

# PARLEMENT EUROPÉEN

2004



2009

---

*Commission des affaires juridiques*

21.12.2006

## **DOCUMENT DE TRAVAIL**

Problèmes spécifiques dans la transposition et l'application de la législation des marchés publics et les rapports de cette dernière avec l'agenda de Lisbonne

Commission des affaires juridiques

Rapporteur: Alain Lipietz

## **I. Préambule**

La législation relative à la passation des marchés publics revêt un grand intérêt pour l'économie de l'Union européenne. C'est pour cela que l'Agenda de Lisbonne sur la croissance de l'UE mentionne aussi les marchés publics en tant que moyen de développement.

Le présent document de travail décrit en premier lieu le cadre juridique du nouvel éventail normatif réglementant la passation des marchés publics. En deuxième lieu, il analyse ses faiblesses. Enfin, il propose d'éventuelles solutions, notamment par rapport aux défis actuels et futurs.

## **II. Cadre juridique**

Le 31 mars 2004, le Parlement et le Conseil ont adopté deux directives :

**2004/17/CE sur l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux ;  
2004/18/CE sur les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures publiques et les marchés de services publics.**

La directive 2004/18/CE est la directive «traditionnelle» ; par contre la directive 2004/17/CE concerne les «secteurs spéciaux». Ces deux directives poursuivent trois objectifs : la modernisation, la simplification et l'assouplissement du cadre légal existant.

## **III. Marchés au-dessous des seuils -critiques et remèdes-**

Le recours aux marchés publics en-dessous des seuils établis par les directives rend opportune l'apport de certains éléments interprétatifs, à la lumière de la jurisprudence de la Cour la plus récente.

En particulier, elle a postulé que "les marchés publics d'une faible valeur, ne sont pas exclus du champ d'application du droit communautaire"<sup>1</sup>.

En effet, en d'autres occasions, le juge communautaire avait souligné la nécessité de respecter le principe de transparence par rapport aux marchés publics qui ne rentrent pas expressément dans la sphère d'application des directives concernées<sup>2</sup>.

Il en découle que les marchés en-dessous des seuils sont soumis aux principes généraux du Traité afin de consentir à toutes les entreprises communautaires de passer des contrats sans aucune discrimination sur la base de la nationalité.

Néanmoins, l'application de l'obligation de transparence semble encore créer des problèmes,

---

<sup>1</sup> Ordonnance de la Cour de justice du 3 décembre 2001 dans l'affaire C-59/00, para 19.

<sup>2</sup> "Nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les 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". Arrêt du 7 décembre 2000 dans l'affaire C-324/98 *Teleaustria v. Post & Telekom Austria* [2000] Rec.I-10745, para 60

puisque les pouvoirs adjudicateurs continuent à attribuer ces marchés sans aucune mise en concurrence. C'est la raison pour laquelle, que la Commission européenne a publié, en juillet 2006, une communication interprétative visant à offrir aux pouvoirs adjudicateurs des indications<sup>1</sup>.

Cette formalisation par écrit de la jurisprudence de la Cour aide les pouvoirs adjudicateurs à se conformer aux obligations de transparence en matière de marchés publics. Toutefois, une communication, qui est un acte de *soft law*, n'est pas formellement contraignante pour les Etats membres et, par conséquent, ne peut créer d'obligations. De surcroît, elle n'est pas annulable, conformément à la procédure de l'article 230 CE.

Par conséquent, il serait plus opportun d'opter pour une initiative législative afin de définir plus en détail les obligations dérivant de ce type de contrat.

S'agissant de marchés de faible valeur monétaire (qui représentent toutefois la grande majorité des marchés publics dans l'UE), il faudrait éviter de faire peser sur les autorités publiques des coûts de mise en adjudication extrêmement élevés, en tenant compte, toutefois, des exigences d'une publicité adéquate.

En conclusion, étant donné la pertinence du sujet qui touche profondément au bon fonctionnement du marché intérieur, la procédure de codécision semble la plus appropriée.

## **IV. Partenariat public-privés (PPP)**

### **IV.1 Définitions générales**

Les PPP présentent les caractéristiques suivantes :

- durée relativement longue de la coopération
- financement soutenu (même si non nécessairement de façon exclusive) par le secteur privé ;
- participation du sujet économique à différentes phases du projet, comme la définition de celui-ci, son financement etc. ;
- la prise du risque, tant commercial que financier, par le partenaire privé.

Le Livre Vert de la Commission européenne à ce sujet fait une distinction entre deux types de partenariat, à savoir, les partenariats contractuels<sup>2</sup> et les partenariats institutionnalisés<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>En ce qui concerne la publicité, elle contient des lignes directrices précises sur l'ampleur de la publicité, les différentes méthodes de publicité envisageables et les éléments que celle-ci devrait contenir. Par rapport à l'attribution du marché, la communication fournit également des indications sur la manière dont les pouvoirs publics peuvent assurer une procédure équitable et impartiale de passation des marchés. Enfin, elle explique comment les soumissionnaires peuvent demander un contrôle de l'impartialité des décisions prises lors d'une procédure d'adjudication. Voir [www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1053](http://www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1053) La communication interprétative est disponible à l'adresse suivante: [http://EC.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/key-docs\\_fr.ht](http://EC.europa.eu/internal_market/publicprocurement/key-docs_fr.ht) et Voir [www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1053](http://www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1053)

<sup>2</sup> Les premiers visent un partenariat qui se fonde uniquement sur des liens contractuels entre les différents acteurs.

Dans ce cadre, un des modèles les plus connus, souvent dénommé "modèle concessif", se caractérise par le lien

## IV.2 Faiblesses

L'appareil normatif régulant les PPP est caractérisé par des défauts. En particulier par rapport au "modèle concessif", d'une part, et aux PPP Institutionnalisés, d'autre part.

En ce qui concerne les concessions, il faut remarquer que seules quelques dispositions de la législation communautaire secondaire coordonnent les procédures d'attribution pour les concessions des travaux.

Quant aux dispositions relatives à l'attribution des concessions des services, elles ne s'appliquent que par référence aux principes résultant des articles 43 et 49 du Traité CE, en particulier des principes de transparence, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle.

Par conséquent, dans le choix des parties privées, les pouvoirs adjudicateurs bénéficient d'une marge de manœuvre trop large, ce qui risque de compromettre l'égalité de traitement des entreprises européennes dans l'ensemble de l'UE.

Un autre motif de préoccupation pour le secteur privé est la difficulté qu'ont les parties concernées à faire valoir l'illégalité d'une procédure d'attribution devant un tribunal national. En effet, excepté les différentes procédures administratives nationales, il a été relevé que les principes généraux du Traité CE n'étaient pas suffisamment détaillés et ne constituaient pas une assistance suffisante aux parties discriminées devant le juge national.

Par contre, en ce qui concerne les PPP institutionnalisés (PPPI), il a été relevé que les dispositions communautaires qui s'appliquent à la création d'entreprises détenues conjointement par un partenaire public et un partenaire privé en vue de fournir des services publics, manquaient de clarté juridique. En particulier, les relations "*in-house*" sont un sujet très sensible. En règle générale, le droit communautaire sur les marchés publics et les concessions s'appliquent lorsqu'un organisme adjudicateur décide de confier une tâche à un tiers, à savoir une personne juridiquement distincte.

Comme la Cour de Justice l'a confirmé dans l'affaire *Teckal*<sup>2</sup>, il ne peut en être autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, l'organisme adjudicateur exerce sur la personne en cause un *contrôle analogue* à celui qu'il exerce sur ses propres services et dans l'hypothèse où cette personne réalise *l'essentiel de son activité* avec la ou les collectivités qui la détiennent. Seules les entités qui répondent de manière cumulative à ces deux conditions pourront être assimilées à des entités 'in house' par rapport à l'organisme adjudicateur et se voir confier des tâches en dehors d'une procédure concurrentielle.

---

direct existant entre le partenaire privé et l'usager final : le partenaire privé fournit un service au public, "à la place", mais sous le contrôle du partenaire public. Il se caractérise également par le mode de rémunération du cocontractant, qui consiste en des redevances perçues sur les usagers du service, le cas échéant complété par des subventions de la part des pouvoirs publics.

<sup>1</sup> Le deuxième modèle comporte une coopération entre le secteur public et le secteur privé au sein d'une entité juridiquement distincte.

<sup>2</sup> Arrêt du 18 novembre 1999 dans l'affaire C-107/98 *Teckal* [1999] Rec.I-08121 para 50

Ce principe a été confirmé et précisé dans l'arrêt *City of Halle*<sup>1</sup> dans lequel la Cour a postulé que la participation d'une entreprise privée au capital d'une compagnie dans laquelle l'autorité contractante en question est également un participant, exclut (en tout cas) que cette relation puisse être assimilée à une relation *in house*.

En outre, le même principe des arrêts mentionnés ci-dessus a également été appliqué par la Cour de Justice aux accords de coopération public-public, normalement adoptés par les municipalités publiques pour gérer certains services<sup>2</sup>.

La jurisprudence de la Cour n'est pas restée sans conséquences dans les Etats membres qui ont dû y adapter leur législation nationale.

A cet égard, il semble qu'il y ait des difficultés de transposition, comme le démontrent les nombreuses procédures d'infractions engagées à l'encontre de plusieurs Etats membres. Un cas significatif est celui de l'Allemagne, accusée d'infraction au droit communautaire des marchés publics, à cause d'une série d'accords portant sur une coopération inter-municipalités. Selon le droit national, ce type d'accord ne relèverait pas des directives communautaires; par contre, suivant l'approche de la Cour, chaque marché entre des organismes publics est couvert par la législation en question<sup>3</sup>.

Enfin, l'approche rigide de la Cour en matière d'évaluation des marchés publics, qui vise à soumettre ceux-ci à une procédure concurrentielle préalable, décourage souvent les pouvoirs publics locaux à recourir à des partenariats entre eux pour la gestion de certains services publics.

D'ailleurs d'un point de vue politique, l'application de la législation communautaire en matière de passation de marchés publics pourrait compromettre indirectement les velléités de certaines municipalités à s'engager dans une coopération publique.

De plus, la jurisprudence actuelle a soulevé le problème du respect du principe de subsidiarité lors de l'application des directives communautaires aux partenariats inter-municipalités. A cet égard, il conviendrait de trouver le bon équilibre entre l'opportunité pour les municipalités de s'organiser librement dans les domaines qui relèvent de leurs compétences et conformément à leur besoins; et l'application des principes du marché intérieur qui visent à mettre en œuvre transparence et concurrence saine.

De fait, s'il est vrai que la transparence des marchés a des effets positifs, il faut également

---

<sup>1</sup> Affaire C-26/03 *City of Halle* para 49 pas encore publié au Rec.

<sup>2</sup> A ce propos, dans l'affaire *Commission vs Espagne*, la Cour a souligné que, en principe, le droit communautaire concernant la passation des marchés publics s'applique aussi aux accords de coopération public-public, à moins que les conditions qui permettent à une autorité adjudicatrice d'attribuer une tâche en dehors d'une procédure concurrentielle ne soient pas réunies (voir relations "*in house*"). Cette orientation jurisprudentielle a été confirmée récemment aussi dans l'affaire *Carbo Termo*, là où il est devenu encore plus claire l'approche de la Cour par rapport aux partenariats publics. En autres termes, ils n'échappent pas à l'application des directives communautaires en matière de marchés publics à moins que les critères mentionnés dans l'arrêt *Teckal* ne soient pas strictement réunis. Arrêt du 13 janvier 2005 dans l'affaire C-84/03 *Commission vs Espagne* [2005] pas encore publié au Rec. para 38 et Arrêt du 11 Mai 2006 dans l'affaire C-340/04 *Carbotermo sPa et Consorzio Alisei vs Comune di Busto Arsizio et AGESP Spa* [2006] pas encore publié au Rec.

<sup>3</sup> Outre l'Allemagne, d'autres procédures d'infraction sont en cours pour une application incorrecte du droit communautaire Voir *Press releases* Ref.IP/06/886, 29/06/2006

admettre que, du fait des coûts de transaction, l'application du droit communautaire dans les partenariats inter-municipalités peut aussi avoir des effets négatifs sur les gains potentiels liés à la coopération, c'est à dire les économies d'échelle et les externalités positives.

### IV.3 Solutions possibles

La Communication de la Commission portant sur les PPP et le droit communautaire des marchés publics a mis en lumière d'éventuelles solutions au manque de sécurité juridique dénoncé par certains.

En particulier, il a été discuté de l'opportunité d'une initiative législative en matière de partenariats contractuels, qui inclurait surtout des dispositions portant sur les concessions de travaux et de services. En effet, une telle législation fournirait une délimitation précise entre les concessions et les marchés publics et définirait de façon encore plus claire les règles applicables à la sélection des concessionnaires sur la base de critères objectifs et non discriminatoires<sup>1</sup>.

De plus, cette législation se traduirait notamment par un bond qualitatif dans le niveau de protection des soumissionnaires dans la plupart des Etats membres. Les concessions relèveraient du champ d'application des directives communautaires relatives aux recours nationaux en matière de passation des marchés publics qui offrent des recours plus efficaces et adaptés que les principes fondamentaux de protection juridictionnelle posés par la Cour de justice<sup>2</sup>.

S'agissant d'un sujet très sensible pour le marché commun, le choix de la procédure de codécision pour l'adoption d'une éventuelle directive sur les concessions publiques semble le plus pertinent.

En ce qui concerne les PPP institutionnalisés, le vrai problème touche à la définition des relations *in house*. A ce propos, la Commission a bien proposé l'élaboration d'une Communication interprétative des règles relatives aux PPP pour atteindre deux buts principaux. D'abord, clarifier quelles sont les règles portant sur les PPP et surtout les modalités d'applications de celles-ci, ensuite, clarifier les caractéristiques des relations *in house*.

Enfin, il semble également opportun d'avoir des précisions supplémentaires sur le concept même d'"autorité publique" pour identifier dans quelle mesure le droit communautaire s'applique à la délégation de tâches à des organismes publics et pour déterminer quelle forme de coopération ne relève pas du champ d'application des dispositions relatives au marché intérieur.

De cette façon, on pourrait "assouplir" la notion même de "pouvoir public" par rapport à la

---

<sup>1</sup> Voir *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions* COM/2005/0569final/

<sup>2</sup> Ivi

définition donnée par les directives 93/38/CEE et 2004/17/CEE, ce qui est une des préoccupations majeures des municipalités locales des Etats membres.

## **V. Possibilité d'intégrer des considérations environnementales dans les marchés publics: Faiblesses et éventuelles solutions**

La législation portant sur les marchés publics donne la possibilité de prendre en compte des considérations environnementales<sup>1</sup>. De toute évidence, il y a encore des faiblesses dans l'actuel système normatif en ce qui concerne l'usage potentiel qui peut être fait de ces considérations.

Premièrement, l'inclusion des considérations environnementales dans l'objet de marché soulève la question de l'équilibre entre les considérations financières, d'un côté, et les objectifs écologiques de l'autre.

A ce propos, le recours aux variantes<sup>2</sup> peut aider les pouvoirs adjudicateurs à évaluer quelle option répond le mieux à ces impératifs.

En deuxième lieu, la question qui se pose est de savoir si la notion "d'offre économiquement la plus avantageuse" implique que chaque critère d'attribution présente un avantage économique qui bénéficie directement au pouvoir adjudicateur ou bien que chaque critère soit mesurable du point de vue économique, sans qu'il offre directement un avantage économique au pouvoir adjudicateur pour l'achat considéré. A cet égard, la Commission a clairement pris position en faveur de la première interprétation<sup>3</sup> tandis que la Cour de justice a postulé exactement le contraire dans l'affaire C-513/99<sup>4</sup>.

A la lumière de ce qui vient d'être expliqué, il reste à voir quelles seront les implications de cet arrêt, du moment qu'elles ouvrent un espace majeur à la réalisation d'objectifs environnementaux dans le contexte des marchés publics.

Enfin, le recours au critère additionnel<sup>5</sup> revêt également un rôle marginal parmi les critères

---

<sup>1</sup> Les directives sur les marchés publics offrent différentes possibilités d'intégration des considérations environnementales dans les achats publics, notamment lors de la définition des spécifications techniques, des critères de sélection et des critères d'attribution du marché. En outre, le pouvoir adjudicateur peut imposer des conditions particulières supplémentaires qui sont compatibles avec les règles du Traité. Voir *Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés*, COM(2001) 274 final

<sup>2</sup> Toutes les directives relatives aux marchés publics prévoient la possibilité que, lorsque le critère d'attribution est l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs puissent prendre en considération des variantes qui sont proposées par un soumissionnaire et qui satisfont aux exigences minimales spécifiées par le pouvoir adjudicateur. Les pouvoirs adjudicateurs doivent spécifier dans les cahiers des charges les spécifications minimales à respecter par les variantes ainsi que les exigences particulières auxquelles elles doivent répondre. Lorsque les variantes ne sont pas autorisées, les pouvoirs adjudicateurs doivent l'indiquer dans l'avis de marché. Voir art. 24 Dir. 92/50 CEE-art. 16 Dir. 93/36/CEE- art. 19 Dir. 93/37CEE- art.34/3 Dir. 93/38/CEE.

<sup>3</sup> Voir COM(96) 583 final et COM (1998) 143 final.

<sup>4</sup> A cette occasion-là, l'Avocat Général a affirmé que les autorités publiques peuvent inscrire des considérations de caractère public (comme celles environnementales ou sociales) dans les décisions relatives aux marchés publics et que l'avantage économique ne doit pas être réservé seulement au pouvoir adjudicateur.

<sup>5</sup> Il s'agit d'un critère développé par la jurisprudence de la Cour de justice par rapport aux considérations sociales

d'attribution d'un contrat, s'agissant seulement d'un critère accessoire non déterminant après que les offres ont été comparées d'un point de vue purement économique. Par conséquent, il ne donne pas grand poids aux considérations environnementales par rapport à celles purement économiques lors de l'attribution d'un contrat.

Ceci dit, il semble évident que l'actuel régime créé par les directives en matière de passation des marchés publics manque de clarté en ce qui concerne le potentiel d'utilisation des considérations environnementales comme critères d'attribution. En effet, contrairement à la jurisprudence de la Cour, les nouvelles directives ne confèrent pas une flexibilité suffisante à ce sujet-ci, alors que cela permettrait de mieux balancer les exigences environnementales avec celles du bon fonctionnement du marché intérieur.

Enfin, il reste une autre question à considérer, à savoir l'opportunité d'introduire quelque forme d'harmonisation des règles relatives aux achats écologiques afin d'éviter des distorsions du marché intérieur.

## **VI. Conclusions**

Actuellement, le premier bilan portant sur l'application de l'acquis en matière de passation des marchés publics révèle des résultats disparates.

La législation en matière de passation des marchés publics reste encore le point faible du marché commun, d'autant plus si l'on considère le manque de sécurité juridique et de clarté de l'éventail normatif issu des nouvelles directives.

C'est la raison pour laquelle qu'il convient de repenser la législation actuelle à la lumière des considérations élaborées ci-avant, afin de garantir la réalisation d'une croissance soutenable pour l'Europe, comme cela est prévu par l'agenda de Lisbonne.

---

mais qui peut être également appliqué aux conditions concernant la protection de l'environnement. Autrement dit, les pouvoirs adjudicateurs peuvent se fonder sur une condition particulière (comme dans le cas spécifique, une clause exigeant une certaine performance environnementale) pourvu qu'elle respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire et seulement pour autant que ces autorités se trouvent confrontées à deux ou plusieurs offres économiquement équivalentes. Toutefois, cette condition est considérée comme un critère accessoire non déterminant après que les offres ont été comparées d'un point de vue purement économique. Voir arrêt du 26 Septembre 2000 dans l'affaire C-225/98 *Commission vs. République française* [2000] Rec. I-7445