

REGARDS CROISES

Cet ouvrage a été réalisé, avec le soutien de la Fondation Paris-Saclay, dans le cadre de la Chaire Achat public. Les opinions exprimées dans cet ouvrage reflètent uniquement celles de leur auteur. Toute reproduction totale ou partielle soumise à autorisation.

Clause de non-responsabilité : les opinions exprimées dans cet article sont uniquement celles de l'auteur et ne sauraient engager la responsabilité de la Commission européenne ou de ses services

Abílio PEREIRA

Commission européenne

Direction générale du marché intérieur, de l'industrie, de l'entrepreneuriat et des PME

Droit européen de la commande publique

La France, un bon élève ?

Depuis son apparition dans les années 70 du siècle dernier, sous une forme encore embryonnaire, jusqu'à la dernière génération de directives de 2014¹, la plus complète et la première à prétendre couvrir l'intégralité de la commande publique y compris la totalité des contrats de concession, la transposition et l'application du droit européen des marchés publics n'a pas manqué d'être un défi pour tous les États membres de l'Union européenne. En effet, la transposition en droit national des différentes générations de directives « marchés publics » a obligé les législateurs nationaux à un exercice, pas toujours évident, de coordination entre les obligations résultant du droit européen et des textes nationaux très souvent déjà anciens et consolidant des principes et des règles bien ancrés dans la pratique et les habitudes des acteurs de la commande publique de chaque État membre.

À cet égard, ce ne sont pas nécessairement les États membres qui possédaient le moins d'expérience et de tradition dans ce secteur du droit administratif qui ont dû affronter les plus grandes difficultés. Certes, certains de ces pays n'avaient que des législations récentes et parfois sommaires en matière de commande publique, ne connaissaient pas ou peu une jurisprudence développée, un corpus doctrinal solide ou des pratiques établies, mais ils avaient pourtant l'avantage de partir d'une page en blanc ou, tout au moins, d'une page encore partiellement à remplir. Ils pouvaient donc intégrer plus facilement les directives européennes et créer, autour de ce noyau central de règles², un système national complet et cohérent.

¹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

² Car il ne faut pas oublier que le droit européen des marchés publics ne traite pas de tous les domaines de la commande publique mais uniquement de ceux considérés essentiels pour mettre en œuvre le marché intérieur et garantir ainsi la libre prestation de services et la liberté d'établissement dans l'accès à la commande publique de chaque État membre. À titre d'exemple, des domaines tels que la prise de décisions par les pouvoirs

La situation était différente pour les États membres qui avaient une longue tradition législative, réglementaire, jurisprudentielle et doctrinale dans le secteur de la commande publique, accompagnée d'une pratique ancienne et bien consolidée. La France était, bien sûr, dans ce cas et elle pourrait même en être un des meilleurs exemples de par son rôle pionnier dans le droit des marchés publics. Certes, cela était un avantage, d'autant plus que les directives européennes ont été largement inspirées, dès leur début, du droit français de la commande publique. Toutefois, cette influence ne manquait pas de soulever ses propres problèmes lorsqu'il s'agissait d'intégrer les directives européennes dans le droit français.

En effet, bien qu'influencé par le droit français, le droit européen de la commande publique se voulait un droit transnational applicable et transposable dans tous les États membres. Pour cela, il s'est construit comme un droit de coordination « minimaliste », ignorant certaines particularités nationales et créant un nombre limité mais strict d'obligations. Or, ce caractère « générique » des directives européennes a fini par créer, sans que cela soit, bien sûr, son but, des tensions surtout avec les droits nationaux de la commande publique les plus « développés », tel le droit français.

Deux exemples pour illustrer ce constat : les marchés de définition et les conventions/concessions d'aménagement.

Concernant les marchés de définition³, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé⁴, après avoir confirmé que les États membres n'avaient plus la liberté d'adopter des procédures de passation autres que celles énumérées par les directives, que cette procédure, dans la mesure où elle permettait à un pouvoir adjudicateur d'attribuer un marché d'exécution à l'un des titulaires des marchés de définition initiaux avec une mise en concurrence limitée à ces titulaires, n'était pas compatible avec le droit européen de la commande publique⁵.

Pour ce qui est des conventions d'aménagement⁶, la législation française permettait, avant 2005, l'attribution directe de ces contrats sans publicité ni mise en concurrence préalables. Cette situation était justifiée par le fait que ces conventions n'étaient pas des marchés publics au sens du code des marchés publics et qu'elles ne correspondaient pas non plus à des délégations de service public au sens de la loi Sapin du 29 janvier 1993. Elles étaient donc des contrats publics *sui generis*. Cette position entraînait toutefois en conflit avec les définitions

adjudicateurs ou la définition du besoin à satisfaire ne sont pas traités par les directives européennes et relèvent, en principe, exclusivement du droit national.

³ Pour rappel, les marchés de définition étaient une procédure particulière qui permettait aux pouvoirs adjudicateurs qui n'étaient 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* » (article 73, 1^{er} tiret, du code des marchés publics tel qu'adopté par le décret n° 2006/975, du 1^{er} août 2006) d'attribuer, dans le cadre d'une procédure unique, aussi bien un certain nombre de marchés ayant pour « *objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur* » (article 73, 2^{ème} tiret), c'est-à-dire les marchés de définition proprement dits, qu'un marché d'exécution ultérieur « *après remise en concurrence des seuls titulaires des marchés de définition* » (article 73, 3^{ème} tiret).

⁴ Arrêt du 10 décembre 2009 dans l'affaire C-299/08 « Commission/France » (Recueil de la jurisprudence, 2009 p. I – 11587).

⁵ Plus précisément, avec les articles 2 et 28 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, alors en vigueur.

⁶ Les conventions/concessions d'aménagement sont les contrats par lesquels les pouvoirs adjudicateurs attribuent aux opérateurs économiques la réalisation des opérations d'aménagement prévues par le code de l'urbanisme.

du droit européen de la commande publique qui ne conçoit que deux types de contrats, à savoir les marchés publics *stricto sensu* et les concessions, et qui classe tout contrat de la commande publique dans l'une de ces deux catégories. Ayant pris conscience de cette incompatibilité (identifiée, par ailleurs, par la jurisprudence des tribunaux français eux-mêmes), le législateur français a finalement modifié le régime des conventions d'aménagement (devenues concessions d'aménagement) en soumettant leur attribution au droit commun de la commande publique (c'est-à-dire, selon les caractéristiques de la « concession » en question, soit au régime d'attribution des marchés publics, soit au régime d'attribution des concessions).

Ces deux exemples (il en existe d'autres) sont bien représentatifs des tensions, certes non substantielles mais néanmoins réelles, qu'a connues la relation entre les droits français et européen de la commande publique. Ces tensions ont vu le jour essentiellement entre 1990 et 2010 et font aujourd'hui partie de l'histoire. En effet, le droit français de la commande publique a connu tout au long de cette période une évolution qui l'a conduit à une convergence progressive avec les directives européennes⁷.

De ce qui précède, il est possible de conclure à l'inexistence de problèmes majeurs actuellement reconnus de compatibilité entre le droit français et le droit européen de la commande publique⁸.

Si le cadre légal français de la commande publique semble globalement compatible avec les directives européennes, encore faudrait-il vérifier si la pratique des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices français lors des procédures de passation mérite la même évaluation.

À cet égard, il faut rappeler que la Commission européenne exerce les pouvoirs qui lui ont été attribués par les traités européens (traité sur l'Union européenne⁹ et traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁰) et qui incluent, notamment, la charge de veiller à la bonne application de ceux-ci et du droit dérivé adopté en vue de leur mise en œuvre et dont font partie les directives de la commande publique.

Dans l'exercice de cette fonction, la Commission instruit les plaintes qu'elle reçoit et peut ouvrir une procédure d'infraction contre un État membre si elle estime une plainte fondée¹¹.

⁷ Cette convergence s'est faite dans les deux sens: le droit européen a également accueilli des solutions qui étaient déjà courantes dans la pratique et le droit français de la commande publique. Ainsi, les directives de 2014 ont prévu des dispositions sur l'allotissement qui, sans aller aussi loin que celles déjà prévues par le droit français, s'inscrivent dans la même ligne (article 46 de la directive 2014/24/UE). Un autre exemple est la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'examiner, dans le cadre de procédures ouvertes, les offres avant de vérifier l'absence de motifs d'exclusion et le respect des critères de sélection. Une telle pratique était déjà courante en France, bien avant que le droit européen l'ait expressément prévue à l'article 56 de la directive 2014/24/UE.

⁸ Cette conclusion ne préjuge pas, bien sûr, de l'avenir : une incompatibilité, inaperçue jusqu'à ce jour, peut toujours résulter d'une nouvelle plainte ou d'un nouveau dossier et une modification législative peut toujours être à l'origine d'une nouvelle incompatibilité. De même, nous ne nous attardons pas sur d'éventuelles incompatibilités mineures.

⁹ Article 17

¹⁰ Articles 258 et 260

¹¹ Il semble utile de préciser que la Commission jouit d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour décider d'entamer ou non, et à quel moment, une procédure d'infraction contre un État membre et de porter ou non, et à quel moment, une affaire devant la Cour de justice de l'Union européenne.

La Commission peut également ouvrir une telle procédure de sa propre initiative (cas décelés d'office).

La Commission est ainsi régulièrement saisie de plaintes (présentées essentiellement par des opérateurs économiques mais parfois aussi par des associations, groupes de citoyens ou même par des citoyens à titre individuel) qui estiment que le droit européen de la commande publique (et, en particulier, les directives correspondantes) a été violé. Ces plaintes concernent le plus souvent des situations qui ont eu lieu dans le cadre de la passation d'un marché ou d'une concession spécifiques (par exemple, le plaignant estime que le pouvoir adjudicateur a imposé des critères de sélection discriminatoires ou disproportionnés). Mais elles peuvent, plus rarement, concerner, non pas une passation spécifique de marché, mais une éventuelle incompatibilité de la législation nationale avec le droit européen (par exemple, le plaignant considère qu'une législation nationale permet le recours à l'attribution directe d'un marché dans des conditions qui iraient au-delà des situations dans lesquelles les directives européennes permettent le recours à cette procédure). Dans le premier cas, on parle de cas de « mauvaise application » du droit européen, alors que dans le deuxième il s'agit d'un cas de « non-conformité » du droit national au droit européen.

Cette distinction est pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer les performances françaises en termes d'application du droit européen de la commande publique. En effet, alors que dans la large majorité des États membres l'essentiel des plaintes et des cas décelés d'office concernent des dossiers de « mauvaise application », le « contentieux » français (c'est-à-dire, l'ensemble des cas ouverts par la Commission contre la France en raison d'une éventuelle violation du droit européen, soit à l'issue d'une plainte, soit de sa propre initiative) s'est toujours caractérisé par une majorité de cas de « non-conformité ».

Or, ce constat rejoint ce qui a été dit ci-dessus sur les problèmes de transposition des directives européennes en droit national que la France a connus par le passé mais qui semblent aujourd'hui dépassés : la progressive « normalisation » des rapports entre le droit européen et le droit national a fait disparaître ce qui était l'origine principale des incompatibilités entre les deux droits et a, partant, tarit la source de ces cas. La quasi-disparition des dossiers de « non-conformité » n'ayant pas été suivie par une augmentation des cas de « mauvaise application », le nombre de dossiers en cours entre la Commission et la France pour violation éventuelle du droit européen de la commande publique est devenu extrêmement réduit depuis plus d'une dizaine d'années. Cette conclusion demeure valable que l'on compare le nombre de dossiers en cours contre la France à celui relatif à d'autres États membres de dimension comparable (dits « grands » États membres) ou que l'on élargisse cette comparaison à tous les États membres (y compris les « petits » et « moyens » États membres).

Ce bilan doit, bien sûr, être placé dans son contexte : il ne s'agit pas d'évaluer le fonctionnement de l'achat public français¹², ni même d'attribuer un satisfecit à l'application du droit européen de la commande publique en France (ce qui impliquerait probablement la prise en compte de beaucoup d'autres éléments), mais uniquement de conclure, sur base de données très ciblées (l'évolution du nombre de plaintes reçues et de dossiers ouverts¹³), que

¹² Tâche qui dépasse largement les compétences de l'auteur et les objectifs de ce texte.

¹³ La question du nombre réduit de plaintes reçues par la Commission relatives à la France peut, d'ailleurs, s'expliquer pour plusieurs raisons telles que l'accès facile et gratuit aux instances de recours ou le manque de

la France apparaît dans une situation plutôt favorable par rapport au droit européen de la commande publique: un État membre qui ne connaît pas actuellement des problèmes structurels de compatibilité avec les directives européennes et qui est à l'origine d'un nombre très réduit de dossiers de plainte ou d'infraction.

tradition culturelle de porter de façon systématique les contentieux nationaux « à Bruxelles » (contrairement à d'autres États membres où les opérateurs économiques ou leurs représentants présentent très souvent une plainte à la Commission européenne en même temps qu'ils se pourvoient devant les instances de recours nationales).