient alors être considérés comme pouvant porter atteinte au marché intérieur. Cette approche était notamment expressément exprimée dans l'arrêt *Coname*, repris dans la communication. Cette dernière va pourtant plus loin que l'arrêt lorsqu'elle revient sur la signification de « pertinence pour le marché intérieur » dans son point 1.3 ; mais à notre sens sans faire ici œuvre législative. L'arrêt *Coname* présente en effet l'inapplicabilité des principes comme justifiable par des « circonstances particulières » et il ajoute « telles qu'un enjeu économique réduit ». Lorsque la commission laisse entendre qu'une application *in concreto*, par l'entité adjudicatrice et pour chaque marché doit être opérée, elle ne fait que préciser que le faible prix n'est pas toujours une circonstance particulière. Ainsi, pour ne prendre que cet exemple, un marché de faible montant peut tout à fait intéresser une PME d'un autre État membre dans une ville frontalière. L'entreprise de menuiserie de Kehl am Rhein n'a qu'un pont à traverser pour prester un service à Strasbourg, et en cela, lui refuser l'accès à la publicité pour la raison que le marché est de faible montant est une atteinte – minime, mais qui peut être fréquente – au marché intérieur.

20. - Reste que cette reconnaissance des marchés publics de faibles montants qui rentrent dans le cadre des marchés soumis aux principes fondamentaux de l'achat public ne représente en réalité qu'une toute petite partie des marchés de faible montant des États-membres : à part les marchés d'entités frontalières, les hypothèses sont très peu nombreuses. On est loin de la révolution, même si cela complexifie fortement le droit actuel. En effet, si cette approche paraît juste, elle est clairement source de modifications du droit français.

21. - Cette interprétation des principes rend en effet théoriquement anticonventionnel le seuil des 4 000 euros que fixe le droit des marchés publics français^{Note 23} et en dessous duquel aucune procédure n'est obligatoire^{Note 24}. Si ce seuil est aussi source de réflexion en droit interne, et cela pour les mêmes raisons d'une éventuelle atteinte aux « principes de la commande publique », il faut tout de même remarquer le caractère en pratique presque indispensable de ce seuil dans la gestion quotidienne de leurs

marchés par les collectivités locales.

22. - Ce renforcement de la publicité pourrait cependant, à notre sens, être opposé aux objectifs mêmes des directives : la meilleure concurrence et donc l'amélioration du rapport qualité-prix. Si l'on s'en réfère à la théorie libérale, la recherche de l'optimum économique s'oppose à la multiplication des entraves au marché. Or, pour ces petits marchés, la procédure de publicité a un coût qui peut apparaître comme disproportionné. Ainsi, pour les entreprises d'abord, le coût d'une réponse trop formelle serait un investissement à perte à chaque fois que le marché n'aboutit pas à une réponse favorable pour ce qui les concerne, or ce coût sera inmanquablement répercuté sur les marchés gagnés. Ainsi, les offres augmenteront du coût du traitement des réponses aux marchés antérieurement perdus. Si le formalisme n'est pas trop grand, c'est-à-dire équivalent à celui des personnes privées, alors les prix n'augmenteront pas, sinon, le risque de perte d'efficacité économique est là. Pour les collectivités, le coût de la procédure ne fait en revanche pas de doute et serait à coup sûr inefficace : la publicité formelle dans des journaux locaux de deux côtés de la frontière, l'éventuelle publicité communautaire et la traduction de l'offre qui s'en suit feront certainement plus que doubler le coût de la procédure. C'est à ce point, à notre sens, que la commission ne tire pas toutes les conséquences du « principe de proportionnalité » qu'elle cite pourtant comme « règles et principes du traité CE » et qui impose à n'en pas douter une forme d'efficacité économique du droit communautaire^{Note 25}.

23. - En droit interne, le principe d'efficacité économique, peut être trouvé dans l'objectif « d'efficacité de la commande publique » issue de l'article 1er du Code des marchés publics et que la décision du Conseil constitutionnel fonde sur l'article 14 de la Déclaration de 1789^{Note 26}. Ce premier seuil français de 4 000 euros que remet en cause cette communication est donc à la fois théoriquement justifiable et pratiquement très important, notamment à un moment où le caractère adapté des procédures est entendu d'une manière telle que les procédures sont, quoiqu'il arrive, relativement lourdes^{Note 27}.

24. - La communication interprétative n'implique pas seulement la soumission des marchés de faible montant à des procédures de publicité issues des principes, elle étend ce régime aussi aux marchés de services que les directives de 2004 excluent expressément de leur champ d'application. Ces services, plus connus sous le nom de services de l'annexe IIB^{Note 28}, correspondent à un certain nombre de marchés dont le régime se limite à un avis d'attribution alors même que leurs montants dépassent les seuils communautaires d'application des directives. Ils ne sont donc soumis à aucune procédure de publicité en amont de la passation. Si à l'analyse, la logique des arrêts pourrait conduire la Cour à imposer ces formalités minimums de publicité aux marchés de service listés à cette annexe, aucun arrêt de la Cour ne l'impose expressément. Présenter cela comme une obligation de droit positif, ce que fait la commission, est à notre sens abusif en l'état du droit jurisprudentiel. D'ailleurs, n'est-ce pas justement le rôle du législateur européen de préciser les limites de l'application des principes comme il le fait par cette liste ? Et si l'interprétation de la commission était la bonne, pourquoi les marchés de la défense, ou les marchés exclus des procédures de publicité par les articles 12 à 19 de la directive 2004/18 ne seraient pas ajoutés à la liste des marchés soumis à publicité et donc au champ d'application de cette communication^{Note 29} ? La justification de ce point du texte commenté nous semble bien insuffisante.

25. - Enfin, le champ d'application de cette communication n'est pas sans étonner pour ce qui concerne la place des concessions. La troisième note de bas de page de la communication les exclut de son analyse – tout en rappelant qu'elles « constituent un troisième groupe de contrats non visés ou partiellement visés par les directives » – pour la raison qu'ils « seront inclus dans le suivi du livre vert sur les partenariats public-privé ». La réalité est que les concessions ont déjà fait l'objet de deux communications interprétatives spécifiques^{Note 30} qui renvoient principalement au droit des marchés publics. Il semble que le classement des concessions dans la typologie des actes ne soit encore pas clair : forme de marché, forme de partenariat public-privé ou acte de service public ? La commission n'a pas encore fait son choix. Preuve en est que le point 1.2 estime que les normes fondamentales régissant la passation des marchés « sont applicables aux concessions de service (...) ». De plus, les arrêts *Telaustria*, *Parking Brixen* et *ANAV* portent sur des contrats de concession. L'exclusion de ces contrats du champ de la communication semble donc inadaptée et mal justifiée.

2. Précisions sur les conséquences pratiques de l'application des principes aux marchés publics

26. - Comme la communication le rappelle en faisant référence aux arrêts *Telaustria* et *Parking Brixen*, auquel depuis on peut ajouter l'arrêt *ANAV*^{Note 31}, « les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination impliquent une obligation de transparence qui consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ». L'arrêt *Coname* pour sa part insistant sur la nécessité d'une information des entreprises potentiellement intéressées afin de les mettre « en mesure de manifester leur intérêt ».

27. - Ces différentes « normes fondamentales régissant la passation des marchés » posent essentiellement des problèmes de mise en œuvre. C'est leur imprécision intrinsèque qui a officiellement conduit la Commission à prendre cette communication interprétative. La seconde partie de celle-ci a donc pour objet de rassurer les entités adjudicatrices et les opérateurs économiques dans l'application de ces principes et d'insister sur la nécessité de recours à même d'en garantir le respect.

A. - Publicité et attribution du marché : trop de précisions

28. - La communication interprétative du 23 juin 2006 apporte des précisions sur ce que les parties aux marchés publics non compris dans le champ d'application des directives doivent respecter comme procédures de passation et d'attribution afin d'être en accord avec les « normes fondamentales régissant la passation des marchés ». Cette communication est sur ce point moyennement convaincante, notamment parce qu'elle va parfois trop loin dans la précision et outrepassa son caractère interprétatif.

29. - Les requérants qui contestent la communication devant le Tribunal de première instance estiment que ce texte a le caractère d'une législation de fait en ce qu'il ajoute au droit positif. La Commission s'attend à cette critique et présente ce texte comme un « guide des bonnes pratiques » issu de son interprétation de la jurisprudence de la Cour. Le problème est que sa présentation n'est pas sans étonner : est-il normal de mettre en œuvre des « normes fondamentales » par un simple « guide des bonnes

pratiques » ? N'y a-t-il pas là un hiatus de vocabulaire qui montre la position désagréable de la Commission : elle se sert du rôle créateur de droit de la Cour pour donner à son interprétation d'un ensemble d'arrêts une valeur normative, tout en affirmant ne pas « introduire de nouvelles règles législatives ». Cette communication ne se différencie pas tellement sur ce point des autres, c'est en réalité cette catégorie « d'actes atypiques » qui contient une forme de difficulté intrinsèque^{Note 32}.

30. - Au fond, cette communication apporte en effet des éléments dont on peut, à notre sens, estimer qu'ils sont « créateurs de droit ». Le point 2.1.2 de la communication en contient notamment certains.

31. - D'abord, la volonté de mettre en place une publicité adaptée au nombre de candidats potentiels paraît logique. Son application particulière aux marchés de services dits de l'annexe II-B nous semble créatrice de droit puisque, justement, la directive limite leur publicité à un avis d'attribution, c'est-à-dire un simple avis postérieur à la conclusion du contrat^{Note 33}. La communication est sur ce point assez nettement *contra legem*.

32. - Ensuite, l'un des principaux éléments tendancieux de la communication porte sur les formes de publicité. En effet, « la commission estime que la pratique consistant à prendre contact avec un certain nombre de soumissionnaires potentiels n'est pas suffisante » pour permettre aux personnes intéressées de manifester leur intérêt. Par cette phrase, la Commission condamne par principe toute publicité « fermée », c'est-à-dire limitée par l'entité adjudicatrice : par exemple un envoi de lettre aux personnes qu'elle estime pouvoir répondre au marché. Cette condamnation de principe est étonnante si l'on veut bien considérer que nombre d'entreprises privées, dont l'objectif est aussi le meilleur achat, l'emploient régulièrement. On comprend bien sûr l'intérêt de la publicité ouverte pour développer l'accès au marché à de nouveaux entrants, de même d'ailleurs que l'intérêt de cette mesure comme preuve de la mise en concurrence en cas de litige. Cependant, l'affirmation péremptoire de « l'insuffisance » des pratiques fermées nous paraît excessive.

33. - Par ailleurs, obliger à une publicité ouverte, mais permettre dans le même temps de restreindre unilatéralement la possibilité de rendre une offre – comme dans un appel d'offres restreint – ne semble pas dénué d'incohérence, or c'est ce que prévoit la communication^{Note 34}. Certes, on nous objectera que la limitation des soumissionnaires doit être transparente et non discriminatoire, mais la possibilité de recourir à un tirage au sort pour restreindre ce nombre ou à une liste restreinte préalablement limitée par une autre procédure^{Note 35} rend l'objection au mieux complexe, au pire fallacieuse.

34. - Cependant, il ne faut pas exagérer les libertés de la Commission. On pourrait être tenté de reprocher à la communication d'étendre parfois des éléments propres aux directives « marchés publics » à ces cas qui en sont expressément exclus. Cela les rend-ils illégaux ? Pas nécessairement, il faudrait pour cela que les directives puissent être interprétées *a contrario*, ce qui n'est pas le cas. Les directives sont en effet elles aussi la formalisation des principes communautaires de la commande publique, et en ce sens, les procédures qu'elles imposent sont parfois applicables à tous les marchés. Ainsi, l'interdiction de se référer à une seule marque ou à un brevet particulier dans les critères d'attribution, l'extension des publicités par

tout moyen électronique, officiels ou non, y compris les moyens retenus dans le cadre des marchés soumis aux directives, la fixation des éléments essentiels de la publicité ou l'impartialité des procédures d'adjudication sont-ils logiques.

35. - Reste que, toute incitative et non contraignante que soit cette communication, elle développe fortement les contraintes sur des acheteurs qui ne sont pas soumis aux directives elles-mêmes, et ce jusqu'à un point qui frise celui de la soumission aux directives. Sans en exagérer la portée, on peut résumer cette communication en disant qu'elle incite les entités adjudicatrices non soumises aux directives à les respecter sur l'essentiel. En soi, cette situation n'est pas attaquable. Cependant, la précision des directives marchés publics est telle qu'on peut dire que cette communication « lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens^{Note 36} » ce qui normalement est la définition d'une directive. Le Tribunal de première instance remettra-t-il de l'ordre dans les actes communautaires à cette occasion ?

B. - Le développement de procédures juridictionnelles propres à assurer la garantie des principes

36. - Les derniers paragraphes de la communication sont regroupés sous le titre de « protection judiciaire », sous entendu protection judiciaire des principes et de leur caractère effectif. Le droit des marchés publics communautaire avait déjà fait le constat de cette nécessité et avait donc pris en 1989 et 1992 des directives^{Note 37} imposant des recours effectifs contre les cas de non-respect des directives marchés publics.

37. - Or, comme le note la communication interprétative, ces directives « recours » ne s'appliquent que dans le cadre des directives « marchés publics », ce qui la conduit à distinguer entre différentes hypothèses : d'abord, les marchés publics de l'annexe II B qui, compris dans les directives mêmes si elles ne sont soumises qu'à une publicité minimum et postérieure à l'attribution du marché, rentrent dans le champ d'application des directives recours. Ensuite, les marchés de faible montant qui, eux ne sont pas soumis aux directives recours.

38. - Pour ce qui est des marchés de l'annexe II B – auxquels il faut ajouter les concessions de travaux et les concessions de service public^{Note 38} – elles sont donc soumises aux directives recours qui sont en cours de refonte actuellement. La proposition aujourd'hui disponible^{Note 39} vise à étendre les recours précontractuels, sur le modèle de ce que la France avait mis en place avec les fameux référés précontractuels des articles L 551-1 et L 551-2 du Code de justice administrative. Elle était alors allée plus loin que ce que requéraient les directives antérieures. En l'état du projet, notre pays n'aurait pour ainsi dire presque aucune modification à apporter à son droit, si l'on excepte le caractère suspensif du recours précontractuel et des autres recours juridictionnel, prévu dans le projet de directive et qui n'est pas automatiquement attaché aux procédures internes actuelles.

39. - Les marchés de faible montant posent une question plus importante : doit-on tirer de l'obligation de recours effectif une véritable protection spécifique pour les marchés non soumis aux directives recours ?

C'est ce que laisse entendre la communication commentée, en se référant aussi aux principes généraux de droit qui découlent des traditions communes des États-membres. Pour être plus précis, la communication en tire des conséquences qui sont respectées par le droit français dès maintenant. La première obligation qui découle de la nécessité d'un recours effectif est l'existence de recours interne. Or, on le sait, les articles L. 551-1 et 2 ont un champ d'application très large. Ils ont en effet peu à peu été étendu à tous les marchés publics internes, y compris donc en dessous des seuils, aux contrats de partenariats, aux baux emphytéotiques hospitaliers et même aux délégations de service public, en faisant un recours applicable à presque toute la commande publique. Par ailleurs, la très large ouverture du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables des contrats, voire contre leurs clauses réglementaires, ne laisse pas de doute sur le respect de recours contre le contrat. La deuxième obligation est la motivation des actes de refus, soit dans l'acte, soit par une explication postérieure, et là encore, la loi l'impose parfois, et le code des marchés publics ajoute lui-même à ces obligations. Une généralisation devra toutefois être envisagée.

40. - La Commission a-t-elle dépassé ses prérogatives en introduisant des dispositions normatives dans cette communication ? À notre sens, oui. Cependant, sur bien des points, ces « interprétations » sont des pistes de réflexion pour l'évolution du droit communautaire des marchés publics et on ne peut douter qu'une partie d'entre-elles se retrouveront dans les directives « recours » ou dans des modifications des directives « marchés » dans les années à venir.

Notes de bas de page

Note 1 *Comm. CE, communication, 23 juin 2006 : JOUE n° C 179, 1er août 2006, p. 2.* Ce terme est abusif comme on le verra dans les développements qui suivent à propos de la détermination des contrats visés par la communication.

Note 2 Il s'agit aujourd'hui de la troisième génération de directives : *PE et Cons. UE, dir. 2004/17/CE, 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux : JOUE n° L 134, 30 avr. 2004, p. 1 et s.* et *PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services : JOUE n° L 134, 30 avr. 2007 p. 114 et s.*

Note 3 Les « concessions de travaux » au sens européen incluent les « concessions de travaux et service public » internes (qui représentent la majorité des concessions françaises), alors qu'en droit interne ces contrats sont soumis au régime des « délégations de service public » et non au régime du code des marchés publics, sauf à ce que leur financement ne soit pas fonction des résultats d'exploitation du service, auquel cas elles deviennent alors des marchés publics au sens interne. Par ailleurs, les « concessions de services », nouvelle qualification issue des directives de 2004 ne sont soumises à aucune procédures de passation par lesdites directives.

Note 4 Les « partenariats publics privés » ne sont pas une catégorie juridique. On regroupe habituellement sous ce vocable au moins les « contrats de partenariats » de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 auxquels on ajoute les contrats de partenariats spéciaux en matière de justice, de sécurité intérieure ou pour les hôpitaux, Cf. *P. Delvolvé, Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique :*

RDI 2003, pp. 481-493 ; Sécurité intérieure, justice et contrats publics : confirmations et infléchissements : BJCP 2002, p. 418.

Note 5 Année de l'arrêt *CJCE*, 7 déc. 2000, *aff. C-324/98, Telaustria Verlags GmbH : Rec. CJCE 2000, I, p. 10745*, suivi de *CJCE*, 3 déc. 2001, *aff. C-59/00, Bent Moustén Vestergaard : Rec. CJCE 2001, I, p. 9505* et de *CJCE*, 12 déc. 2002, *aff. C-470/99, Universale Bau AG : Rec. CJCE 2002, I, p. 11617*.

Note 6 Année de clarification du régime par 4 affaires : *CJCE*, 21 juill. 2005, *aff. C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname)*. – *CJCE*, 13 oct. 2005, *aff. C-458/03, Parking Brixen*. – *CJCE*, 20 oct. 2005, *aff. C-264/03, Commission c/ France*. – *CJCE*, 27 oct. 2005, *aff. C-234/03, Contse SA* et, grâce à ses conclusions, par l'affaire pourtant radiée *CJCE*, 21 avr. 2005, *aff. C-174/03 Impresa Portuale di Cagliari*.

Note 7 Aux huit arrêts cités dans la communication elle-même, il faut ajouter l'arrêt *CJCE*, 6 avr. 2006, *aff. C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c/ Comune di Bari*, qui va dans le sens de l'arrêt *Parking Brixen*, précité.

Note 8 Ces éléments à l'origine de la communication sont avancés par la Commission dans une FAQ (frequently asked questions) sur son site Internet, en anglais uniquement.

Note 9 Il s'agit d'un recours introduit le 12 décembre 2006 : *aff. T-258/06, Allemagne c/ Commission : JOUE n° C 294, 2 déc. 2006, p. 107*.

Note 10 L'Autriche, la Finlande, La France, la Grèce, la République Tchèque et le Royaume-Uni. Par ailleurs, le Parlement européen se réserve la possibilité d'intervenir dans l'avenir dans le contentieux.

Note 11 C'est le terme employé au point 1.2 de la communication.

Note 12 Les termes de vendeurs et acheteurs sont abusifs dans la mesure où les marchés publics sont autant des ventes que des contrats d'entreprise, ils sont ici utilisés comme noms génériques.

Note 13 Terme utilisé notamment au point 60 de l'arrêt *Telaustria*. L'arrêt *Coname* utilise pour sa part le terme de « libertés fondamentales prévues par le traité » (*pt 16*).

Note 14 Dont on sait que la Cour estime qu'ils sont issus des articles 43 et 49 CE (*CJCE*, 10 mars 1993, *aff. C-111/91, Commission c/ Luxembourg : Rec. CJCE 1993, I, p. 817, pt 17*). Les conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 21 avril 2005 dans l'affaire *Impresa Portuale du Cagliari Srl*, (*aff. C-174/03*), précisent, comme le fait l'arrêt *Telaustria*, que c'est essentiellement la non-discrimination en raison de la nationalité qui est visée.

Note 15 *PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE* « secteurs classiques », *consid. 2* : « La passation de marchés conclus dans les États membres [...] doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. » et *PE et Cons. UE, dir. 2004/17/CE* « secteurs spéciaux » *consid. 9* : « à savoir le principe d'égalité de traitement, dont le principe de non-discrimination n'est qu'une expression particulière, le principe de reconnaissance mutuelle, le principe de

proportionnalité, ainsi que le principe de transparence. »

Note 16 *Communication*, pt 2.1.1.

Note 17 *Dir. 2004/17/CE, consid. 9. – Dir. 2004/18/CE, consid. 2.*

Note 18 *Cons. const., déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.*

Note 19 Cf. *G. Kalflèche, Des marchés publics à la commande publique, l'évolution du droit des marchés publics : Thèse, Paris II, dactyl. 2004.*

Note 20 On notera une défense de la langue française digne de celle de la province du Québec.

Note 21 Cf. le communiqué de presse de la Commission à l'occasion de la publication de la communication.

Note 22 *Dir. 2004/18/CE, art. 1er, 2 a), 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services* : « Les « marchés publics » sont 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 au sens de la présente directive. ». La directive n° 2004/17/CE qui concerne les secteurs économiques en réseaux a une définition légèrement différente dans la forme, mais dont la différence au fond est l'utilisation du critère organique de « l'entité adjudicatrice » et non du « pouvoir adjudicateur », notion plus large car comprenant plus de personnes privées.

Note 23 Seuil issu d'un décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'État et des collectivités territoriales, que l'on retrouve aujourd'hui aux articles 11, 28, 40, 81, 146 et 150 du Code des marchés publics de 2006

Note 24 On remarquera que tous les pays européens ont un seuil en dessous duquel aucun formalisme n'est exigé. À cet égard, la communication interprétative commentée conduirait à modifier bien plus que notre droit national. Ces seuils nationaux prennent en compte le nombre d'entités adjudicatrices, à titre d'indication, il y en a plus de 120 000 en France et 25 000 en Allemagne.

Note 25 La définition donnée par le point 21 de l'arrêt *CJCE, 11 juill. 1989, aff. 265/87, Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG c/ Hauptzollamt Gronau, dit Schröder* : *Rec. CJCE 1989, p. 2237* montre cette interprétation : « [en application du principe de proportionnalité] lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés. ». Point repris ensuite dans *TPICE, 19 juin 1997, aff. T-260/94, Air Inter SA c/ Commission des Communautés européennes* : *Rec. CJCE 1997, II, p. 997, pt 144.*

Note 26 *Cons. const., déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, précitée, spéc. consid. 10 et 18.*

Note 27 On fait ici référence à l'affaire du « Louvre II », *CE, 7 oct. 2005, n° 278732, Région Nord-Pas-*

de-Calais : Juris-Data n° 2005-068985.

Note 28 La liste des services en question se trouve en effet à l'article II B de la directive n° 2004/18/CE et à l'annexe XVII B de la directive n° 2004/17/CE.

Note 29 Le Conseil économique et social français a rendu un avis sur « l'impact économique de la défense » dans sa séance des 27 et 28 mars 2007 qui présente les marchés publics de la défense comme essentiels à l'activité économique de la Nation. La santé financière de 12 000 entreprises dépendrait de ceux-ci.

Note 30 D'abord la communication interprétative du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, ensuite la communication du 15 novembre 2005 concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions le (*COM 2005, 569 final*).

Note 31 *Telaustria, pt 61 et 62 ; Parking Brixen, pt 49 ; Anav, pt 21.*

Note 32 Sur ce thème, V. S. Lefevre, *Les actes communautaires atypiques : Bruylant 2006, 552 p.* – M. Melchior, *Les communications de la Commission des Communautés européennes, contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités, Mél. F. Dehousse, p. 243-258.* – D. Dero-Bugny, *Actes communautaires atypiques : J.-Cl. Europe Traité, Fasc. 194, spéc. n° 35 et s.*

Note 33 L'article 21 de la directive 2004/18 limite ces marchés de service de l'annexe II B au respect de la nomenclature et à cette procédure d'avis d'attribution précisé à son article 35-4°, et encore cette publication peut-elle être refusée par le pouvoir adjudicateur.

Note 34 Le point 2.2.2 de la communication s'intitule d'ailleurs « limitation du nombre de candidats invités à soumissionner ».

Note 35 Il y a dans cette possibilité aussi quasiment une création : ce n'est ni plus ni moins que l'extension, en dessous des seuils et en dehors du champ d'application des directives, de la procédure de l'accord-cadre des directives et, aujourd'hui, du Code des marchés publics français.

Note 36 On aura reconnu le 3e alinéa de l'article 249 CE qui définit la directive.

Note 37 *Cons. UE, dir. 89/665/CEE, 21 déc. 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, 30 déc. 1989, p. 33 et Cons. UE, dir. 92/13/CE, 25 févr. 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, 23 mars 1992, p. 14.*

Note 38 Les concessions de service public sont définies dans les directives de 2004 et officiellement exclues de toute procédure de publicité et mise en concurrence. Il n'en reste pas moins qu'elles sont, à notre sens, rentrées dans le champ d'application des directives et, partant, soumises aux directives « recours ».

Note 39 PE et Cons. UE, proposition de directive modifiant les dir. 89/665/CEE et n° 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, E3144 – COM (2006) 195 final, 4 mai 2006.