

Iliasse CHARI

Master 2 Recherche
Droit Public des Affaires

Droit public

La transposition de la directive 2014/24/UE en Allemagne, Belgique, Espagne et France : analyse comparative des conditions d'insertion des acteurs privés

Directeur du mémoire :
Lucien RAPP



Collection des mémoires de l'IFR



Prix IFR 2018 des meilleurs mémoires de Master 2 Recherche



Iliasse CHARI

Master 2 Droit Public des Affaires

Année universitaire 2017/2018

**La transposition de la directive 2014/24/UE en
Allemagne, Belgique, Espagne et France :
Analyse comparative des conditions d’insertion des
acteurs privés**

DIRECTEUR DU MÉMOIRE :

Monsieur Lucien RAPP
Professeur des Universités

UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty - 31042 Toulouse cedex 9 - France - Tél. : 05 61 63 35 00 - Fax : 05 61 63 37 98 - www.ut-capitole.fr

*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver
les opinions particulières de l'auteur. »*

*« La vérité est pareille à l'eau qui prend la forme du vase qui la contient »
Ibn Khaldoun dit Averroès – Al Muqaddima*

REMERCIEMENTS

Je voudrais tout d'abord adresser mes sincères remerciements à Monsieur le Professeur Lucien RAPP pour ses nombreux conseils, sa disponibilité et son suivi continu tout au long de mes recherches et de ma rédaction.

De même manière, mes remerciements sont adressés à Monsieur Arnaud SALOMON de CKS Consulting pour sa disponibilité.

Puis, comment ne pas exprimer mon extrême reconnaissance à mes parents et ma sœur, qui tout au long de ce mémoire et d'une manière générale tout au long de mes études, ont redoublé d'efforts, n'ont pas cessé de me soutenir, de m'encourager et de croire en moi.

De plus, il serait impossible de ne pas remercier Madame Solange DESIO, pour la richesse de ses conseils et sa bienveillance.

Enfin, je veux également remercier Madame BAHLOUL pour sa disponibilité et son accueil au centre de documentation Économie-Finances de Paris, où je me suis rendu, pour réaliser certaines recherches.

SOMMAIRE

Introduction

Chapitre 1 : L'enjeu d'harmonisation au cœur de la transposition

Section I : Une harmonisation garantie par des contrôles de transposition

Section 2. Un objectif d'harmonisation partiellement abouti

Conclusion chapitre 1

Chapitre 2 : Une décentralisation des compétences vers le législateur national

Section I : La latitude du législateur dans la transposition

Section II : L'avenir incertain de la gradation coordination / harmonisation

Conclusion du chapitre 2

Conclusion générale

LISTE DES ABREVIATIONS

Abréviations

AJDA

BOAMP

BJCP

CE

CJCE

CJUE

GWB

JORF

LCSP

TRLCSP

RFDA

TC

VgV

Termes développés

Actualité juridique du Droit Administratif

Bulletin officiel des annonces de marchés publics

Bulletin juridique des contrats publics

Conseil d'État

Cour de Justice des Communautés européennes

Cour de Justice de l'Union européenne

Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen-Act against
Restrains of Competition

Journal officiel de la République française

Ley de contratos del sector público

Texto refundido de la ley de contratos del sector público

Revue française de droit administratif

Tribunal des Conflits

Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge -
Regulation on the Award of Public Contracts

INTRODUCTION

Monsieur Jean Pierre PUISSOCHET écrivait à propos de la libre circulation des jugements en Europe, que « *la construction communautaire implique (...) une réduction progressive de l'opacité paralysante qui résulte tant des particularismes nationaux que des spécificités procédurales propres aux différentes matières soumises au juge.*¹» Cette citation pourrait être transposée dans le cas des marchés publics. La directive 2014/24/UE a eu pour effet de réduire les différences procédurales et de créer un corpus juridique commun tout en garantissant aux États la possibilité de conserver leurs spécificités.

1. Les systèmes juridiques européens : Le droit de l'Union européenne a la difficile tâche de s'appliquer à tous les États membres et quel que soit le système juridique de ces États. Quand la France² a décidé de prendre la voie de l'unitarisme, l'Espagne³ a préféré le Régionalisme, et l'Allemagne⁴ et la Belgique⁵ le fédéralisme.

2. Il découle de ces formes étatiques, plusieurs conséquences. Tout d'abord d'un point de vue interne la répartition des compétences ne s'opérera pas de manière identique. En France, l'article 72 de la Constitution énumère les collectivités territoriales existantes. Sont mentionnées les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74.

En Allemagne, l'État fédéral est divisé en 16 États fédérés, les *Länder*. Tout d'abord, chaque *Länder* est divisé de manière identique en *Lankreise* qui sont les arrondissements ruraux. Ensuite la subdivision est plus originale que notre système. En reposant sur des faits historiques, ou encore des particularismes régionaux, les divisions internes à chaque *Länder* ne sont pas les mêmes. Ainsi, existe-t-il, le *Landschaftsverband* qui est une unité territoriale qui ne se trouve que dans le *Länder* de Rhénanie-du-Nord-Westphalie.

Pareillement mais à une autre échelle, les districts gouvernementaux (*Regierungsbezirke*) n'existent que dans certains *Länder* : En Bavière, Rhénanie-du-Nord-Westphalie, Bade-Wurtemberg en Hesse et

¹ JEAN-PIERRE PUISSOCHET, " La libre circulation des jugements : réalité et perspectives in Les effets des jugements nationaux dans les autres États membres de l'Union européenne " , *Bruylant Bruxelles*, 2001.

² Article 1^{er} *La Constitution française du 4 octobre 1958.*

³ Article 2 *La Constitution espagnole du 27 décembre 1978.*

⁴ Article 1^{er} alinéa 1 *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 (Journal officiel fédéral, p. 1).*

⁵ Article 1^{er} *La Constitution belge du 17 février 1974.*

en Saxe. À ceci, s'ajoute les communes (*Gemeiden*) qui intègre l'ensemble du district-rural alors que les villes district-libres et les districts urbains sont à la fois un arrondissement et une commune⁶.

3. La Belgique qui est également un État fédéral à une subdivision identique dans tout l'État. La Constitution Belge les détaille en débutant à l'article 2 par les trois communautés : française, flamande et germanophone. Puis l'article 3 met en avant les trois régions : française, flamande et également germanophone. À ces régions s'ajoutent d'autres appelées linguistiques qui sont au nombre de 4 selon l'article 4 de la Constitution : La région de langue française, la région de langue flamande, la région bilingue de Bruxelles-capitale et enfin la région de langue allemande. Enfin, à un échelon inférieur nous rencontrons les Communes.

4. On relève que parmi les formes belges indiquées, les régions linguistiques sont celles qui se distinguent de notre paysage institutionnel. L'histoire Belge a dû dans son histoire conjuguer entre le pouvoir royal unitaire et les identités locales regroupées en communauté. Dès lors ce compromis s'est concrétisé notamment par une loi du 18 juillet 1966⁷ qui était une loi ordinaire mais qui est à présent une loi coordonnée. Cette loi va tout d'abord déterminer dans son article 1^{er} son champ d'intervention puis va indiquer dans son article 2 les régions linguistiques et ensuite les détailler à l'article 3 et suivants.

Cette loi a donc comme vertu - si cela en est une - d'indiquer quelles sont les communes qui appartiennent à une région linguistique. Le but est de créer un cadre administratif commun et de promouvoir une langue commune dans les relations inter administratives et entre l'administration et les usagers. Elle oblige le législateur national, à adopter une langue spécifique dans ses textes de loi, et le restreint à une primauté linguistique. Finalement, cette loi délimite les frontières linguistiques de cet État et conforte le choix des individus favorables à l'autonomie linguistique et aux minorités linguistiques. Néanmoins ces régions ne sont pas assimilables à des collectivités publiques et si leur ancrage est tel qu'elles sont constitutionnalisées, elles n'ont pas de rôle politique.

5. De plus il faut préciser, que si la Communauté germanophone est basée sur le territoire de la région linguistique germanophone, cela n'est pas une obligation. En effet la communauté flamande et la Région flamande ont la même assise territoriale mais la première peut exercer ses compétences également dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale. Il en va de même pour la communauté française qui est assise sur la région linguistique française mais dont les compétences peuvent également être étendues à la région bilingue de Bruxelles-Capitale.

6. Le modèle espagnol est là aussi différent en ce qu'il est régionaliste. L'article 2 de la Constitution espagnole, garantit le droit à l'autonomie des nationalités et des régions. Dès lors, le titre

⁶ GERHARD ROBBERS, " Constitutional law in Germany ", *Wolters Kluwer*, 2017.

⁷ *Loi du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative.*

8 et notamment son article 137 mettent en relief la décomposition de cet État. Composent cet État, les communes (municipios), provinces (provincias) et communautés autonomes (Comunidades Autónomas) et toutes ces entités jouissent de leurs propres autonomies selon l'article 140.

Si le détail de ces autorités est nécessaire, c'est parce que la forme de l'État et des autorités locales aura une incidence sur l'application d'une loi.

7. La production normative. En France, l'édition normative se divise entre l'autorité législative et réglementaire. D'une part le pouvoir de légiférer est du ressort du Parlement national composé de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ces domaines sont fixés par l'article 34. D'autre part, toutes les autres matières qui ne sont pas du ressort de la loi incombent au pouvoir réglementaire selon l'article 37 de ce même texte. Dès lors, les rédacteurs ont privilégié une compétence de principe attribuée à la loi et une compétence subsidiaire du règlement.

L'Allemagne cependant ne fonctionne pas de la même manière. Le pouvoir législatif fédéral est réparti entre le Bundestag, composé de représentants de l'ensemble du peuple, et du Bundesrat composé par les membres du Gouvernement des Länder. Ainsi les Länder ont-ils la capacité de légiférer.

Ensuite un second principe doit être respecté. C'est celui de l'article 70 de la loi fondamentale allemande qui indique que tant que la Fédération ne légifère pas sur un domaine, les Länder le peuvent. Néanmoins, cela concerne uniquement les compétences partagées que nous retrouvons à l'article 72. Cet article détermine les principes entourant les compétences concurrentes en accordant la compétence à la Fédération ou aux Länder. Ensuite, l'article 74 expose une liste de matières concurrentes. Néanmoins comme tout principe ayant des exceptions ou des dérogations, l'article 72 mentionne certaines dispositions de l'article 74 alinéa 1^{er} qui incombe à la fédération « lorsque et pour autant que l'établissement de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique rendent nécessaire une législation fédérale dans l'intérêt de l'ensemble de l'État. » Si cette condition est réalisée, la fédération pourra légiférer. À défaut, cela relève de la compétence des autorités fédérées. Ensuite comme l'indique l'article 71, les Länder ne peuvent légiférer que sur des compétences exclusives de la fédération, uniquement si une loi fédérale les y autorise et selon les conditions fixées par celle-ci.

8. La Belgique qui est un autre modèle de fédération dispose d'un mode de répartition des compétences différent. En effet l'article 35 de la Constitution Belge consacre un principe de légiférer qui est attribué à l'autorité fédérale, dont les compétences sont limitées à ce qui est attribué par la Constitution. Les communautés et régions, selon le même article, disposent d'une compétence résiduelle en la matière. Seules les communautés et régions ont la possibilité de légiférer et non pas les régions linguistiques. Par pouvoir législatif fédéral, sont visés les institutions parlementaires fédérales à savoir la Chambre des représentants et le Sénat mais également le Roi.

D'un point de vue territorial l'article 115 de la Constitution indique qu'il y a un Parlement dans chaque communauté évoquée. Pour les organes régionaux, l'article 39 dispose que c'est la loi qui leur attribue la capacité pour régler certaines matières dans le ressort et selon le mode qu'elle établit. Pour ce faire, ces organes disposent également d'un Parlement à titre individuel. Néanmoins il faut évoquer la petite spécificité tenant à l'article 137 selon laquelle les Parlements des Communautés flamande et française peuvent légiférer en lieu et place de ces Régions selon les modalités fixées par la loi. Ensuite, l'article 121 fixe les mêmes principes à propos de la Constitution de Gouvernement dans les communautés et régions.

Quid à présent des compétences de ces organes. L'article 127 prévoit que les Parlements de ces communautés peuvent mettre en œuvre leurs compétences par voie de décret. On note donc que la compétence est attribuée aux Communautés ici et non pas aux Régions.

Cette exclusion des régions ne signifie pas pour autant le retrait de compétences à celles-ci. Cela découle du fait que les compétences découlent de l'article 39, qui prévoit la mise en place d'une loi attributive de compétences. Par ce biais, cette loi doit indiquer la force des outils mis à la disposition des régions pour réaliser leurs compétences. L'article 134 prévoit qu'il est possible de leur accorder une valeur législative. Ainsi la différence entre la communauté et la région est entre autres que la valeur législative du décret est constitutionnalisée pour la première et non pour la seconde.

Dans cette perspective, il faut ajouter que la répartition des compétences n'est pas seulement établie par la Constitution mais également par des lois spéciales. Sur la base des articles constitutionnels évoqués, la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 fixe les matières propres à chaque autorité. Cette loi a été de nombreuses fois modifiée et retenons celle du 6 janvier 2014.

9. En outre, il faut évoquer le cas du régionalisme espagnol et la manière dont les compétences sont ventilées. La commune espagnole est régie par l'article 140 de la Constitution qui lui accorde une personnalité juridique. La province, est l'autre forme d'administration locale et constitue selon l'article 141, un regroupement de communes. C'est également une « division territoriale pour l'accomplissement des activités de l'État ». Il faut ajouter néanmoins qu'elle dispose d'une personnalité juridique qui lui est propre et qui n'est pas celle des communes ou de l'État. Cependant la communauté autonome est l'échelon qui dispose le plus de compétence. Sa création repose sur des faits historiques, des proximités culturelles ou encore économiques selon les articles 143, 144, 146 et 147 qui concernent également les modalités de création. Ensuite l'article 148 précise les compétences propres de ces communautés auxquelles s'ajoutent, cinq ans après la création originelle, les compétences de l'article 149.

10. A présent, après avoir étudié les relations entre administrations interétatiques, il faut analyser la manière dont chaque pays aborde ses échanges avec l'Union Européenne. Tout d'abord

nous savons que dans le cas français, l'article 88-1 de la Constitution fait état de la participation de la France dans l'Union Européenne, selon les règles du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) signé le 13 décembre 2007 à Lisbonne. L'Allemagne a également intégré ces principes à l'article 29 de la loi fondamentale, mais les termes choisis ne sont pas aussi volontaires que ceux français. La participation est de rigueur mais sous réserve de respecter le principe de subsidiarité.

Les obligations de la Belgique en vertu de l'Union européenne ne sont pas expressément indiquées. C'est l'article 8 alinéa 3 de la Constitution qui souligne obligations internationales et supranationales. Ainsi par supranationales faut-il comprendre européennes. Cette formulation est réitérée à l'article 169 du même texte

De même manière en Espagne ces obligations ne sont pas expressément indiquées. Néanmoins en ayant adopté le TFUE le 10 juillet 2008 pour la Belgique et le 16 juillet 2008 pour l'Espagne, ces règles s'appliquent.

Après avoir mis en avant ces précisions, il convient de se concentrer sur un objet plus précis qui est celui de la directive 2014/24/UE marchés publics. Là encore, des éléments définitionnels s'imposent.

11. Tout d'abord, une directive est un outil contraignant uniquement par ses effets et non par les moyens à mettre en œuvre pour réaliser ces objectifs. Comme l'a mis en avant Denys Simon⁸, « La compétence laissée aux États membres quant à la forme et aux moyens est toujours fonction du résultat que le Conseil ou la Commission entendent voir atteindre. » Cela ressort de jurisprudences européennes qui mettent en avant que « la compétence laissée aux États membres, en ce qui concerne la forme et les moyens est fonction du résultat que le Conseil ou la Commission entendent voir atteindre⁹. »

12. Avant d'étudier la directive 2014/24/UE, un rappel historique s'impose. Au début, les directives en la matière étaient sectorielles et ne régissaient pas l'ensemble du droit des marchés publics de manière uniforme comme à présent. Dans les années soixante 70, ont été prises deux directives en 1971 et en 1976. Comme cela ressort d'une décision de la CJCE, *Gebroeders Beentjes BC c/ Pays-Bas*¹⁰ ces directives ont pour objet la coordination des procédures nationales de passation. Ces directives n'établissent pas « une réglementation communautaire uniforme et exhaustive¹¹. »

13. À partir des cinq directives du deuxième paquet législatif, un cadre plus homogène a commencé à se dessiner en matière de procédures de passation. Mais ces directives avaient été divisées de manières matérielles et il a fallu attendre le troisième paquet législatif pour qu'une

⁸ DENYS SIMON, *La directive européenne*, DALLOZ., 1997.

⁹ CJCE 23/11/1977 *Enka BV contre Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen Arnhem*, Affaire 38-77, 1977.

¹⁰ CJCE 20/11/1988 *Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas* Affaire 31/87, 1988.

¹¹ CJCE SA *Constructions et entreprises industrielles (CEI) et autres Société coopérative « Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes » et autres*, C-27/86, 9 juillet 1987, considérant 15.

simplification du droit soit concrétisée. En effet ce n'est qu'à partir de 2004 que ces textes ont regroupé des dispositions globales sur les marchés publics et pas seulement sur les procédures de passation.

14. Enfin le quatrième paquet législatif est composé entre autres de la directive 2014/24/UE. Celle-ci a été prise sur la base sur l'article 53 alinéa 1, l'article 62 et l'article 114 du TFUE. Elle a pour objet de rendre conforme la passation des marchés publics nationaux aux règles des traités de l'Union européenne (TFUE et TUE). C'est l'objet de cette directive, qui a d'ailleurs été consacré par la jurisprudence européenne¹². En effet l'objet de la passation de marchés publics suit une logique précise¹³. La directive a pour intention d'éliminer les restrictions de liberté d'établissement et de liberté de circulation des biens et services dans le domaine des marchés publics. Émane la volonté d'ouvrir les offres à une vraie et effective concurrence.

15. Mais la directive va plus loin en la matière en ce sens qu'elle tend parfois à considérer les marchés comme un moyen de parvenir aux objectifs de politiques économiques et sociales plutôt que comme un but en soi. Comme cela est expliqué par M. Kris Wauters, la réalisation d'un marché interne et le respect des règles pour une concurrence dynamique et effective « stand side by side as parallel objectives » dans le cadre de la passation de marchés publics¹⁴.

En effet, dans un document de la Commission concernant la stratégie Europe 2020¹⁵, la Commission a souhaité élaborer des politiques industrielles horizontales associant « divers instruments politiques », dont l'un d'entre eux est la passation de marchés publics. De plus il est également indiqué que les États membres veilleront à améliorer « l'environnement des entreprises en particulier des PME innovantes y compris grâce à la passation des marchés publics (...) ».

Un autre argument qui conforte l'idée que les marchés publics sont devenus des moyens et non pas des objectifs en soi, est tiré d'une étude d'un think-tank commandée par la Commission européenne¹⁶. Son rapport évoque qu'il vaut « 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 (...) »

¹² CJCE Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi *aff. C-399/98, 12/07/2001*,

¹³ Ann Lawrence DRUVIAUX, " La passation des marchés publics dans la directive 2014/24/UE : amplification et réduction in EU Directive 2014/24 on public procurement A new turn for competition in public markets ? ", *Larcier.*, 2016.

¹⁴ Kris WAUTERS, " A new generation of public procurement Directives : background, objectives and results in EU Directive 2014/24 on public procurement A new turn for competition in public markets ? ", *Larcier.*, 2016.

¹⁵ « COMMUNICATION DE LA COMMISSION EUROPE 2020 Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive ».

¹⁶ ADELPHI, " Strategic Use of Public Procurement in Europe Final Report to the European Commission " *MARKT/2010/02/C*, 2011.

On peut comprendre cette position puisque les marchés publics sont des outils, permettant de mettre en œuvre des politiques européennes en ce qu'elles constituent une part importante de l'économie nationale.

16. La définition des marchés publics. Concernant à proprement parlé de la directive 2014/24/UE (appelée directive marché public) l'article 2 alinéa 5 de cette directive, les définit 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 ».

Les alinéas suivants définissent les marchés publics de travaux, l'ouvrage, les marchés publics de fournitures et les marchés publics de services. La nouveauté de cette directive est l'intégration des accords-cadres et des marchés de partenariat en tant que marché public. Cette nouveauté a été reprise par l'ensemble des États à étudier.

Une définition impérative. Tout d'abord l'article 2 débute par « Aux fins de la présente directive, on entend par (...) ». Le fait d'utiliser le verbe entendre au présent de l'indicatif efface toute idée de supposition et tend à établir un cadre de vérité générale. De plus le fait d'utiliser l'expression « aux fins de la présente directive » laisse penser que pour réaliser les objectifs esquissés, il est nécessaire de respecter cette définition. Par ailleurs, cela semble nécessaire de s'entendre sur une définition commune lorsqu'on entend régir une directive sur l'ensemble des territoires des États membres. Pour autant, nous verrons, au cours du développement les nuances à apporter sur les définitions.

17. Au regard des transpositions de cette définition par les États étudiés, on remarque qu'elles sont identiques à la directive. La France utilise les mêmes termes, même si elle mentionne que le but de ces marchés est de répondre aux besoins en matière de travaux, fournitures ou services. Est-ce que le fait de mentionner les besoins a un autre impact sur la définition ? Il semblerait toutefois que non, puisque le besoin concerne les travaux, fournitures ou services, et dès lors, cela est sensiblement la même chose. La Belgique a retranscrit les mêmes définitions dans son article 2-17°. Quant à l'Espagne, la définition est plus générale en raison de la notion globale de « contratación del sector público. » En effet l'Espagne illustre une autre manière d'organisation de ces contrats. Tout au long de sa loi elle fait référence à la notion « contrato del sector público » pour définir un cadre général qui s'applique à tous les contrats.

Par la suite elle mentionne d'autres contrats, et leurs règles spéciales, comme celui de concession et les règles les régissant. D'ailleurs selon Philippe Cossalter, la dénomination en contrat du secteur public est plus exacte « car le terme rappelle que l'unité de ces contrats ne se fait ni sur le régime d'exécution

ni sur l'objet mais bien par le rattachement organique à l'État et à ses démembrements¹⁷ ». De plus la loi espagnole a changé d'appellation car, avant il s'agissait de contrat de l'administration publique. La mention secteur public laisse suggérer l'intervention des personnes privées. En effet ce changement terminologique du contrat de l'administration publique en contrat du secteur public démontre la volonté d'encourager l'intégration des acteurs privés dans la contractualisation. Concernant le GWB allemand on ne relève aucune définition des marchés publics, de même que dans le VgV.

18. La notion de contrat administratif : Ensuite derrière la notion de marché public se cache en France celle de contrat administratif. En effet l'ordonnance n°2015-899, dite ordonnance marché public, indique à son article 3 que les marchés publics conclus par des personnes morales de droit public et dans le respect de cette ordonnance sont des marchés publics. On retient donc le cumul des deux conditions et à défaut le contrat tombera sous la qualification de droit privé.

En Allemagne, cette distinction est très superficielle. Si cette différence existe dans les faits, il y a une forte mixtion entre les deux. Cela est tellement le cas que Philippe Cossalter¹⁸ a écrit que « l'impact du droit privé dans le droit administratif est considérable en Allemagne où le contrat administratif n'est qu'un moyen résiduel d'intervention en substitution de la puissance publique. » Dès lors les marchés publics sont majoritairement régis par le droit privé en Allemagne et la qualification en contrat administratif est plus difficile.

Pour le comprendre il faut savoir que la loi allemande conçoit ces contrats comme des actes qui auraient pour but de permettre à l'administration de réaliser des objectifs de manière unilatérale. L'idée même de contrat est donc impossible. Par ailleurs, comme le met en avant Claude Witz le contrat de droit public « n'a acquis ses lettres de noblesse que tardivement » dans différentes lois. Puis la notion allemande de contrat administratif (Verwaltungsvertrag) est trompeuse et ne renvoie pas à la conception française.¹⁹

Dans le cas belge, il n'est pas fait mention du fait que les marchés publics soient des contrats administratifs. En Espagne l'article 25 de la loi donne une liste des contrats qui sont administratifs. Néanmoins une partie de la doctrine espagnole à l'image de Monsieur D. José BAÑO LEÓN, juge le contraire car selon eux la notion de contrat administratif en droit espagnol n'est pas d'application en la matière et est obsolète. Pour lui il s'agirait plus d'une convention plutôt que d'un contrat²⁰.

¹⁷ Philippe COSSALTER, « Les modèles de contractualisation », *Revue française de droit administratif*, 2018, p. 15, coll.« Dalloz ».

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Claude WITZ, " Le droit allemand ", *Dalloz.*, p.71 2018.

²⁰ Jose María BAÑO LEÓN, *JORNADA SOBRE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO: LUCES Y SOMBRAS - VÍDEO 1. SESIÓN DE MAÑANA - LCSP y gestión de lo público ¿Regulación o sobrerregulación?*

En outre, dans cette ambition de définir les termes du sujet, il faut s'intéresser à celle de transposition. Jean Luc SAURON, écrivait que cela « désigne toute mesure contraignante de nature législative, réglementaire prise par toute autorité compétente d'un État membre afin d'incorporer dans l'ordre juridique national les obligations, les droits et les devoirs prévus dans les directives²¹. » Cette définition est importante car d'une certaine manière elle va encadrer notre domaine de recherche. En effet, même si notre sujet nous poussera à étudier les lois de transposition, il faut penser aux textes de nature réglementaire qui apportent des compléments ou des nouveautés par rapport aux lois.

19. Après avoir étudié les systèmes législatifs et les manières de concevoir la notion de marchés publics dans ces États, une esquisse des lois de transposition s'impose. Comme cela est mis en avant par Monsieur Denys Simon, il s'agit d'un processus normatif à deux étages ou à « doubles détente²². »

20. Les lois de transposition. Nous avons vu supra, que le pouvoir législatif dans ces États n'étaient pas exercés de la même manière. Si en France le pouvoir législatif incombe au Parlement national, les autres États ont fait le choix d'une répartition matérielle. Qui dispose alors de la compétence de légiférer en matière de marchés publics ?

En France la question aurait pu se poser si la transposition par la voie réglementaire avait été préférée. Cela n'étant pas le cas en l'occurrence, quand bien même l'initiative est gouvernementale, c'est le Parlement national qui étudiera la question. Les marchés publics sont régis par **l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015** qui a acquis une valeur législative par l'article 39 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 et par le **décret n°2016-360 du 25 mars 2016**.

En Allemagne cette compétence législative est-elle celle du Parlement de la fédération ou des Länder ? La question peut se poser car au regard de la Loi fondamentale et notamment de l'article 73 al 5 on peut tout d'abord estimer qu'il s'agit d'une politique de la fédération. En effet cet aliéna souligne la compétence exclusive de cette autorité, en matière de « libre circulation des marchandises, échanges commerciaux (...)» Cela ne serait pas interpréter de manière extensive ce texte que de considérer que la directive sur les marchés publics touche la libre circulation des marchandises et concerne également les échanges commerciaux. Ce qui réitère nos propos est l'article 72 al 2 qui donne compétence à la fédération en matière de compétences concurrentes. La seule condition à respecter est celle selon laquelle s'impose « l'établissement de conditions de vie équivalentes sur le territoire fédéral ou la sauvegarde de l'unité juridique ou économique rendent nécessaire une législation générale dans l'intérêt de l'ensemble de l'État. »

²¹ Jean-Luc SAURON, " L'application du droit de l'Union européenne en France, 2e éd. ", *la documentation française, coll.« réflexe europe »*, 2000.

²² D. SIMON, *La directive européenne...*, *op. cit.*

Nous pouvons estimer de droit qu'il résulte de la directive des marchés publics une disposition qui impose une législation générale. Ainsi si nous nous référons aux dispositions citées par l'article 70, et notamment l'article 74 al 11, il y est fait mention du droit économique en citant des exemples de secteur (mines...). Cela réitère la compétence de la fédération en la matière. De plus, la loi n'est pas une loi faisant explicitement référence aux marchés publics, mais c'est une loi qui a pour but de lutter contre les restrictions à l'encontre de la concurrence. Son intitulé est **l'act against Restraints on Competition GWB du 18 avril 2016** et il fixe le cadre général en la matière. Ensuite il est possible de le compléter par le **Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge dit VgV de la même date.**

Ce choix est la conséquence du fait que les marchés publics constituent un marché où les règles de la concurrence doivent être appliquées. Les objectifs ne sont pas identiques à ceux français. À titre d'illustration nous pouvons citer une jurisprudence de la CJCE²³, où le Gouvernement Allemand souhaitait soumettre aux règles de la concurrence, le transport de déchets. L'idée du Gouvernement était de séparer les missions des pouvoirs adjudicateurs quand elles s'inscrivaient dans le cadre d'activités d'intérêt général face aux activités économiques classiques qui devaient être soumises à la concurrence. La Cour a rejeté cet argument en ce sens que la directive en la matière ne faisait pas cette distinction.

Concernant la Belgique la Constitution n'est pas d'une grande aide. Néanmoins la loi sur la réforme institutionnelle que nous avons évoquée²⁴ prévoit à son article 6 la compétence de l'autorité fédérale pour fixer les règles générales en matière de marchés publics. La transposition prend la forme d'une loi : **Celle du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, un arrêté royal du 22 juin. 2017²⁵ et un autre du 18 avril 2016²⁶.**

L'exemple espagnol est également explicite. Ici les rédacteurs de la Constitution ont fait le choix de rendre constitutionnel la compétence exclusive de l'État en matière de « législation de base sur les contrats et les concessions administrative. » Aujourd'hui c'est la **loi du 9/2017 du 8 novembre 2017 sur les contrats du secteur public** qui transpose entre autres la directive 2014/24/UE. Mais parmi les pays étudiés, c'est le seul à avoir créé un code des contrats du secteur public (Código de contratos del sector público). Dès lors cette loi s'ajoute à un corpus juridique en la matière qui est bien plus fourni.

21. Néanmoins une autre précision s'impose. Les deux derniers États étudiés mentionnent que ces autorités édictent « la législation de base (...) » en la matière. Nous pouvons de droit nous interroger sur ce choix. Cela résulte certainement de la volonté de ne pas empiéter sur les domaines

²³ CJCE, 18 novembre 2004, *Commission c. Allemagne*, aff. C-126/03, Rec., p.I-11209 pt 18.

²⁴ *Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 modifiée par la loi spéciale du 6 janvier 2014 n° 1980080801.*

²⁵ *Arrêté royal du 22 juin 2017 Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics MB 27/06/2017, 2017.*

²⁶ *Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.*

imputant aux autres autorités. On peut par exemple penser qu'une communauté autonome (CCAA) disposera de compétences propres dans certains domaines qui s'intégreront dans le droit des marchés publics. L'idée est encore plus frappante concernant l'Allemagne où les Länder ont plus de prérogatives. En témoigne par exemple la compétence concurrente entre ceux-ci et la fédération en matière de droit civil par exemple ou encore du droit du travail. Or, ce sont des dispositions qui intéressent le droit des marchés publics puisque la majorité, si ce n'est l'essentiel, des règles en la matière sont issues du droit civil en Allemagne.

22. Les juridictions compétentes : Ces spécificités ont des conséquences d'un point de vue juridictionnel. En effet le fait d'appliquer un droit spécifique aux marchés publics a des conséquences d'un point de vue contentieux. Ainsi en France par exemple la majorité des contentieux se déroulent devant le juge administratif suivant la structure que l'on connaît : Tribunal administratif – Cour administrative d'Appel et Conseil d'État.

En Allemagne il existe également des juridictions administratives. Cependant, le contentieux sera dans la majorité des cas civil et donc sera présenté au juge civil. Comme le met en avant le § 40 du Verwaltungsrechtsweg la compétence du tribunal administratif est celle des litiges de droit public sauf si la compétence a été accordée par une loi fédérale à un autre tribunal. La compétence de principe est donc celle du tribunal administratif. Ces Verwaltungsgericht sont les juges de première instance. Ensuite les tribunaux administratifs supérieurs (Oberverwaltungsgericht) peuvent parfois être juges de première instance dans les cas énoncés au § 47 du VwGO²⁷. À ceci, s'ajoute la Cour fédérale administrative (Bundesverwaltungsgericht BVerwG) créée par la loi du 23 septembre 1952 et constitutionnalisée à l'article 95 de la loi fondamentale. Cette Cour est une Cour d'appel des tribunaux administratifs supérieurs et selon le paragraphe 99 du VwGO elle peut agir en première instance.

Mais concernant les marchés publics à proprement parlé, le GWB fixe les règles procédurales. Sont donc présentés les tribunaux des marchés publics aux § 156 et suivants. Toutefois ces tribunaux sont d'un point de vue organique des organes administratifs et non des tribunaux.

Ensuite le § 158 définit les missions du tribunal du marché public et répartit la compétence, étant que précisé le tribunal sera déterminé selon le siège de l'autorité contractante et que dans les cas du § 160 la saisine sera impossible.

Concernant toutefois les dommages de droit civil cela est du ressort de la cour générale de juridiction à savoir les tribunaux judiciaires selon le § 156. Cependant si un tribunal de la commande publique étudie l'affaire dans le cadre des missions qui lui sont imparties, la cour civile doit respecter la décision finale du premier tribunal.

²⁷ CODE OF ADMINISTRATIVE COURT PROCEDURE DU 10/10/2013 BGBl. I S. 3786

23. La Belgique dispose également d'un ordre administratif. A la lecture de l'article 14 de la loi du 12 janvier 1973²⁸, on comprend que, si le contentieux n'est pas attribué par la loi à une autre juridiction la section du Conseil d'État statue (...) « contre les actes et règlements des diverses autorités administratives... » à l'alinéa 1 et plus spécifiquement « relatifs aux marchés publics » à l'alinéa 2.

Dans cette perspective, la loi du 17 juin 2013²⁹ prévoyait dans une sous-section 7 « instance de recours » qu'était compétente la section du contentieux administratif du Conseil d'État « lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14§1 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. » Sinon selon l'alinéa 2, la compétence revient au juge judiciaire « lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14§1^{er} » de la même loi. La répartition des compétences est donc fonctionnelle et non matérielle.

En matière administrative, l'Espagne dispose d'une loi 13 juillet 1998³⁰ régulant la juridiction contentieuse administrative qui fixe entre autres les compétences des cours administratives. Cependant en matière de marchés publics l'Espagne a créé des cours spécialement pour cette mission.

En effet il existe des tribunaux administratifs en matière de contrat du secteur public (Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales) dans chaque communauté autonome. Ces tribunaux sont des organes administratifs qui ont toutefois acquis une valeur juridictionnelle selon une décision C-203/14³¹. Il est possible selon l'article 10 du règlement des procédures spéciales de révisions, que chaque communauté accorde sa compétence au Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Cela est également le cas pour les villes de Ceuta et Melilla et la province de Valenciana.

Pour cela, un accord doit être conclu entre ces communautés et le ministère de « hacienda y administraciones publicas ». Celui-ci sera ensuite publié au Bulletin officiel de l'État. Il est nécessaire de fixer dans cet accord, le délai selon lequel l'attribution courra de même que la prévision d'une compensation économique. De plus dans chaque marché public, il faudra indiquer le tribunal compétent dans le pli des clauses administratives particulières ou un document comportant les mêmes indications. Mais avant de saisir le tribunal, il est possible de solliciter les organes compétents pour résoudre le problème et corriger des infractions de procédures par exemple.

²⁸ *Lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du 12 janvier 1973*, 1973.

²⁹ *Loi relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions du 17 juin 2013*.

³⁰ JEFATURA DEL ESTADO, *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, 1998, p. 98.

³¹ CJCE *Consorti Sanitari del Maresme c/ Corporació de Salut del Maresme i la Selva aff. C-203/14* du 02/10/2015, 2015, p. 14.

Il est donc important de se saisir de ces données qui diffèrent selon les États. Cela peut avoir des conséquences différentes sur le rendu des décisions.

24. A présent, sera présentée la trame à suivre de ce mémoire. Le projet originel proposé Monsieur le Professeur Lucien RAPP et Monsieur Arnaud SALOMON est la création d'un observatoire des droits nationaux en matière de marchés publics fondé sur cinq pays : La France, l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne et l'Italie. Ce sujet doit donc avoir une visée théorique et pratique. À la suite de cette proposition certains choix ont dû être réalisés.

Tout d'abord, il existe 3 directives : 2014/23 portant sur les contrats de concession, 2014/24 sur les marchés publics et ensuite 2014/25 sur les secteurs spéciaux. Si les contrats de concessions prennent de plus en plus de place dans la commande publique, le marché public reste le premier outil et il semblait plus utile de s'attarder sur ces composantes. Mon choix s'est limité à la directive 2014/24 UE en raison du thème que j'ai voulu aborder dans mon mémoire. En effet l'ambition de ce travail de recherche est de rendre compte d'un point de vue macroscopique de la situation de cette législation dans les États étudiés. Dès lors, il semblait plus raisonnable et utile de réaliser une analyse sur certains aspects des lois en matière de marchés publics, plutôt qu'une vision trop générale de la commande publique.

Comme cela a pu être mis en avant précédemment, ce mémoire a une visée comparative. L'ambition est d'étudier la loi française en matière de marché public et de la comparer à d'autres États européens pour appréhender les différentes techniques de transposition de la directive. Si certains ont préféré une transposition identique à la directive d'autres non, et il s'agira de connaître les motivations de ces choix. De même manière, ces différences impliqueront d'autres notions différentes qu'il s'agira d'étudier pour découvrir s'il s'agit de notions similaires à celles françaises ou non. Puis le fait d'utiliser d'autres notions pourra également avoir un autre impact et donc une autre portée extensive ou restrictive de la loi transposant la directive 2014/24UE. Puis l'étude des autres législations permettra également de confirmer ou d'infirmer les choix opérés par l'État français. Et si la confirmation ou l'infirmer peut sembler difficile, à tout du moins sera-t-il possible d'indiquer quelle transposition préférée.

Concernant le choix des pays étudiés. Le sujet ayant été déterminé préalablement, ces États membres m'avaient été proposés. Me concernant j'ai trouvé plusieurs intérêts à leurs études. Mais avant tout, une explication sur la direction que j'ai voulu suivre s'impose.

Il est vrai que le sujet originel qui m'a été transposé est l'étude des différentes lois de transposition en matière de marchés publics. Le domaine d'étude est vaste. Ma volonté, a été d'orienter ce sujet vers une analyse plus ciblée. D'où l'idée d'insertion des personnes privées dans les marchés publics et notamment des petits acteurs privés. En effet, se dégageait de la lecture de la directive l'importance de

favoriser l'insertion et la participation des PME dans les marchés publics. Cela est également le cas dans les directives constituant le paquet commande publique. Ainsi, est-il primordial pour réaliser cet objectif que les États mettent en œuvre les outils et les moyens promus par la directive. Cependant comme cela a été indiqué supra, la directive entend fixer des objectifs obligatoires et laisse aux États la compétence quant au choix de la transposition. L'obligation est de résultat et non de moyen toutefois.

De plus, le droit des marchés publics français est conçu comme un droit résolvant les besoins des personnes publiques à l'aide d'acteurs privés. Face à cela, le droit de l'UE a une vision concurrentielle, une vision où s'échangent sur un marché, des biens et des services consommables. Les « entreprises privées » sont alors les acteurs principaux. On comprend la place qu'occupent ces dernières dans les marchés publics et leur insertion est à étudier. De cette situation il en résultera forcément des différences autant dans la loi que dans l'interprétation que les juges en feront. Ces différences sont à prendre en compte et sont potentiellement inspirantes en termes d'insertion des petits acteurs privés.

Ce faisant comme il s'agit d'une politique économique européenne, cette ambition doit être assurée. En raison de la nature de la directive, il faudra que les États et les institutions européennes réalisent un contrôle de cette transposition. Mais ce contrôle ne dépend que des attentes de l'Union Européenne. Si le choix de la coordination a été souhaité, le contrôle sera plus souple et il s'agira de contrôler uniquement les effets et non les outils mis en place. Si la directive a des ambitions harmonisatrices, cela dépendra de son degré. Finalement le contrôle de la transposition est fonction de la marge de liberté accordée au législateur national.

À ceci, s'ajoute l'idée qu'une étude comparée des outils mis à disposition des petits acteurs privés et d'une manière plus étendue des personnes privées semble nécessaire. Cela est enrichissant d'un point de vue français car même si la vocation de la directive est de créer un corpus commun, les spécificités de chaque État émergent explicitement et créent ainsi des régimes plus ou moins favorables suivant les États. Le risque, on le connaît, est de favoriser une forme de dumping social entre les États. Finalement les interrogations portées sur le caractère harmonisateur ou coordinateur de la directive sont importantes. Est-ce que le législateur européen a eu l'ambition de créer un nouveau marché des marchés publics ? Résulte-t-il des ambitions des institutions européennes la volonté de glisser vers une unification ? Ainsi cette étude sera l'occasion, d'un point de vue juridique, de comprendre les intentions européennes.

25. Le choix des États : Les États membres qui seront présentés m'ont donc été proposés. À travers ceux-ci plusieurs motifs m'ont conduit à ne pas les modifier. En Allemagne, les textes des dispositions législatives étaient traduits en anglais ce qui a contribué à leur compréhension. Par ailleurs d'un point de vue économique de nombreux mérites sont attribués à l'Allemagne. Ces petites entreprises sont également vantées et de nombreux rapports français tentent de s'y rapprocher. Dès

lors le fait d'étudier ce pays sous le prisme des marchés publics a son importance car d'une part le poids des marchés publics en Allemagne a une importance supérieure à celle française. D'autre part, l'essentiel du paysage économique allemand est constitué de PME plus ou moins grandes. Dès lors il est possible que l'Allemagne prévoit une transposition différente en la matière. En outre, l'Allemagne a un rôle prédominant en Europe. Autant cet État peut être défenseur d'une libre concurrence en matière économique autant il peut être très protecteur de sa législation et de ses droits fondamentaux.

La Belgique par exemple, est tout d'abord un pays polyglotte comme cela a été indiqué supra. Dès lors une traduction française était disponible de même qu'une traduction en Flamand. Le fait de pouvoir étudier un pays de même langue est source de facilité. Cependant, c'est surtout un gage de sécurité, dans la compréhension de l'environnement juridique et des dispositions propres à la matière. En effet, des erreurs peuvent être commises en raison d'une traduction éloignée. En outre, les dispositions belges en matière de marchés publics ont le mérite d'être à la fois proche de la directive et très explicite. À défaut d'un manque de précision de la loi, les arrêtés royaux viennent compléter les précédentes. Cela ne laisse que très peu de marge d'erreur et ainsi est-il intéressant d'analyser ce qui pourrait être utilisé en France pour éviter une mauvaise interprétation de la directive.

Dans le cas espagnol, comme les deux précédents c'est un pays frontalier qui a de nombreuses relations économiques avec la France. Il y a de nombreux marchés publics passés par les personnes morales de droit public françaises qui sont attribués à des opérateurs espagnols et inversement. De plus d'un point de vue linguistique il était plus aisé de comparer des États comme la France et l'Espagne. En outre, l'Espagne est, du moins sur le plan des marchés publics assez proche du point de vue des notions par rapport aux autres États. Puis d'un point de vue historique, l'Espagne est le seul pays qui est étudié, dont le soulèvement économique est récent. En effet, il faut se rappeler que la chute du franquisme date des années 1970 de même que son intégration dans l'Europe. Par ailleurs, les années qui ont suivi cette chute et ont instauré le régime actuel a connu de fortes périodes de corruption. La lutte contre la corruption irrigue la transposition espagnole de la directive.

Ce sujet devait également avoir comme sujet d'étude l'Italie. Néanmoins faute de compétence linguistique en la matière et ne disposant pas de traduction, j'ai préféré ne pas traiter cet État.

26. D'une manière plus globale ces États ont un point commun : leur adhésion à un régime de droit romano-germanique. Dès lors l'étude sera menée de la même manière. Le départ sera celui de la loi de transposition. Une étude interne à celle-ci, sa traduction et la définition de ses termes seront réalisées. Pour se saisir de tous ces éléments, il faudra étudier l'environnement juridique entourant les différentes notions à appréhender. Pour cela il faudra d'une part se baser sur la jurisprudence quand cela est possible. En effet la barrière linguistique et le caractère récent des lois de transposition font que, dans certains domaines, la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée. Pour certains cas, l'étude de la jurisprudence antérieure sera possible mais aux vues des modifications

importantes apportées par la directive, la logique des juges peut varier. Une vigilance est de garde. D'autre part les États, ont à la manière de la France, publiés de la doctrine juridique. L'importance et le nombre varient. Cela peut résulter à la fois de tradition mais également du fait que certaines lois ou textes réglementaires sont précis de même que la jurisprudence.

Ainsi, les intentions de l'Union Européenne telle qu'issue de la directive 2014/24UE peuvent avoir des conséquences négatives ou positives sur la participation des petits acteurs privés aux marchés publics. L'interprétation de ces intentions se révélera proche d'une harmonisation ou plutôt d'une coordination. Implicitement cette question en amène une autre. Il faudra se demander si les projets européens sont respectés par les États dans leurs transpositions et donc de manière sous-jacente si les dispositions favorisant la participation des petits acteurs privés diffèrent selon les États.

Pour ce faire, il conviendra d'étudier de quelle manière la directive 2014/24/UE a vocation à promouvoir une harmonisation totale et donc une transposition très proche de sa rédaction. En effet pour certaines dispositions, les rédacteurs européens ont souhaité une telle proximité. Cela a eu pour conséquence, de favoriser le rapprochement des dispositions des lois de transposition (chapitre I). Néanmoins, certaines fois le législateur européen accorde aux rédacteurs nationaux, une marge de manœuvre propre à assurer les objectifs issus de la directive. Ainsi, certains se sont-ils interrogés sur le degré d'harmonisation de la directive les amenant à penser qu'il s'agirait d'une directive de coordination. Le résultat consiste en des initiatives nationales qui diffèrent selon les États et pouvant produire à des dispositions juridiques différentes car poursuivant des objectifs différents.

De plus il conviendra de souligner que certaines fois ces libertés n'ont pas été octroyées par le rédacteur européen mais uniquement des États unilatéralement (chapitre II).

CHAPITRE 1 : L'ENJEU D'HARMONISATION AU CŒUR DE LA TRANSPOSITION

L'objet global de ce développement est de prouver en quoi la directive souhaite créer des bases communes identiques en matière de marchés publics. Pour cela les organes nationaux sont mis à contribution pour contrôler la transposition des directives. Les différentes missions qui leurs sont conférées sont d'une grande aide pour la Commission européenne dont le rôle de vérification est alors plus a posteriori qu'a priori (section I). Pour l'instant, seront présentées les dispositions qui revêtent une harmonisation totale et maximale. L'idée est de combattre l'image d'une directive coordinatrice et d'esquisser des matières qui favorisent la création d'un marché public commun (section II).

Section I : Une harmonisation garantie par des contrôles de transposition

Il existe une superposition de contrôles. Tout d'abord la directive a encouragé les États à se doter d'organes propres qui auront des missions de vérifications a priori mais également a posteriori (paragraphe I). Toutefois, une vérification des contrôles nationaux semble inévitable. Cela explique pourquoi un cadrage européen existe (paragraphe II).

Paragraphe I : L'intensification des contrôles nationaux

De nombreux contrôles nationaux existent. Cependant, dans cette étude, il semblait intéressant d'étudier le rôle des cours constitutionnelles pour deux raisons. D'une part, ce sont les seules à disposer d'un pouvoir de sanction a priori d'une loi de transposition. D'autre part, ces cours ont des prérogatives qui diffèrent selon les États, ce qui peut avoir des conséquences sur la teneur des transpositions (A). Toutefois ce contrôle doit être complété par celui des organes administratifs. Celui-ci est davantage a posteriori mais est tout de même nécessaire pour garantir une rédaction compatible ou conforme à celle de la directive. De plus les acteurs sont également contrôlés de cette manière ce qui permet un contrôle implicite du respect des mesures de transposition. D'ailleurs ces derniers sont amenés à collaborer à cet exercice (B).

A – Le rôle traditionnel des cours constitutionnelles

27. Les Cours constitutionnelles ont un fort impact dans le contrôle de transposition des directives. Par ce biais, elles peuvent être les promotrices d'une harmonisation totale comme elles peuvent en être les pourfendeuses. Cela a donc un impact considérable sur la portée de la mesure de transposition. Mais le contrôle sera différent selon les États étudiés. En effet, si la France a une position historique basée sur l'incompétence du Conseil constitutionnel en la matière, la Cour allemande est plus aventureuse par exemple.

28. La jurisprudence européenne et le droit européen accordent la primauté de ce droit sur le droit national³². À titre d'illustration, Bertrand Genevois³³ écrivait que la directive est « un acte de droit dérivé qui ne peut déployer pleinement ses effets dans l'ordre juridique interne d'un État qu'au

³² CJCE 15 juillet 1964 *Flaminio Costa contre E.N.E.L* aff. C-6/64.

³³ *Loi relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés [publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions du 17 juin 2013]*, 2013, p. 20.

moyen de normes de droit interne ». Cette phrase, de manière brute, témoigne l'importance des mesures de transpositions devant être prises à l'échelon national. Mais essayons de l'interpréter d'une manière différente. Implicitement, le terme « pleinement » fait allusion à l'efficacité des effets de la directive dans l'ordre interne. Ces effets ne peuvent exister que par des mesures internes. Or si ces mesures internes sont absentes ou inexactes, l'efficacité de la directive est remise en cause.

29. Si en France les juridictions ordinaires ont un rôle traditionnel de contrôle des dispositions nationales face aux dispositions européennes on ne peut qu'encourager le développement du contrôle des cours constitutionnelles.

Tout d'abord, il faut rappeler l'évolution française en la matière. Traditionnellement et à la suite de la décision IVG du 15 janvier 1975³⁴, le Conseil constitutionnel a refusé de contrôler la constitutionnalité des lois par rapport à un traité.

Ainsi à l'origine les juridictions ordinaires étaient les seules à réaliser un tel contrôle. Dans une décision du Conseil d'état du 28 septembre 1984 confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France³⁵ le Conseil d'État a annulé un décret en ce sens qu'une disposition allait contre l'objectif poursuivi par la directive. Par ce biais, le décret ne pouvait être considéré comme compatible et le Conseil d'État l'a annulé.

Néanmoins le Conseil d'État ne peut pas unilatéralement annuler une loi. À ce propos peut-il au maximum être consulté sur la base de l'article 39 de la Constitution française par le gouvernement de manière obligatoire ou facultative. Néanmoins son avis n'a qu'une valeur consultative. Ainsi, le contrôle du conseil constitutionnel est-il le bienvenu.

30. En France, l'article 61 de la Constitution prévoit un contrôle de constitutionnalité de la loi a priori et a posteriori. Dès lors, le contrôle de transposition des directives pourra être réalisé pendant un contrôle a priori ou a posteriori. Cependant « il n'est question que d'un contrôle de compatibilité et non de conformité entre la directive et la Constitution.³⁶ »

Pour débiter nos propos sur le contrôle des lois de transposition il faut citer Peter Häberle³⁷ qui soulignait que « qu'une interprétation constitutionnelle limitée au droit interne n'est plus admissible dans la « communauté constitutionnelle » de l'Union européenne d'aujourd'hui. » En effet les Cours constitutionnelles ne doivent plus être considérées comme des organes purement nationaux mais comme des organes nationaux promouvant le droit de l'Union Européenne.

³⁴ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, 1975.

³⁵ *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, 1984.

³⁶ Pauline CHATELET, " Le contrôle des mesures nationales d'application du droit de l'Union européenne. Bilan et perspectives à partir du cas français ", Thèse, Poitiers, 2015.

³⁷ (P.) HÄBERLE, « Funzioni e significato delle Corti costituzionali nella prospettiva comparatistica » - cité par Pauline CHATELET, *Ibid*

Dès lors en France, le Conseil constitutionnel³⁸ s'est autorisé à contrôler les modalités de transposition de la loi du 1^{er} juillet 2004³⁹. Toutefois certaines conditions sont de rigueur. Premièrement, est rappelée l'obligation constitutionnelle de transposition des directives sauf raisons expresses contraires à la Constitution. Ensuite compétence exclusive est donnée au juge européen pour contrôler la conformité de la directive aux traités européens et aux droits fondamentaux les contenant. En effet, cet élément est important car il signifie qu'à défaut de disposition expresse contraire à la Constitution, le juge constitutionnel est incompétent. Les règles de départ sont donc très strictes. Par ailleurs si les conditions sont inconditionnelles et précises, il n'appartient pas à la Cour de se prononcer⁴⁰. Si ces critères sont remplis, le Conseil constitutionnel se déclare compétent pour contrôler la disposition des lois de transposition.

Cependant, il en résultait une situation selon laquelle il fallait que ce soit une loi de transposition. Néanmoins en 2015, le Conseil constitutionnel est revenu sur sa position en analysant l'ensemble des exigences constitutionnelles face à une directive⁴¹. Cette situation concerne néanmoins le contrôle a priori.

31. Ensuite le Conseil constitutionnel a reconnu sa mission explicitement en s'appuyant sur l'article 61 de la Constitution pour contrôler « une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire. »

Cependant le Conseil constitutionnel s'est limité dans son contrôle⁴² :

32. Tout d'abord, il ne faut pas que les dispositions législatives à transposer soient manifestement incompatibles avec la directive qu'elles ont pour objet de transposer.

En outre, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est seulement un contrôle de vérification de la compatibilité de la loi avec la directive. « Ce contrôle est nécessairement restreint et se limite à l'appréciation d'une éventuelle erreur manifeste commise par le législateur⁴³ » Le contrôle opéré par le juge constitutionnel est un contrôle abstrait. Par ailleurs, il veille à ce que la transposition n'aille pas à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France⁴⁴. Ce

³⁸ Décision n° 2004-497 DC du 1 juillet 2004 *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, considérant 18, 2004, vol.JORF n° 159.

³⁹ *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, 2004.

⁴⁰ Décision n° 2004-497 DC du 1 juillet 2004 *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle...*, *op. cit.* considérant 20.

⁴¹ Décision n° 2015-726 DC de la loi de finance rectificative pour 2015, considérant 5.

⁴² Décision n° 2006-540 DC relative à la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, 2006.

⁴³ Caroline DE PRÉMONVILLE et Yann FROGER, " Le contrôle des directives communautaires par le juge national : évolution ou révolution ? in ÉTUDE : LE CONTRÔLE DES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES : ÉVOLUTION OU RÉVOLUTION ?," *Courrier juridique des finances et de l'industrie* , 2008.

⁴⁴ Décision n° 2006-540 DC relative à la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information..., *op. cit.* considérant 18.

caractère de l'identité constitutionnelle se substitue au principe mentionné par la décision de 2004 indiquée supra qui faisait allusion aux dispositions expresses contraires à la Constitution. Cela est notamment dû à un manque de clarté de la deuxième notion. Néanmoins « le Conseil constitutionnel reprend un contrôle normal lorsque le législateur confère une valeur ajoutée à ces dispositions (autrement dit, lorsqu'il ne se borne pas à une transposition des dispositions précises et inconditionnelles de la directive.⁴⁵ »

33. Quant au contrôle a posteriori⁴⁶, il est important car l'ordonnance de transposition n'a pas fait l'objet d'un contrôle de même que la loi Sapin II⁴⁷ qui lui a accordé valeur législative. Dès lors il est possible que sur renvoi d'un juge ordinaire, le Conseil Constitutionnel puisse juger de cette transposition.

34. Cela résulte du fait que la jurisprudence européenne a entendu conserver le monopole de l'interprétation des directives. En effet la jurisprudence Foto-frost⁴⁸ de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), explique que cette compétence résulte – à l'époque – du Traité sur la communauté européenne et qu'en cas d'interprétation, les cours nationales pouvaient saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Le principe est que celles-ci sont libres d'examiner la validité d'un acte de l'Union européenne si la conclusion de cet examen tend à valider l'acte. Dès lors cette possibilité est conditionnée à la non mise en cause de l'existence de l'acte communautaire.

35. En Allemagne la Cour constitutionnelle a également cette prérogative. Mais elle est beaucoup plus poussée que celle française. Tout d'abord, la Cour constitutionnelle fédérale a reconnu pour la première fois la primauté du droit européen sur le droit national dans une décision du 18 octobre 1967⁴⁹. Comme l'explique Monsieur le Professeur Christian AUTEXIER, la Cour laissait « toutefois ouverte la question de la compétence pour vérifier la constitutionnalité du droit communautaire dans l'hypothèse où un recours serait recevable en application des règles du droit interne⁵⁰ »

A ceci s'ajoute un contrôle dont ne dispose pas la France. En effet et contrairement à la jurisprudence Foto-Frost⁵¹, la Cour allemande dans une décision BVerfGE 89, 155⁵², a étudié la constitutionnalité du traité de Maastricht. De cette décision, les juges ont par la suite étendu leur contrôle comme le met en

⁴⁵ P. CHATELET, Le contrôle des mesures nationales d'application du droit de l'Union européenne. Bilan et perspectives à partir du cas français..., *op. cit.*

⁴⁶ Voir en ce sens : Décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016.

⁴⁷ Loi n° 2016-1691 du 09/12/2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, 2016.

⁴⁸ CJCE 22 octobre 1987, Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost, aff C-314/85 1987.

⁴⁹ DFR - BVerfGE 22, 293 - EWG-Verordnungen, 1967.

⁵⁰ Christian AUTEXIER, « Introduction au droit public allemand », *Revue générale du droit européen*, 1997, <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/04/19/lordre-juridique-allemand-dans-le-contexte-international-et-europeen/>, coll.« PUF ».

⁵¹ CJCE C-314/85 Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost..., *op. cit.*

⁵² DFR - BVerfGE 89, 155 - Maastricht, 1993.

avant Monsieur le Professeur Niels Petersen⁵³. En effet les juges allemands se réservent la possibilité d'étudier la compétence d'une institution européenne qui prendrait un acte. C'est le test ultra vires. Ce faisant, nous pouvons nous interroger sur une telle capacité. Soit la Cour allemande réalise ce test dans le cadre de la jurisprudence Foto-frost, soit elle se met dans une position contraire à celle de la CJUE. Au cours de ces recherches il a été difficile de trouver si la Cour Allemande avait réalisé un tel contrôle pour la loi de transposition de la directive 2014/24/UE. Il serait intéressant de voir si une telle étude a été menée et quelles conclusions ces juges en ont tirés.

Néanmoins, ce qui est certains est que les juges ont entendu encadrer un tel contrôle. En effet comme le souligne le Professeur Niels Petersen, « la Cour va seulement déclarer un acte européen incompatible avec la Loi fondamentale si la transgression des compétences est manifeste et d'une importance structurelle ».

Finalement si l'étendue du contrôle de la Cour de Karlsruhe l'est davantage que celle française il n'en reste pas moins que la première décline plus aisément sa compétence que la seconde. Cela conduit donc à réaliser moins de contrôle de la loi de transposition. Quant à la portée, il semblerait que la Cour allemande réalise un contrôle restreint.

D'ailleurs même en matière de droits fondamentaux, son contrôle est en déclin. Alors que les décisions Solange I et II avaient tonné dans les instances européennes à présent la Cour décline sa compétence en matière de contrôle d'une loi de transposition si comme le rappelle Isabelle Verdier-Büschel⁵⁴, « il est établi que l'Union garantit une protection efficace des droits fondamentaux selon un standard équivalent à celui prévu par la Loi Fondamentale et si, de manière générale, elle garantit la protection du contenu essentiel des droits fondamentaux. »

36. En Espagne également, le tribunal constitutionnel tient un discours ressemblant à Solange II, dans une décision⁵⁵ relative à la compatibilité entre la Constitution espagnole et le traité établissant une Constitution pour l'Europe. En matière de contrat du secteur public, un recours en inconstitutionnalité⁵⁶ a été intenté par 50 députés. Les juges espagnols ont analysé les dispositions relatives non pas aux marchés publics mais aux concessions suivantes : l'article 289.2, la disposition additionnelle 43a et les dispositions finales 9a, 11a et 12a de la LCSP. Néanmoins il semblerait que la décision n'ait toujours pas été publiée.

⁵³ Niels PETERSEN, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et l'intégration européenne, par Niels Petersen (partie 1: introduction historique) ».

⁵⁴ Isabelle VERDIER-BÜSCHEL, « Après ses infidélités avec le droit de l'UE, le juge constitutionnel allemand se retourne sur « Solange » en la précisant (Cour constit. all., Ord., 4 octobre 2011, BVerfG, 1 BvL 3/08) ».

⁵⁵ DECLARACIÓN 1/2004, de 13 de diciembre 2004 BOE n.º3.

⁵⁶ Tribunal Constitucional, *Recurso de inconstitucionalidad n.º 739-2018, contra el artículo 289.2, disposición adicional 43ª y las disposiciones finales 9ª, 11ª y 12ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, 2018.*

Dès lors, il découle de tout ce qui précède que si le contrôle des lois de transposition par les cours constitutionnelles est en voie de perfectionnement, il reste tout de même insuffisant. Face à cette situation, il est nécessaire que des autorités nationales puissent confirmer que la transposition nationale soit respectueuse des dispositions de la directive aussi bien en théorie que dans son application.

B – L'émergence d'autorités nationales de contrôle

37. Une création obligatoire relative. L'étude de ces autorités nationales est importante. La proposition de directive de 2011 prévoyait à son article 84 la désignation d'autorité de contrôle. Cette obligation s'est transformée en possibilité. En effet, l'article 83 paragraphe 1 de la directive marchés publics, indique que « pour assurer effectivement la bonne application et la mise en œuvre efficace de la présente directive, les États membres veillent à ce que, pour le moins, les tâches énoncées dans le présent article soient accomplies par une ou plusieurs autorités, organismes ou structures. » On note que cela reste une indication sauf pour les dispositions de l'article 83 que les autorités doivent mettre en œuvre.

Cela est critiquable car ces autorités n'ont pas uniquement vocation à contrôler le respect des dispositions législatives et réglementaires. Implicitement elles permettent d'assurer que le droit de l'UE soit bien respecté. Elles ont donc un rôle à jouer dans la transposition de la directive même si ce rôle est a posteriori à la différence du Conseil constitutionnel qui peut être a priori.

38. Nous aurions pu réaliser une esquisse de tous les acteurs nationaux qui réalisent ce travail de contrôle. Cela aurait permis une étude plus large des méthodes nationales pour assurer le respect des règles en matière de marchés publics et donc, d'assurer l'effectivité de la transposition. Néanmoins il semblerait plus intéressant de réaliser une étude plus spécifique basée sur la création d'autorités nationales pour pouvoir dégager plus de différences ou de similitudes.

En France, l'article 88 de l'ordonnance marché public prévoit que l'acheteur exerce un contrôle pour les marchés de partenariat. Nous aurions pu tenter un syllogisme hasardeux en se basant sur l'idée que les marchés de partenariat sont des marchés publics et donc les marchés publics sont soumis à des contrôles mais on ne s'y tentera pas, d'autant plus que cette disposition est insérée dans un chapitre spécifique concernant ces marchés. Cela n'est d'autant pas utile car est inséré un article 141 relatif à l'observatoire économique de la commande publique dont les missions sont de rassembler et analyser les données relatives aux aspects économiques et techniques de la commande publique. » Implicitement il existe une forme de contrôle des marchés publics macroscopique.

Par ailleurs, il « exerce une mission de concertation et d'échanges d'information avec les opérateurs économiques, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et contribue à la diffusion des bonnes pratiques en matière de contrats de la commande publique. »

Cet organe a son importance car il veille de manière sous-jacente à assurer une transposition exacte des lois de transposition et *ipso facto* des dispositions de la directive quand les premières la respectent.

La mise en place d'autorité sectorielle est un bon outil pour « mettre en place une législation de l'Union dans un secteur particulier⁵⁷» Finalement il faudrait transposer l'idée en matière de communication de monsieur le Professeur Lucien Rapp qui souhaitait renfoncer la décentralisation au profit des autorités nationales de régulation pour permettre « à la Commission (...) et à ses services d'exercer plus efficacement leur rôle de coordination, en veillant à ce que les décisions nationales restent non seulement conformes au droit communautaire, mais encore compatibles avec celles prises dans les autres États, au nom de la spécificité des traditions nationales. »⁵⁸

39. Mais le code espagnol va plus loin et a entendu créer des autorités pour uniformiser l'application des marchés publics sur le droit national. Cette action se fait notamment par le biais des autorités telles que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado définie à l'article 328 de la ley del contrato del sector público (LCSP), qui est un organe de régulation et qui rend des avis consultatifs en matière de contrat public dans le secteur étatique.

Cet organe a pour mission de promouvoir l'adoption de normes ou moyens de caractère général (...). Par ailleurs elle a le pouvoir de réaliser des recommandations générales ou particulières aux organes de passation. Elle a donc à la fois un rôle actif en expliquant des normes générales mais également la capacité d'interpréter des normes et de leur donner une portée également générale. D'autres autorités figurent aux articles suivants. Elles ont un rôle moindre à la junta évoquée et parfois leurs compétences s'enchevêtrent. Le comité de « cooperación en materia de contratación pública » défini à l'article 329, assume des missions de coordination des critères d'interprétation suivis par les administrations publiques entre autres. Ce comité a donc également l'ambition d'assurer une vision unique des marchés publics sur le territoire espagnol. Là encore cela est un outil en faveur du respect des lois transposant la directive 2014/24/UE puisque cela évite toute appropriation et création d'un cadre juridique autonome par les collectivités espagnoles. Est également à citer, la oficina independiente de Regulación y supervisión de contratación à l'article 332. La mission de ce dernier organe est de veiller la correcte application de la législation et, en particulier de promouvoir la concurrence et de combattre les inégalités.

40. Le pouvoir de contrôle des autorités contractantes. Mais si ces autorités ont un rôle bien défini, les autorités contractantes ont également une mission leur incombant d'assurer la bonne application des dispositions. En France ce pouvoir de contrôle est très obscur contrairement à d'autres pays. Il était explicitement prévu dans l'ancien code des marchés publics que devait être désigné un responsable du marché. La suppression de cette notion « n'a pas d'effets pratiques considérables⁵⁹ ». Aujourd'hui, il est indiqué dans l'ordonnance qu'existe un pouvoir de contrôle des autorités

⁵⁷ P. CHATELET, *Le contrôle des mesures nationales d'application du droit de l'Union européenne. Bilan et perspectives à partir du cas français...*, op. cit.

⁵⁸ Lucien RAPP, « Le droit des communications entre réglementation et régulation », *AJDA*, 2004, spéc. P. 2048.

⁵⁹ Christophe LAJOYE, " Droit des marchés publics 6e édition, " Gualino., coll *Lextenso* , 2017, p. 193.

contractantes. Néanmoins la jurisprudence semble lancinante quant à son caractère contraignant. En Espagne par exemple, l'article 62 la loi espagnole, consacre l'obligation pour les organes de passation (órganos de contratación), de nommer un responsable et de contrôler son exécution et d'adopter les décisions et dicter les instructions nécessaires ayant pour but d'assurer la correcte réalisation de la prestation conclue, selon les compétences qu'ils lui ont été accordées. Le responsable peut être une personne physique ou juridique, liée à l'entité contractante ou non liée.

D'ailleurs la loi 1/2015⁶⁰ de garantie de la qualité des services publics et de la bonne administration prévoit à son article 46 alinéa 4 que sera publié l'identité des responsables des contrats. Dès lors, il existe un contrôle en matière de marchés publics en Espagne garanti par la publicité des responsables.

Ce contrôle est divisé en deux selon la « Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ». Il faut faire la distinction entre les conditions de contrôle en relation avec l'entreprise contractante et les conditions sans relations direct. Ces contrôles et la place occupée par ces autorités, s'expliquent également par le caractère régionalisé de l'Espagne. En France, la culture juridique basée sur un territoire unitaire conduit à la production de normes uniques, excepté dans le cas de l'Alsace et la Lorraine ou des départements et régions et collectivités d'outre-mer.

De plus dans une recommandation 1/2012, la « junta de Andalucía⁶¹ » a entendu attribuer au responsable du contrat, davantage de prérogatives pour résoudre les éventuels incidents. Pour se faire il a la possibilité d'émettre des pénalités, d'assister aux actes de réceptions du contrat ou encore d'inspecter le cours de la réalisation du service.

En Belgique, l'article 37 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, prévoit que « quelle que soit la procédure, des vérifications sur pièces comptables et des contrôles sur place peuvent être effectuées par les personnes désignées à cet effet par le pouvoir adjudicateur. » Cette possibilité existait en Belgique sous le précédent arrêté royal. Cependant, aujourd'hui, la vérification n'est plus conditionnée à son existence dans les documents du marché. Il aurait été possible d'imaginer que la disposition française fasse preuve d'autant d'explicité.

Par ailleurs et à la manière du système espagnol, l'adjudicateur désigne par écrit le fonctionnaire dirigeant. Ce dernier est la personne qui disposera du pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution. S'il compose l'équipe de l'adjudicateur, les limites éventuelles à ses pouvoirs doivent être notifiées à l'adjudicataire sauf si elles ne figurent dans les documents du marché.

⁶⁰ Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, BOE n°. 123, 2015.

⁶¹ JUNTA DE ANDALUCIA, « Recomendación 1/2012, de 4 de diciembre, en relación con los trabajadores de las empresas en los contratos de servicios. »

41. En revanche quand le « fonctionnaire dirigeant » est extérieur à l'adjudicateur il faut informer l'adjudicataire de la teneur du mandat éventuel sauf si cela figure dans les documents du marché. Cela suppose donc que si une telle notification n'existe pas, les pouvoirs du fonctionnaire dirigeant ne sont pas effectifs. Dans cette perspective il faut également s'arrêter à l'article 39 de l'arrêté royal du 22 juin 2017⁶², qui mentionne cette possibilité de délégation.

42. La France gagnerait à s'inspirer du modèle espagnol en la matière. Dès lors cela permettrait de contrôler les autorités contractantes qui s'accorderaient quelques libertés face aux lois de transpositions. Par ce biais il s'agit également d'un contrôle permettant de veiller au respect des règles européennes et d'assurer l'effectivité du marché intérieur.

Cependant aux vues des méthodes mises en œuvre dans les droits nationaux et leur efficience partielle, les institutions de l'Union européenne ont entendu assurer un contrôle des mesures de transposition.

Paragraphe II : Un cadrage européen indispensable

43. L'Union Européenne est composée de 28 États membres. Or c'est tout autant de mesures de transpositions différentes qui existent. Un défaut de contrôle des mesures de transpositions affaiblirait l'effectivité du droit européen et sa primauté face aux droits nationaux. (A) Face à un tel risque, la Commission européenne oblige les États membres à envoyer un rapport à la suite d'une mesure de transposition (B).

A – Des techniques de transposition pléthoriques

44. **Les outils normatifs utilisés par les rédacteurs des transpositions de la directive 2014/24/UE.** L'idée est ici d'analyser non pas le contenu sinon la forme utilisée. En effet, le fait de choisir, une loi, un décret ou autres, a une influence sur la transposition. Le risque est que chaque État privilégie les acteurs nationaux, et *de facto*, que cela favorise un comportement protectionniste. Pour cela, il semble indispensable d'examiner le contenant et ses objectifs d'un point de vue national.

⁶² Arrêté royal du 22 juin 2017 Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics MB 27/06/2017..., *op. cit.*

En France, la transposition de la directive a été réalisée par la voie de l'ordonnance. Cet outil permet de donner au Gouvernement l'ambition de mener la politique souhaitée. Cependant comme nous le savons, cette possibilité intervient après une loi d'habilitation qui doit remplir plusieurs critères. Ici cela est prévu par l'article 42 de la loi du 20 décembre 2014⁶³. Par la suite la loi dite Sapin II⁶⁴ a octroyé une valeur législative à l'ordonnance.

L'idée promue par l'ordonnance est de soumettre les acheteurs à un corpus juridique unique. Nous pouvons nous en féliciter mais des critiques sont à apporter. Tout d'abord le choix de l'ordonnance a été fortement critiqué politiquement. Les arguments apportés pour justifier ce choix n'ont pas convaincu. En effet les défenseurs de cette option ont souligné le manque de rapidité du processus parlementaire. Or ce qui est le plus long finalement est la charge administrative plus que le fonctionnement du Parlement. Mais nous n'irons pas plus loin dans cette analyse car il s'agirait de franchir la frontière du terrain politique pour délaissier le juridique.

Dès lors d'autres critiques peuvent être apportées. Tout d'abord, il est possible de penser que cela s'oppose à la tendance de la participation du Parlement national, au droit européen⁶⁵. Ensuite, le risque est que d'une part cela « remet en cause la structure institutionnelle départissent l'autorité législative de son pouvoir ». D'autre part cela « ne permet pas de réaliser un contrôle satisfaisant de l'adaptation de la formulation de la norme au droit interne.⁶⁶ » En somme, il peut en résulter une mauvaise adaptabilité de la norme européenne à la norme interne.

45. En outre, émane le choix de fixer uniquement les grands principes dans l'ordonnance puis les mesures d'application par décrets. Cela peut être périlleux. En effet cela signifie qu'un justiciable puisse contester certaines dispositions. Le risque est donc présent et cela ajoute un indice de vulnérabilité. Toutefois, on peut comprendre ce choix car la modification d'un décret est plus souple que celle d'une loi. Cette souplesse suppose une plus grande adaptabilité et on peut finalement y voir un avantage.

46. D'ailleurs en Allemagne, le cadre juridique est similaire, en ce que la transposition a été réalisée par une loi et des textes de valeur réglementaire. Cependant, la loi

⁶³ LOI n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives, 2014, p. 20.

⁶⁴ Loi n° 2016-1691 du 09/12/2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique..., *op. cit.*

⁶⁵ Conseil d'Etat, *Etude du Conseil d'Etat Directives européennes : anticiper pour mieux transposer* - 2015.

⁶⁶ *Ibid.*

de transposition n'est pas réellement une loi en matière de marchés publics mais plutôt une loi contre les restrictions faites à la concurrence. Le VgV encadre les atteintes à la concurrence et une partie d'elle concerne la GWB qui fait référence au « public procurement. » Cela résulte de la méthode de transposition. En effet en Allemagne, une loi transposant une directive ne conduit pas forcément à des modifications générales du cadre juridique. C'est le système du « principe en cascade » chaque loi vient se superposer et être installée au-dessus de celles existantes. Cela crée des lois en cascades qui se réfèrent chacune entre elles.

Le problème de ce système est le risque d'insécurité juridique qui en résulte. Émane un vrai manque de clarté et de transparence. Il n'y a pas un corpus juridique législatif propre et un autre réglementaire comme c'est le cas en France. En ressort donc un brouillage juridique. Dans le VgV par exemple, les dispositions concernant la transposition de la directive 2014/24/UE sont les paragraphes 97 à 135 puis 155 à 184.

À ceci, s'ajoutent des décrets. Si, on entre dans le détail on voit à quel point la différence s'accroît avec le modèle français. En effet le décret marché public français a la même vertu unificatrice que l'ordonnance. Or ici, le décret constitue des strates supplémentaires. En Allemagne il y a le VOL qui concerne les conditions de passation pour les marchés de fournitures et de services et le VOB⁶⁷ pour les marchés de travaux. Sans aucune prétention ni ethnocentrisme juridique, ce choix est critiquable car il manque de simplicité et de transparence. Cela peut être un obstacle pour des petits acteurs privés nationaux souhaitant participer à des procédures de marchés publics. De même manière cela est un obstacle aux échanges transfrontières.

Une autre différence réside également dans le décret. Si nous prenons en exemple le VOB, la partie A énonce les règles applicables. Cela est similaire au modèle français. Mais la partie B indique des règles spéciales d'application. Cette partie B est finalement l'équivalent de nos cahiers des clauses administratives générales (CCAG) français. Cela s'explique par le fait que les marchés publics sont des contrats conclus sous le droit privé. Dès lors les rédacteurs allemands ont voulu créer un cadre plus protecteur que celui du Code civil.

Ce sont des « conditions générales contractuelles » au sens où le code civil allemand l'entend. Ce sont tous les termes pré-formulés pour un grand nombre de contrats. Il est possible selon le

⁶⁷ *Landesrecht BW VOB/A 2016 | Vorschrift | Abschnitt 1 : Basisparagrafen Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil A Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen Ausgabe 2016 | gültig ab 01.10.2016, 2016.*

code civil d'intégrer ces conditions dans le contrat ou de les formuler dans une autre partie du contrat. Il découle de tout ce qui précède que la version de transposition française est plus claire et lisible que celle allemande.

47. À propos de la transposition belge, celle-ci ne manque pas d'être transparente et bien au contraire. Les rédacteurs belges ont réalisé un corpus des dispositions générales dans la loi et ont réalisé des renvois vers l'arrêté royal. Mais alors que la France a fait le choix de créer une ordonnance pour chaque directive et donc de séparer les disciplines, la Belgique à mêler les dispositions traitant des secteurs classiques (Titre II) et les celles relatives aux secteurs spéciaux (Titre III).

Si en France le fait de fixer uniquement dans la loi les dispositions générales est synonyme de choix, en Belgique cela est une limite constitutionnelle⁶⁸. Cela est la conséquence de la structure, de l'État fédéral et de l'octroi des compétences complémentaires aux communautés ou au Roi⁶⁹.

Ainsi, à côté des actes législatifs, les dispositions relatives aux marchés publics s'expriment à travers des arrêtés royaux. Ce sont des actes réglementaires qui ont valeur infra-législative. La règle de principe et générale découle de l'article 108 de la Constitution Belge. L'article 105 réitère ces propos en limitant la compétence des arrêtés royaux aux compétences attribuées par la Constitution et les lois particulières. En outre « lorsqu'une loi particulière attribue formellement au Roi un pouvoir normatif qui excède les limites d'une pure « exécution des lois », cette loi doit être portée en vertu de la Constitution⁷⁰.» Néanmoins, cet outil est à différencier d'autres moyens d'actions. En effet, si en France l'appellation décret est utilisée, en Belgique elle renvoie au pouvoir décrétable des Gouvernements et régions wallonnes et flamandes. Ces décrets ont une valeur législative. Dès lors l'arrêté royal a une dimension globale et applicable sur le territoire national, que les décrets gouvernementaux n'ont pas. Puis si sa valeur est infra-législative, elle est située juste en deçà de loi⁷¹ et n'a pas la même valeur que les arrêtés ministériels ou autres.

⁶⁸ CONSEIL D'ÉTAT BELGE, *PRINCIPES DE TECHNIQUE LÉGISLATIVE - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires* - Belgique, 2008.

⁶⁹ Conseil d'État *Avis N° 58.235/1* DU 17 NOVEMBRE 2015.

⁷⁰ Yves LEJEUNE, " Droit Constitutionnel Belge - Fondements et institutions ", P.92 *Larcier*.

⁷¹ *Ibid.*

D'ailleurs, comme l'a mis en avant l'avis du Conseil d'État⁷², « plusieurs dispositions du projet habilite le Roi à fixer les modalités, ou règles additionnelles ou règles autres, spécifiques (...) ». Ces renvois témoignent de la volonté de fixer un cadre législatif général et un réglementaire plus précis. Cependant le Conseil d'État a mis en garde le législateur de fixer les objectifs à atteindre et de manière précise et explicite. Dès lors on note une certaine latitude accordée au Roi tout en encadrant son champ d'intervention.

48. Dans une autre mesure, on peut apprécier le regroupement des définitions en un article dans la loi marché public. La France aurait pu s'inspirer de cette idée. Cela facilite la lecture de la disposition et évite un renvoi aux dispositions particulières notamment quand le terme est utilisé à maintes reprises. Par ailleurs alors que la France a fait le choix de ne pas transposer la partie Gouvernance de la directive la Belgique s'y est soumise. Cette partie concerne les obligations propres aux États membres et non aux particuliers. Par ce biais, le Gouvernement belge va à l'encontre des conseils émis par le guide légistique⁷³ qui indique qu'il ne faut pas transposer « les dispositions qui concernent exclusivement les autorités des États membres. »

49. D'ailleurs, l'Espagne a également fait le choix d'indiquer dans sa loi de transposition une partie gouvernance. On peut penser que c'est un choix allant dans le sens d'une meilleure transparence. C'est un des objectifs visés par la loi de transposition comme nous allons le voir infra.

Mais avant tout, l'Espagne a fait le choix d'une transposition par la loi. Sa structure est tout d'abord différente en ce qu'elle transpose en une seule loi les marchés publics et les concessions. Ainsi certaines dispositions seront générales aux deux contrats et d'autres seront spéciales. Cela résulte de l'appellation générale de la loi qui renvoie aux contrats du secteur public (*contrato del sector público*)

Cependant si la transposition est législative, d'autres textes de valeur réglementaire viennent préciser certaines données. On note alors qu'il y a les normes générales où est intégrée la loi et d'autres décrets et décrets royaux. Puis des divisions matérielles sont effectuées, comme les dispositions relatives aux contrats de défense. Par ailleurs sont utilisés des « *ordenes ministeriales* », ou encore des « *resoluciones* »

⁷² Avis du Conseil d'État N° 58.235/1 DU 17 NOVEMBRE 2015..., *op. cit.*

⁷³ *Guide légistique 3e édition, mise à jour 2017*, la documentation française.

50. Tout d’abord il faut savoir que seules les décrets royaux (reales decretos) et les ordonnances ministérielles (ordenes ministeriales) sont à proprement parlé des règlements au sens de l’article 97 de la Constitution espagnole. Les premiers sont des règlements dictés par le Conseil des ministres en tant qu’organe collégial. Ce sont les actes les plus élevés réglementairement. C’est à travers les décrets royaux que se développent les lois d’un point de vue réglementaire.

Concernant les ordonnances ministérielles, elles ont également une nature réglementaire. Ce sont des actes pris par un ministre à propos d’une matière qui entre dans son champ de compétence.

La transposition espagnole semble intéressante. Néanmoins en termes de simplicité on peut préférer la version française qui certes répète dans les deux ordonnances des règles communes aux marchés publics et concessions mais qui ont la vertu d’être transparentes et compréhensibles.

51. Néanmoins en vue d’une prochaine codification, on peut tout à fait suivre le modèle espagnol qui consiste à regrouper les règles qui s’appliquent d’une manière globale puis traiter des règles propres aux marchés publics et concessions séparément. En termes de transposition d’ordonnance la forme choisie par la France semble plus opportune même si elle est quelques fois contestable comme nous l’avons vu supra. Mais pour la codification, il semblerait que le modèle espagnol soit un exemple dont il faille s’inspirer.

Tableau récapitulatif :

| | Textes législatifs | Textes réglementaires |
|-------------|--|--|
| • Allemagne | <ul style="list-style-type: none"> • Act Against Restraints on Competition (GWB) 18/04/2016. • | <ul style="list-style-type: none"> • Procurement Ordinance (Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge - VgV). • VOL • VOB |

| | | |
|--|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Belgique | <ul style="list-style-type: none"> • Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics : C-2016/21053. • | <ul style="list-style-type: none"> • Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. • Arrêté royal du 22 juin 2017 relatif aux règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics. • Arrêté royal du 15 avril 2018 modifiant plusieurs arrêtés royaux en matière de marchés publics et de concessions et adaptant un seuil dans la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions |
| <ul style="list-style-type: none"> • Espagne | <ul style="list-style-type: none"> • - Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 | <ul style="list-style-type: none"> - Voir code des contrats du secteur public. |
| <ul style="list-style-type: none"> • France | <ul style="list-style-type: none"> • Ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015. | <ul style="list-style-type: none"> - Décret 2016-360 du 25 mars 2016. |

52. Comme cela a été mis en exergue, chaque État membre a sa manière de transposer les directives. La forme peut avoir des conséquences sur l'effectivité de la transposition, suivant que l'on choisisse des outils législatifs ou réglementaires. Face à ces nombreux choix qui incombent aux États

membres, les institutions ne peuvent pas rester inertes, au risque de voir la diffusion de leur droit réduit. Dès lors il est intéressant d'étudier les moyens de contrôle des autorités européennes.

B – Un monitoring rendu obligatoire par la Commission européenne

53. Ce développement a pour objectif de démontrer que les contrôles de transposition de la Commission européenne a des conséquences sur le choix de transposition des États membres. C'est pourquoi il est important d'étudier les communications entre ces derniers et la Commission à la suite de la transposition d'une directive.

54. Tout d'abord il semble important de mettre en relief la déclaration politique commune du 28 septembre 2011⁷⁴. Selon celle-ci, il découle de l'obligation de transposition correcte et dans les délais des directives un principe d'envoi d'informations à la Commission européenne. Cette obligation est également issue du fait que « la mise en œuvre effective du droit de l'Union (...) » est « une question d'intérêt commun⁷⁵. »

55. Dès lors, selon la jurisprudence de la CJUE⁷⁶, l'information fournit « doit être claire et précise » et doit « indiquer sans ambiguïté quelles sont les mesures législatives, réglementaires et administratives au moyen desquelles l'État membre considère avoir rempli les différentes obligations que lui impose la directive. » A ceci, la déclaration politique commune de 2011⁷⁷ étend les informations demandées et nous fait donc comprendre que la transposition des directives n'est pas uniquement la transcription dans un texte législatif et réglementaire. Comme cela est mis en relief cela concerne « les autres dispositions du droit national et le cas échéant, la jurisprudence des tribunaux nationaux (...). » Le défaut d'envoi peut être considéré comme un manquement par la jurisprudence de la Cour.

Nous comprenons donc que cette transmission n'est pas une formalité facultative incombant aux États mais bel et bien une obligation. Mais il n'est pas fait mention du caractère public de cet envoi. Il aurait été utile d'obliger une telle publicité pour une meilleure transparence des transpositions dans le droit interne de toutes les directives.

Cette obligation publique, est cependant présente en matière de marchés publics dans la directive 2014/24/UE. En effet, l'article 83 de la directive marché public prévoit que « le 18 avril 2017 au plus

⁷⁴ « Déclaration politique commune des États membres et de la Commission sur les documents explicatifs 2011/C 369/02 du 28 septembre 2011 ».

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ CJCE 11 juin 2015 *Commission européenne c/ République de Pologne*, aff. C- 29/14 p. 14.

⁷⁷ *Déclaration politique commune du 28 septembre 2011 des États membres et de la Commission sur les documents explicatifs 2011/C 369/02.*

tard et tous les trois ans par la suite, les États membres présentent à la Commission un rapport de contrôle (...). » De plus il est mentionné qu'au paragraphe 2 dudit article les autorités ou structures de contrôle rendent publics les résultats des contrôles effectués. Cette obligation est source de transparence et exerce une contrainte sur les autorités chargées de la transposition.

Cette règle a été transposée dans la loi Belge à l'article 163. C'est le Roi qui doit créer un point de contact avec la Commission européenne pour permettre de tels échanges. En Espagne cette mission incombe à la « Junta consultiva de contratación pública del Estado ». Il n'y a donc pas d'article spécifique à cette mission dans le code espagnol mais une référence faite à l'article 328 alinéa 4 qui explique les missions de cet organe.

L'article 83 de la directive n'est pas obligatoirement transposable. La France et l'Allemagne ont fait le choix de ne pas l'insérer dans leurs lois de transposition. Cependant les effets de cet article existent tout de même malgré ce choix.

56. Le but premier de ces transmissions, est la mise en perspective des difficultés rencontrées par les États membres lors de leurs transpositions et de l'évolution d'insertion des PME dans les marchés publics. Dès lors, compte tenu de l'étendue des analyses réalisées par les États nous nous arrêterons sur cet aspect. Ce document nous permettra ainsi d'étudier la stratégie nationale en matière de marchés publics dans ces États.

Ensuite, cette disposition est complétée par les articles 84 et l'article 85, qui pour le dernier impose une étude plus poussée. Il est fait mention de l'obligation de transmettre à la Commission « un rapport statistique présentant une estimation de la valeur totale agrégée » des marchés qui auraient pu être soumis à la directive 2014/24/UE. Cela permet d'une certaine manière de voir les détournements réalisés en passant des marchés en dessous des seuils.

57. Dès lors, dans le cas de Français⁷⁸, de Belgique⁷⁹ et de l'Espagne⁸⁰, un rapport de contrôle a été publié en 2018 et met en relief ces éléments. Faute de traduction du rapport allemand⁸¹, il ne sera pas aisé de se saisir des éléments mis en avant.

Face aux diversités des problèmes rencontrés et à la problématique du mémoire il semblerait judicieux de s'arrêter, pour le moment, uniquement sur l'état d'insertion des PME dans les marchés publics en

⁷⁸ Ministère de l'économie et des finances et MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES, *Rapport à la Commission européenne relatif à l'application de la réglementation en matière de marchés publics pour la période 2014-2016*.

⁷⁹ *Landesrecht BW VOB/A 2016 | Vorschrift | Abschnitt 1 : Basisparagrafen Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil A Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen Ausgabe 2016 | gültig ab 01.10.2016*, 2016.

⁸⁰ MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCION PUBLICA, *Informe relativa a la contratación pública en España - 2017*, Espagne, 2018.

⁸¹ DIE BUNDESREGIERUNG, *Monitoring-Bericht der Bundesregierung zur Anwendung des Vergaberechts 2017*, 2017.

expliquant les données chiffrées. De plus compte tenu de la dimension comparative de notre développement, les rapports étrangers concentreront notre intérêt. L'objectif est en effet de relever ce qui peut être utilisé en France

58. Avant tout, des précisions définitionnelles s'imposent. C'est tout d'abord une recommandation européenne⁸² qui à l'article 2 donne une définition de la petite et moyenne entreprise. Celle-ci n'est toutefois pas contraignante. Ce texte prévoit également des exceptions à la qualification de PME relative à l'insertion dans le capital de financements issus « d'organismes publics ou collectivités publiques (...) »

En France c'est l'article 51 de la loi de modernisation de l'économie⁸³ qui définit les critères quantitatifs de la PME. Ces indices sont identiques à ceux de la directive. Il en va de même dans le cas Belge.

En Espagne, la circulaire du 27 septembre 2013 de la banque d'Espagne⁸⁴, a modifié la précédente circulaire de 2008 et ajusté son contenu à la recommandation européenne de 2003. Dès lors les définitions sont identiques dans les deux textes.

En Allemagne, est connue la notion de Mittelstand. Cette notion est générique et recouvre à la fois les PME, les entreprises familiales et les « champions cachés⁸⁵ ». Concernant à proprement parler des PME elles constituent 99 % des sociétés du Mittelstand. Leurs définitions ne répondent pas à celle de la recommandation européenne. En effet est retenue celle de l'institut für Mittelstandsforschung ifm Bonn⁸⁶ qui publie ces données :

| Taille de l'entreprise | Nombre d'employés | Chiffre d'affaire annuel |
|------------------------|-------------------|--------------------------|
| Micro | Maximum 9 | 2 millions |
| Petite | Maximum 49 | 10 millions |
| Moyenne | Maximum 499 | 50 millions |
| « KMU altogether » | Moins que 500 | 50 millions |

Nous pouvons tirer de ce constat l'idée que la comparaison chiffrée de la participation des PME aux marchés publics sera faussée. En effet la définition allemande étant plus large, la proportion des entreprises participantes sera plus grande.

⁸² *Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micros, petites et moyennes entreprises C-2003 1422, 2003.*

⁸³ *LOI n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, 2008.*

⁸⁴ *Circular 4/2013, de 27 de septiembre, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 3/2008, de 22 de mayo, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos, 2013.*

⁸⁵ Gerald LANG, « Une spécificité allemande : le mittelstand », *Réalités industrielles*, août 2013.

⁸⁶ « SME-definition of IfM Bonn », <https://en.ifm-bonn.org/definitions/sme-definition-of-ifm-bonn/>.

En outre, même si les lois de transpositions possèdent les mêmes caractéristiques, il sera difficile de promouvoir une harmonisation et de favoriser les PME nationales quand, les acheteurs pourront s'approvisionner dans d'autres États européens où l'environnement macroéconomique accroît la compétitivité des PME. Le risque est la formation d'un dumping car les PME allemandes seront naturellement plus puissantes. Finalement cela reviendrait à vouloir des modifications en modifiant les conséquences plutôt que les causes des disparités entre PME nationales. Ainsi une définition européenne de la PME devrait être engagée. Cela est tout à fait possible à l'heure où parallèlement au droit de la commande publique, se dessine un code européen des affaires. En effet, un livre blanc sur l'avenir de l'Europe a engagé ce projet en s'inspirant du modèle de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.

59. Dans cette perspective, et sans même privilégier l'uniformisation, il semblerait intéressant de créer un « reporting européen des mesures prises pour favoriser l'accès des PME aux marchés publics⁸⁷. » Cela permettrait aux États de s'inspirer de leurs voisins pour favoriser l'intégration de ces entreprises aux marchés publics. Puis d'un point de vue plus global cela renforcerait les entreprises européennes face à celles extra-européennes.

L'avantage de ce rapport est qu'il met en avant les outils nationaux pour favoriser l'insertion des PME dans les marchés publics et a fortiori, les indications pour les pousser à être plus compétitives.

Ainsi, à la lecture du rapport français comprenons-nous que la France semble s'appuyer sur la lutte contre les retards de paiement pour favoriser l'insertion des PME dans les marchés publics. Il est alors fait mention du décret du 29 mars 2013⁸⁸ qui « unifie le régime juridique pour le paiement des sommes dues aux tiers. » Ces mesures sont encourageantes et permettent de rassurer une PME dont les moyens financiers sont limités. Pareillement et implicitement, si les banquiers savent que des mesures sont prises en faveur des PME, cela les incitera à octroyer des prêts.

60. Dans le rapport belge, est fait référence à l'accord de gouvernement du gouvernement Michel⁸⁹. La partie une de cet accord, traite de l'emploi et de la compétitivité. Le point 10 de cette partie entend « donner toutes les chances aux entrepreneurs. » Le point 11 traite de la simplification administrative. En guise de simplification l'accord de Gouvernement a entendu rendre obligatoire la signature électronique pour les autorités publiques. L'obligation ne concerne que ces derniers. Face à eux les « autorités publiques fédérales seront incitées à réclamer à leurs fournisseurs une facture électronique. » Si cette règle est insérée dans la législation belge, nous pouvons estimer qu'elle

⁸⁷ « NOTE DE POLITIQUE GÉNÉRALE (*) Classes moyennes, Indépendants, PME, Agriculture et Intégration sociale du 23 octobre 2017 DOC 54 2708/022 ».

⁸⁸ Décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, 2013, p. 2.

⁸⁹ PREMIER MINISTRE CHARLES MICHEL, *Accord de Gouvernement du 09/10/2014*, 2014.

impactera les échanges lors d'un marché public. En France, l'arrêté du 12 avril 2018⁹⁰ rend également la signature électronique obligatoire pour les procédures formalisées.

On peut par ailleurs noter, l'existence d'un système de « newsletters » des marchés publics. En effet les PME ayant été intéressées par certains marchés publics recevront des notifications leurs indiquant qu'un marché est susceptible de les intéresser. On peut tout à fait imaginer un tel système en France qui peut être réalisé par le BOAMP ou une autre instance. Pareillement, cette activité peut consister en une forme de conseil aux entreprises. La PME comme nous l'avons mis en exergue peut aller d'une simple microentreprise à une entreprise faisant un chiffre d'affaire annuel de plusieurs millions d'euros. Dès lors certains dirigeants ne pourront pas se livrer à ses activités de recherches chronophages. Dans cette perspective, le rapport de contrôle espagnol, réitère cette idée car il indique que l'ignorance des offres en cours et de leurs délais étaient une des difficultés détectées.

Ensuite, il faut relever que le cadre juridique allemand est propice au développement des PME. Tout d'abord d'un point de vue fiscal, la taxation leur étant imputée ne dépend pas de la taille mais de la forme juridique. Dès lors cela ne freine pas le développement de ces entreprises. Par ailleurs, « la politique budgétaire appliquée au niveau fédéral et régional permet aux entreprises de se refinancer à des taux très faibles⁹¹. »

61. Cela pose donc la question des financements auprès des banques. En effet de nombreuses PME ne peuvent prétendre assurer un marché public en raison du manque de financement dont elles disposent. Là encore, il sera possible de prévoir tous les outils pour diviser les marchés ou autres, cela ne conduira pas pour autant à une meilleure insertion. Des dispositifs nationaux sont nécessaires pour encourager les financements des PME. Cela est d'autant plus primordial que dans les rapports de contrôle soumis à la Commission européenne, ce défaut de financement était indiqué. Le rapport espagnol par exemple, souligne qu'à la suite de la crise des subprimes, il était difficile aux PME espagnoles de se relever⁹². Cela est également dû au manque de financements des banques.

62. En Allemagne, la crise a eu peu d'impact sur les PME. D'un point de vue bancaire il apparait dans ce pays que le recours au prêt est plus aisé pour ces PME. En effet il y a un système de relations « avec les banques maisons » (Hausbank) qui assurent plus de 40% des prêts pour les PME. Leur part de « marché en la matière dépasse tant celle des banques coopératives que celles des grandes banques commerciales⁹³. »

⁹⁰ Arrêté du 12 avril 2018 relatif à la signature électronique dans la commande publique et abrogeant l'arrêté du 15 juin 2012 relatif à la signature électronique dans les marchés publics, 2018.

⁹¹ Gerald LANG, « Une spécificité allemande : le mittelstand »..., *op. cit.*

⁹² MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCION PUBLICA, *Informe relativa a la contratación pública en España - 2017...*, *op. cit.*

⁹³ Karl-Peter SCHACKMANN-FALLIS, « Le Mittelstand et son financement », *Regards sur l'économie allemande. Bulletin économique du CIRAC*, 108, 2 avril 2013, p. 5- 13.

Le succès de ces caisses d'épargne est aussi culturel. En effet ces dernières assurent une mission d'intérêt public (öffentlicher Auftrag) accordant un statut particulier à ces banques. Tout d'abord, elles sont intégrées dans le paysage local à la manière des PME. Elles sont vectrices de mêmes valeurs – proche du territoire local – et servent « exclusivement ce marché local » à la manière « de certains services économiques d'intérêt général. » Ces banques connaissent donc les attentes et les risques du marché local⁹⁴. Cette proximité est également favorable aux PME en ce que ces acteurs ont des données internes qui sont anonymes, tirées des résultats d'autres clients. Ces données sont relatives aux perspectives d'une branche ou d'un secteur d'activités. Cela est en partie dû à la proximité des relations entre la banque et la PME. Ce faisant, lorsqu'une PME voudra participer à un marché public, le conseiller bancaire pourra prévenir l'entreprise des risques qu'elle encourt. Nombre de PME n'ont plus les capacités d'assurer leurs missions en raison d'un manque de financement ou d'une mauvaise évaluation du marché. Face à ce problème on peut imaginer que ces relations évitent cette prise de risque. Pour pallier ce comportement, l'autorité contractante qui publie son besoin pourra être rassurée car elle saura qu'un contrôle approfondi va être assuré en amont. La conséquence ne peut en être que positive car les pouvoirs adjudicateurs seront plus enclins à contracter avec des PME.

D'un point de vue européen, cette proximité et cette facilitation de l'octroi du crédit renforce la position des entreprises allemandes. Quand bien même la transposition de la directive serait identique, les environnements juridiques créent des différences.

63. La conclusion à tirer de cet exemple est, qu'il faille qu'à côté de la transposition, des mesures soient prises en faveur des PME. Les banques ont un rôle moteur dans la vie des PME et il est nécessaire de faciliter leur accession à l'emprunt. Ce recours ne doit pas se faire sans contrôle et sans instaurer des relations de proximité.

64. L'objectif de cette présentation est de prouver que le but de la transposition d'une directive est de permettre au texte d'avoir des effets concrets. Or en laissant un cadre juridique et économique peu propice aux acteurs privés, les effets de la directive ne pourront pas être correctement assurés. Puis on peut encourager ces rapports d'évaluations envoyés à la Commission qui, s'ils permettent d'assurer une bonne transposition de la directive, indiquent également les outils nationaux qui ont été utilisés. Cette démonstration s'est consacrée aux PME, mais ces rapports d'information seront utilisés tout au long de ce mémoire pour saisir les tenants et aboutissants des transpositions de la directive. De même manière il sera aisé de déceler les dispositions où les États ont eu le plus de difficulté.

Après avoir esquissé cette réalité et démontré de quelle manière les contrôles pouvaient avoir une grande influence sur les mesures de transposition, il conviendra à présent d'étudier la manière

⁹⁴ Gerald LANG, « Une spécificité allemande : le mittelstand »..., *op. cit.*

dont les dispositions d'harmonisation totale et maximale sont transposées. L'idée qui sous-tendra ce développement est de mesurer l'effectivité leur caractère.

Section 2. Un objectif d'harmonisation partiellement abouti

L'harmonisation est une notion protéiforme. Pour l'instant, il conviendra d'admettre que les rédacteurs européens ont souhaité créer un cadre juridique commun. Cela passe, notamment par l'utilisation d'une harmonisation totale. Toutefois, de telles harmonisations ne doivent pas pousser les instances nationales à transposer à l'extrême ces dispositions et ainsi créer un phénomène de surtransposition (paragraphe 1). Toutefois les intentions des rédacteurs européens ne sont pas toujours respectées. Alors même que le caractère harmonisateur peut être maximal ou total, les législateurs nationaux s'en écartent à de nombreuses reprises (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Portées et limites du processus d'harmonisation

65. Il découle de ce qui précède que l'Union Européenne a entendu créer un régime juridique commun applicable aux marchés publics. Pour cela plusieurs outils peuvent être utilisés. Dans ce développement nous tenterons d'illustrer la manière dont les textes européens ont créé des dispositions ayant une ambition harmonisatrice totale (A). L'interprétation de cette volonté peut cependant dévoyée par les États qui entreprennent une surtransposition des dispositions de la directive (B).

A - Harmoniser pour fonder un marché public commun

66. Le marché public est une composante du marché intérieur. Par ce biais, l'Union Européenne a souhaité créer un marché commun en la matière. Pour ce faire, certaines dispositions de la directive ont vocation à être appliquée de manière identique par les États. Dans la majorité des cas, ces éléments constituent le ciment de la matière. Nous allons traiter par exemple du Document Unique du Marché Européen (DUME) qui crée un système unique de communication des données entre pouvoirs adjudicateurs et opérateurs économiques. L'unicité de la technique, est le témoignage d'un abaissement des frontières économiques et promeut les échanges entre États membres. Ce document est conçu comme un outil favorisant la transparence et réducteur des lourdeurs administratives. Par ailleurs, il est prévu que seule la Commission peut au titre de l'article 290 créer des règles de

communications techniques⁹⁵. Cette information est le signe d'un possible encadrement de cette institution. Cela accentue donc l'idée d'harmonisation totale qui se dessine

67. La procédure une autre illustration à utiliser. Pour prouver qu'émane de la directive la volonté de créer un marché unique nous aurions pu analyser des procédures créées par le législateur européen. Ces dispositions ne laissent pas de marge d'interprétation aux États. C'est pourquoi elles ne seront pas traitées. Dès lors tous les États appliquent le même délai et le même contenu. Cependant la procédure ouverte est à isoler de cette affirmation. En effet, dans les conclusions générales de monsieur Maciej Szpunar⁹⁶, concernant une affaire relative entre autres à la procédure ouverte, est mentionné que « le législateur de l'Union n'a pas totalement harmonisé les règles relatives à la procédure ouverte. A ce titre, un État membre peut librement régler les questions relatives au déroulement de la procédure ouverte en droit interne, pour autant que les règles adoptées ne portent pas atteinte à l'effectivité des dispositions de la directive 2014/24/UE.⁹⁷ » La directive, même si elle fait référence à des délais, ne « comporte pas de règles portant sur le déroulement de la passation du marché.⁹⁸ » Dans cette affaire il s'agissait d'une procédure adaptée ce qui confère davantage de liberté aux pouvoirs adjudicateurs. Toutefois la base est identique et il apparaît que la rédaction européenne accorde une certaine latitude à ces derniers. Le DUME rejoint le même objectif car l'idée est de créer un cadre commun même s'il y a des spécificités nationales qui émergent. En revanche, le caractère novateur de cet outil rend sa compréhension difficile pour les différents acteurs. C'est pourquoi son étude est nécessaire.

68. Définition de l'harmonisation totale. Mais avant toute comparaison il faut s'entendre sur la définition d'harmonisation totale. Ici sera retenue celle de M. Van Liedekerke⁹⁹ qui indique qu'il y a harmonisation totale quand « la mesure communautaire impose des règles qui se substituent entièrement aux règles nationales existantes en la matière. Les États membres ne peuvent plus, dans le secteur réglementé appliquer des règles nationales différentes. » La disposition concernant le DUME répond à ces définitions.

Avant d'établir une comparaison des dispositions, et d'analyser si la transposition est plus ou moins réussie il faut étudier la forme que prendra le DUME en Belgique, Espagne et France.

I – Le format du DUME.

⁹⁵ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, 2014, vol.OJ L.

⁹⁶ CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MACIEJ SZPUNAR présentées le 26 juin 2018 Affaire C - 546/16 Montte SL contre Musikene, 2018.

⁹⁷ Ibid.31.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Dictionnaire Juridique des Communautés européennes, Presses Universitaires de France, 1993, p 556.

69. Un formulaire unique a été mis en place pour répondre aux demandes des autorités contractantes. En effet, le DUME est normalisé et présenté sous un format unique. Le règlement européen¹⁰⁰ de 2016 établit le formulaire type pour le DUME. Le caractère obligatoire découle de la date butoir fixée au 18 avril 2016 ou à la date des transpositions par les États de la directive. Selon son article 1^{er} : « le formulaire type figurant à l'annexe 2 du présent règlement est utilisé aux fins de l'établissement du document unique du marché européen (...). ». Les membres du Conseil d'État Belge ont dans un avis mentionné que le fait de fixer un modèle par la Commission européenne, « le rend uniforme pour l'ensemble de l'Union européenne.¹⁰¹ »

Cependant, compte tenu des traditions juridiques de chacun des États membres des différences peuvent exister.

Tout d'abord il faut mentionner que si en France existait la déclaration sur l'honneur, l'Espagne avait inventé la déclaration responsable (declaración responsable) comme le mentionne l'article 146 § 1 alinéa d) du TRLCSP¹⁰². En Belgique, cela existait également dans les conditions qui étaient celles de l'article 61 § 4 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011¹⁰³.

70. Le modèle espagnol. L'étude du DUME dans cet État, (DEUC en Espagnol) doit être étudié séparément en raison de sa spécificité. En effet, la présentation du DUME se fait par l'intermédiaire de cette déclaration responsable selon l'article 140 alinéa 1 LCSP. En effet les rédacteurs imposent que les demandes de participation ou les offres soient accompagnées d'une déclaration responsable dont la forme sera celle du DUME. C'est différent des autres pays étudiés qui ont modifié l'appellation des documents utilisés. Ici cela restera la déclaration originale qui prendra cette forme. Ce choix peut sans doute s'expliquer à la lumière de l'article 146 TRLCSP évoqué supra.

En effet la déclaration responsable contrairement à la déclaration sur l'honneur a une définition spécifique. Si nous lisons l'ancien article, sont listés des documents devant être envoyés auxquels s'ajoute cette déclaration responsable qui certifie que l'opérateur n'est pas interdit de contracter au moment de l'envoi des documents. Cela permettrait à l'autorité contractante de demander toutes les informations nécessaires du DUME mais également de pouvoir en solliciter d'autres issues du pli des clauses administratives particulières par exemple (PCAP).

Le fait même de faire référence à cette déclaration qui prendra la forme du DUME suppose de garder la même définition et de l'associer au DUME. Cette vision peut être retenue car la disposition

¹⁰⁰ Règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), 2016, vol.003.

¹⁰¹ Exposé des motifs - Projet de loi relatif aux marchés publics du 04/01/2016, 2016.

¹⁰² Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, 2016.

¹⁰³ Arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques du 15 juillet 2011, p 44862.

mentionne que les propositions devront être accompagnées d'une déclaration responsable qui s'ajustera au formulaire du DUME en conformité avec ce qui est indiqué à l'article suivant (...) ¹⁰⁴. L'article 141 auquel il est renvoyé indique que les organes de passation (órganos de contratación) incluront dans le pli, selon les exigences portées par la déclaration responsable, la déclaration qui devra s'ajuster sur le modèle du formulaire. Comme l'a indiqué une recommandation de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa « dans tous les cas le DEUC (traduction du DUME en espagnol) est conceptuellement la déclaration responsable de l'article 146.4 du TRLCSP ¹⁰⁵. » Finalement le modèle espagnol a synthétisé les obligations apportées par le DUME avec les spécificités espagnoles qui existaient avant la transposition de la directive 2014/24/UE.

En Belgique la notion de déclaration implicite sur l'honneur est conservée mais à la différence du modèle espagnol, c'est distinct du DUME. En effet cela ne concerne que les procédures inférieures aux seuils européens ou les procédures négociées sans publicité préalable auxquelles ne s'appliquent pas le DUME si cela représente une charge administrative.

¹⁰⁴ Article 140 alinéa 1 LCSP.

¹⁰⁵ *Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública.*

II- La production du DUME

71. L'obligation de produire le DUME. L'article 59 de la directive qui traite du DUME semble employer un ton impératif à l'égard des États. Tout d'abord « lors de la présentation de demande de participation ou d'offres, les pouvoirs adjudicateurs acceptent le document unique de marché européen (...). » Le verbe accepter est ici synonyme d'obligation de la part des pouvoirs adjudicateurs. La disposition française a transposé cette obligation dans le sens de la directive. Néanmoins en Belgique, si l'effet final est le même, la formulation n'est pas identique. En effet l'article 73 de la loi Belge souligne que les soumissionnaires ou candidats produisent le DUME. Ici l'obligation de produire incombe à l'opérateur économique alors qu'en France et selon la directive, l'obligation appartient aux pouvoirs adjudicateurs.

Néanmoins, à la différence du modèle français le DUME était obligatoire en version papier. En France l'article 49 de l'ordonnance marchés publics indique que « lorsqu'un opérateur économique utilise un (DUME) (...) l'acheteur n'est tenu de l'accepter que pour les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée (...) à compter du 1^{er} avril 2018 pour les autres acheteurs. » D'ailleurs l'arrêté royal belge du 15 avril 2018 a fixé le 18 avril 2018 comme date d'utilisation obligatoire du « DUME électronique. » Ensuite il devra remplir certaines informations. C'est une fois certaines données enregistrées, qu'il mettra les informations inscrites « à disposition des opérateurs économiques avec les autres documents de la consultation » pour que ces derniers puissent répondre à leurs tours.

En Espagne, la rédaction de cette obligation telle qu'elle découle de l'article 140 est similaire à la transposition belge. De prime abord, l'obligation de produire ce document incombent aux opérateurs économiques à la manière du modèle belge. En effet, il est indiqué que les propositions de la procédure ouverte devront être accompagnées d'une déclaration responsable qui s'ajustera sur le modèle du formulaire du DUME. La version espagnole utilise bel et bien le verbe devoir, conjugué au futur. Dès lors il s'agit bien d'une obligation incombant à ces derniers.

Pour autant la jurisprudence espagnole ne va pas dans ce sens. En effet dans une affaire portée devant le Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales¹⁰⁶, l'administration considère que, lorsqu'il s'agit d'une procédure de passation soumise à régulation harmonisée (donc au-dessus des seuils) cela est une obligation. L'entreprise requérante conteste cette vision. Le tribunal doit statuer à une date où la transposition de la directive par la loi de 2017 n'était pas publiée. Dès lors, elle a tout d'abord reconnu que le paragraphe 1 de l'article 59 est d'effet direct. Par ce biais, elle peut analyser le cas en se référant directement à cet article. Or cette disposition indique que les autorités contractantes

¹⁰⁶ *Exposé des motifs - Projet de loi relatif aux marchés publics du 04/01/2016..., op. cit.*

acceptent le DUME. Cela fait référence à ce que l'on invoquait supra et il s'agit d'une obligation à l'égard de l'autorité contractante. Ensuite le tribunal souligne que le DUME s'applique bien à cette procédure en analysant si la procédure et la nature du contrat le permettent, ce qui est le cas ici. Il découle de tout ce qui précède que, le tribunal entend conférer l'obligation à l'administration et non à l'opérateur économique.

Quid à présent de la transposition des conditions devant être intégrées dans le document ?

72. Les informations à apporter. En France, les dispositions concernant les preuves apportées par les candidats ou soumissionnaires sont divisées en deux articles : Les articles 48 et 49 du décret. Le premier traite des critères devant être mentionnés dans les documents. Cet article est général et concerne les déclarations sur l'honneur avant que le DUME soit obligatoire. Néanmoins un opérateur économique devra respecter les critères de l'article 48 et les interdictions de l'article 45 de l'ordonnance. Néanmoins, si l'article 48 indique que le candidat « produit à l'appui de sa candidature (...) les documents et renseignements demandés par l'acheteur », cela ne conduit pas l'acheteur qui reprendrait cette disposition à travers l'article 49, « d'exiger que les documents de preuve des informations transmises soient fournis à l'acheteur au stade de la candidature. » Finalement le modèle français contient les mêmes dispositions à respecter que la Belgique et la directive. Seule la formulation diffère. Cela résulte certainement de la volonté de prévoir des dispositions qui seront applicables avant et après l'obligation du DUME. En Belgique, la loi ne laisse guère de latitude aux acteurs. Cependant, selon un rapport de la Commission européenne quant à l'application du DUME¹⁰⁷, il apparaît que la Belgique fait partie des 6 pays de l'UE à ne pas avoir appliqué le DUME électronique avant la date obligatoire. Était utilisé soit le DUME version papier soit d'autres moyens de preuves.

La transposition allemande telle qu'elle résulte du § 50 du VgV est aussi différente de ce point de vue. En effet, ne sont mentionnés ni les conditions devant être remplies ni les critères d'exclusion. Néanmoins il est indiqué au deuxième alinéa de ce paragraphe qu'une fois que le DUME a été envoyé, l'autorité contractante peut demander au candidat ou soumissionnaire, à tout moment de la procédure, une partie ou toute information contenue dans les paragraphes 44 à 49 de la présente loi. Dès lors on peut comprendre par-là que les critères à respecter sont ceux des paragraphes susmentionnés.

73. L'autre originalité espagnole figure à l'alinéa 1 de l'article 140 en traitant de la documentation nécessaire pour les procédures ouvertes, et ensuite pour les procédures restreintes celles qui sont réalisées avec négociation, en dialogue compétitif ou en partenariat d'innovation. Cette différence peut être expliquée par les anciennes dispositions relatives à la déclaration responsable

¹⁰⁷ COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport de la Commission au Parlement Européenne et au Conseil sur l'évaluation de l'application pratique du document européen de marché unique DUME du 17/05/2017.*

comme cela a été évoqué supra. En effet, il en découle que l'application du régime juridique du DUME survient lorsque deux circonstances cumulatives apparaissent.

74. Tout d'abord il doit s'agir de procédures ouvertes, fermées, négociées avec publicité ou restreinte. Concernant la procédure négociée sans publicité cela est à nuancer. En effet le principe issu du règlement européen¹⁰⁸, est de simplifier la procédure. Or pour cette procédure cela consisterait en une surcharge administrative. Cela serait contre-productif¹⁰⁹. Ensuite lorsqu'il s'agit de procédures ouvertes, doivent figurer les preuves selon lesquelles la société est valablement constituée et qu'elle puisse présenter une offre ou candidature compte tenu son objet social¹¹⁰, qu'elle n'a pas été déclarée en d'interdiction de contracter. Doivent également figurer les conditions de solvabilité économique, financière et technique ou professionnelles dans les conditions qu'établissent le pli de conformité. Ces éléments sont à envoyer par le biais du formulaire du DUME. Ensuite il faut adresser un courrier électronique pour effectuer les notifications. Cette dernière obligation conduit à dématérialiser les échanges.

La version apportée par la transposition espagnole semble plus restrictive. L'Espagne a tendance à travers ces lois, de vouloir réguler la corruption. En effet la lutte contre la corruption occupe une large partie des dispositions de cette loi. Cela explique en partie cet encadrement excessif. Mais le côté pervers réside dans la complexité qui en résulte. Finalement, cette transposition compromet l'objectif de simplification.

Pour les autres procédures qui ont été invoquées supra¹¹¹, les demandes de participations doivent être accompagnées de cette déclaration responsable dans les mêmes conditions que celles qui ont été évoquées précédemment auxquelles pourront s'ajouter des critères objectifs qui ont établis par l'article 162 de cette loi.

Cet article fait référence à la sélection des candidats, et son alinéa premier aux critères objectifs ayant trait à la solvabilité des participants devant être mentionnés dans l'avis de passation. L'alinéa 2 souligne le cas où les organes de passation signalent le nombre minimum d'entreprises invitées à participer à la procédure. Le troisième alinéa fait référence aux critères ou normes objectifs et non discriminatoires conformément à ceux par rapport auxquels seront sélectionnés les candidats. Enfin le

¹⁰⁸ *Règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)...*, op. cit., p. 7.

¹⁰⁹ Il faut s'intéresser à la définition de charges administratives données par ce règlement. On peut se poser la question du caractère contraignant de cette notion car l'article 38 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 en donne sa propre définition qui exonère cette procédure négociée sans publicité préalable en prévoyant quatre hypothèses alternatives. Ensuite, autre condition pour qu'un contrat puisse se voir appliquer le DUME il doit être un contrat de travail ou fournitures, services.

¹¹⁰ *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.*, Artículo 140 a) 2017, p. 201.

¹¹¹ Article 140 b) : « Les procédures restreintes, de passation avec négociation, de dialogue compétitif et d'association pour l'innovation. »

quatrième alinéa concerne l'invitation des participants une fois que l'étude de la solvabilité et des caractéristiques sera traitée.

Dès lors s'il ressortait des conditions de la procédure ouverte une complexité, celles concernant les autres procédures peuvent être synonyme de davantage de lourdeurs administratives. La possibilité d'ajout des critères évoqués dépend du choix de l'autorité contractante. Ce n'est certes pas une obligation mais cela peut être un frein à l'insertion des PME ou des petits acteurs privés.

75. Les conditions minimales d'envoi. La loi allemande facilite davantage l'effort des opérateurs économiques car ce n'est que si l'autorité contractante demande des informations complémentaires que ces opérateurs peuvent les communiquer¹¹². Au départ, seuls les critères fixés par le DUME sont nécessaires. Cette idée de demande supplémentaire est présente dans toutes les lois belges et espagnoles. Néanmoins, les autres textes nationaux fixent les conditions à remplir ce qui n'est pas le cas ici visiblement. C'est notamment le cas en Espagne, lorsque l'organe de passation de même que la commission d'adjudication considèrent qu'existent des doutes raisonnables par rapport à la validité ou la fiabilité de la déclaration envoyée par les opérateurs économiques. C'est également le cas quand cela est nécessaire pour le bon développement de la procédure et dans tous les cas, avant l'attribution du contrat. Dès lors, il y a une double condition qui peut freiner la demande de ces autorités à l'égard des opérateurs.

76. Cependant, la conception allemande peut se rapprocher de la disposition française. Même si le décret n'indique pas dans ses dispositions la possibilité de demander des informations supplémentaires, cela peut découler de l'article 50 du décret qui dispose que « pour vérifier que les candidats satisfont aux conditions de participation à la procédure, l'acheteur peut exiger la production des renseignements et documents figurant sur une liste établie par l'arrêté du ministre chargé de l'économie. »

De plus l'article 49 du décret autorise l'acheteur à indiquer « dans les documents de la consultation s'il autorise les candidats à se limiter à indiquer dans le document unique de marché européen qu'ils disposent de l'aptitude et des capacités requises sans fournir d'informations particulières sur celles-ci. En l'absence d'une telle mention, cette faculté n'est pas autorisée. » Cela renverrait au même principe que le paragraphe allemand selon lequel seraient envoyées uniquement ce que l'on pourrait nommer les conditions minimales du DUME. Cependant une différence existerait. La disposition française conditionne cette possibilité à l'acceptation de l'acheteur alors que la disposition allemande non. Celle-ci est donc plus permissive.

Deux hypothèses sont possibles : Soit la version française est plus restrictive en ce qu'elle limite cette possibilité à l'acceptation de l'acheteur. La version allemande étant explicite et les versions espagnoles

¹¹² *Ordinance on the Award of Public Contracts (Procurement Ordinance (Vergabeverordnung – VgV) § 50.*

et belges même si elles ne les mentionnent pas, rendrait tout de même possible un tel envoi du DUME. Soit la version allemande est permissive et simplificatrice, la disposition française plus restrictive mais tolère une telle pratique et les deux autres textes rendraient cette pratique impossible. Il serait plus judicieux que la première explication soit la bonne. L'objectif de ce document est de favoriser entre autres l'insertion des PME dans les marchés publics. Cela éviterait que les entreprises fournissent un certain nombre de certificats ou de preuves et donc qu'il y ait un alourdissement des charges administratives. Le choix du premier objectif est envisageable. Comme cela a été mis en évidence par un avis du Conseil d'État¹¹³ à propos de la loi Belge, une conciliation entre la simplification et la clarté des informations devant être mises à disposition du pouvoir adjudicateur sont nécessaires. Dès lors, « il est prévu que les candidats ou soumissionnaires doivent présenter le DUME comme moyen de preuve provisoire en remplacement de certificats délivrés par des autorités ou par des tiers, et ce au moment de l'introduction des demandes de participation ou des offres. »

Néanmoins ce cas doit être distingué du renvoi de l'autorité contractante au DUME mis en ligne. En effet, toutes les lois de transposition mettent en avant la possibilité pour un opérateur de s'exonérer de produire certains documents justificatifs.

77. Le renvoi de l'autorité contractante aux documents mis en ligne. Le paragraphe 5 de la directive prévoit cette possibilité. Il s'agirait bien d'une exonération et non d'un tempérament car la phrase débute par « nonobstant le paragraphe 4. » Le paragraphe 4 fait allusion à la possibilité du pouvoir adjudicateur de demander des documents justificatifs supplémentaires si cela est nécessaire au bon déroulement de la procédure. Dès lors le terme de nonobstant, signifierait en dépit des dispositions du paragraphe 4. Si cela était un tempérament de ce paragraphe uniquement un autre terme plus spécifique aurait été sélectionné.

De ce fait, il faut que ces informations soient consultables sur une base de données nationale accessible gratuitement¹¹⁴. La disposition européenne mentionne que cette base de données peut être « un registre national des marchés publics, un dossier virtuel d'entreprise (...). » En Belgique par exemple, cette application se nomme « Télémarc ». Ensuite la disposition propose une solution alternative à cette base de données simplificatrice.

78. La réutilisation des documents. Si, l'autorité contractante possédait déjà auparavant toutes ces informations, l'idée même qu'une telle base ne procure pas les éléments justificatifs, n'est pas un obstacle en soi. Cela laisserait supposer que les documents soient actuels. Des contentieux sur cette disposition peuvent être imaginés. En effet, sur quelle base juridique pourra-t-on comparer les éléments détenus par l'autorité contractante et ceux qui auraient dû être transmis. Cela constitue une source de simplification pour les opérateurs économiques mais moins pour les autorités contractantes

¹¹³ Exposé des motifs - Projet de loi relatif aux marchés publics du 04/01/2016..., p. 123 *op. cit.*

¹¹⁴ Article 70 § 5 de la directive 2014/24/UE ; § 50 – 3 VgV Allemand ; Article 72 § 1 de la loi belge,

qui doivent sans cesse vérifier sur ces bases de données. Mais on peut imaginer que le gain de temps compense la précédente remarque. Si les effets des transpositions sont identiques, les formulations ne sont pas les mêmes. Les dispositions françaises¹¹⁵ et belges¹¹⁶ sont similaires à celle de la directive.

Le paragraphe 50 allemand, mentionne uniquement que les soumissionnaires et candidats n'ont pas à soumettre les documents à une autorité contractante qui les possèderaient déjà (already possesses the document). Les textes français et belges, à la manière de la directive, ajoutent l'obligation de confirmer « que les informations qui y figurent soient toujours valables ». La disposition allemande semble plus permissive en ce qu'elle soustrait de cette obligation les opérateurs économiques. Il faudra donc s'intéresser aux jurisprudences à venir pour savoir si c'est une réelle exonération ou si cette absence n'a aucun effet. À la lecture de la directive et du sens qu'elle revêt il faudrait tout de même pencher pour la deuxième solution pour deux raisons.

Tout d'abord nous pouvons penser que face à cette liberté existe un corolaire qui est inséré à l'alinéa 6 de l'article 59 de la directive. Il y est indiqué que « Les États membres rendent accessible et mettent à jour dans la base e-Certis une liste complète des bases de données (...). » Cette idée de mise à jour obligerait les États membres à actualiser ces données. Puis l'ambition d'harmonisation et de création d'un marché unique garanti par des procédures uniques seraient mis à mal par une telle disposition restrictive.

Finalement cette transposition française peut être assimilée comme toutes les autres au principe « dites-le nous qu'une fois. » En Belgique, le Conseil d'État en est venu à la même conclusion. Cette institution a donc conseillé aux opérateurs économiques d'indiquer que ces documents avaient été envoyés « dans leur demande de participation ou dans leur offre de la procédure durant laquelle ils avaient produit les documents visés. »

79. La création de base de données. Cette possibilité est autorisée par l'alinéa 5 de l'article 59 de la directive. Cela a été transposée en France à l'article 53 du décret, en Allemagne dans le § 50 alinéa 3 point 1, en Belgique par l'article 73, § 4 alinéa 1.

La disposition française prévoit un accès selon deux modalités. Soit par un système électronique de mise à disposition d'information d'un organisme officiel. Dès lors à l'échelle nationale il existe un organisme qui regrouperait toutes ces données. Il peut sinon s'agir d'un système de stockage outre que le précédent. Dans ce cas, il doit être mentionné dans le dossier de candidature.

Le texte belge ne mentionne pas ce choix et propose une solution unique. Sont en effet centralisées toutes ces données « dans une base de données nationale ». L'article 39 de l'arrêté royal du 18 avril

¹¹⁵ Article 49 § 2 du décret marchés publics.

¹¹⁶ Article 73 § 4 alinéa 2 de la loi belge marchés publics.

2017 indique que cette base de données se nomme Télemarc¹¹⁷. Cela est réitérée par l'avis du Conseil d'État Belge à propos de la loi de transposition¹¹⁸. Toutefois ceci n'est pas réellement une nouveauté dans le droit belge. Il est vrai que l'article 60§1 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoyait que si une autorité contractante pouvait accéder gratuitement par des moyens électroniques aux informations d'autres entités contractantes afin de vérifier la situation de l'opérateur économique, cela dispensait ce dernier de communiquer les informations demandées.

La transposition espagnole est toutefois plus originale. En effet il est indiqué à l'alinéa 3 – 2 que cette possibilité existe dans deux cas. Le premier ne figure pas dans les autres lois de transposition et concerne la présence du titulaire de l'entreprise (el empresario) dans le registre officiel des soumissionnaires et entreprises classifiées du secteur public (Registro oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público). Ce registre est défini à l'article 337 de la LCSP et a « pour objet l'inscription des données et conditions qui sont pertinentes pour accréditer les conditions d'aptitudes des titulaires d'entreprises pour contracter avec les administrations publiques et de plus les organismes et entités du secteur public (...) ». Il existe à l'article 341 de la même loi, le pendant de ce registre à l'échelle des CCAA. Dès lors les personnes y figurant auront ce droit-là. Le décret 28/2018¹¹⁹ a fait par exemple référence au registre de la CCAA de Castilla-la-mancha et pourrait être un exemple à suivre. Le deuxième cas fait référence. Aux conditions similaires aux autres lois de transposition, à savoir qu'y figure un dossier virtuel d'une entreprise dans un système de stockage, gratuit.

Néanmoins comme le rappelle la recommandation de la junta consultiva évoquée supra, il faudra mentionner dans les plis où il est possible de trouver ces informations. D'ailleurs l'article 63 de la loi espagnole promet davantage de transparence car il est indiqué que les organes de passation diffuseront exclusivement à travers internet, les éléments d'informations et les documents relatifs à son activité contractuelle. Dès lors cet accès devra être indiqué dans les plis ou les documents équivalents.

Ce constant souci de transparence et de facilitation d'accès aux documents illustre parfaitement les enjeux se cachant derrière l'harmonisation totale. En l'espèce le fait de prévoir une base de données où les pouvoirs adjudicateurs pourront se saisir des informations promet le développement des échanges transfrontières. Dès lors pour assurer le développement de ces échanges de même que de la simple possibilité d'avoir accès à ces informations, les règles doivent être identiques dans tous les États. Le fait que les États membres soient libres de décider de la base de données de leur choix n'est en rien un obstacle. Tout le monde doit y avoir accès. Toutefois le choix allemand de proposer comme base de

¹¹⁷ Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques..., *op. cit.*

¹¹⁸ Exposé des motifs - Projet de loi relatif aux marchés publics du 04/01/2016..., *op. cit.* P.123.

¹¹⁹ DIARIO OFICIAL DE CASTILLA-LA MANCHA, Decreto 28/2018, de 15 de mayo, por el que se regula la contratación electrónica en el sector público regional 2018/6073, 2018.

données la base européenne promeut davantage la transparence¹²⁰. Cette transparence s'exerce également par l'insertion des acteurs à qui un opérateur économique a décidé de recourir.

80. L'utilisation de la capacité des tiers. Il faut par ailleurs ajouter que les transpositions, belges, françaises et espagnoles font référence à l'utilisation des capacités de tiers et à sa justification. Toutefois on peut critiquer l'anticipation de la rédaction du décret. En effet les autres textes de transposition notamment belge et espagnols ont explicitement indiqué la date d'obligation d'utilisation de la version papier du DUME puis uniquement de sa version électronique. Mais le décret français a à la fois, rédigé ses dispositions comme si le DUME n'existait pas puis a inséré des dispositions qui viendraient s'appliquer une fois qu'il serait rendu obligatoire.

Le résultat est par exemple l'article 50 du décret qui est relatif à la justification du recours aux capacités de tiers, qui ne fait aucunement référence au DUME et aux informations à apporter qui en découlent. Certes, il est logique qu'une fois que le DUME sera obligatoire, ces dispositions s'appliqueront à travers cet outil mais on peut critiquer ce manque de clarté. La transposition belge qui reproduit celle de la directive serait un exemple à prendre. Concernant la transposition allemande, elle n'est pas contenue dans la partie législative du § 50. Il est possible qu'elle soit présentée dans les documents réglementaires, mais faute de traduction, il sera impossible de les analyser.

Néanmoins nous pouvons en déduire à l'aune de la jurisprudence espagnole, qu'étant une obligation, cela s'imposera également à la législation allemande. En effet, dans une affaire portée devant le Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público¹²¹, l'opérateur économique avait tout d'abord coché la case « non » dans la rubrique C du formulaire du DUME, signifiant qu'il ne recourait pas aux capacités d'entreprises tiers avant de se raviser. Tout d'abord le tribunal rappelle l'obligation de fournir deux documents différents en cas de recours aux capacités de tiers¹²². Ce changement de situation, même s'il apporte le document nécessaire, est considéré par le tribunal comme une modification de sa proposition initiale. Ce n'est pas une « erreur insignifiante » à laquelle il ne peut être remédiée ou validée (subsanado o convalidado).

À l'échelle européenne, on peut toutefois regretter que l'obligation d'utiliser cet outil ne soit pas explicite. En effet le caractère obligatoire ne découle que de la combinaison des articles 34, 59 et 71 de la directive marchés publics¹²³.

Face à cela, la transposition espagnole paraît plus précise. Le point commun entre ces dispositions est l'intégration de cette obligation dans le droit national. À ceci les rédacteurs espagnols ont intégré

¹²⁰ § 50 (3°) – 2 VgV.

¹²¹ Tribunal Català de Contractes del Sector Públic Resolución n° 62/2017 03/04/2017, 2017.

¹²² Voir également en ce sens : . Agencia Sanitaria Costa del Sol - Consejería de Salud, INSTRUCCIONES DE CUMPLIMENTACIÓN DEL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN.

¹²³ *Exposé des motifs - Projet de loi relatif aux marchés publics du 04/01/2016...*, *op. cit.*

l'obligation de produire le DUME pour chacun des acteurs à qui l'opérateur économique recourt. Cette obligation ne figure ni dans la directive ni dans les autres lois de transposition mais dans le règlement européen traitant¹²⁴ du DUME.

Dès lors la forme de cet outil oblige les États même sans transposition à respecter cette règle. Il aurait été préférable que la directive indique la nécessité de deux documents distincts comme l'a fait le règlement européen. D'ailleurs un « informe » de la « agencia sanitaria costa del sol consejería de salud » a réitéré cette information. Par ailleurs elle a aussi indiqué que l'utilisation du DUME pour ajouter cette précision se substituait à la clause 9.2.1.1 du PCAP où devait figurer ces informations.

81. Toutefois, si l'objectif du DUME est de faciliter la communication des documents de nombreuses interrogations émergent. Selon le rapport belge, son utilisation est une nécessité. En même temps est signalée une critique. Face à cette importance, les « conséquences ne sont pas totalement claires lorsqu'un candidat ou un soumissionnaire n'a pas complété le DUME. » Tout d'abord, est ce qu'il faut considérer que s'appliquent les mêmes règles que celles antérieures à l'obligation du DUME ? Va-t-il falloir là aussi que les pouvoirs adjudicateurs demandent des informations complémentaires ? La Commission n'ayant pas encore répondu, il semblerait que ce soit la jurisprudence qui fixera le sort de cette question.

Cependant, nous pouvons tenter d'apporter un élément de réponse en se fondant uniquement sur le texte de la directive. A la lecture de l'article 59 de la directive, émane deux principes. Le premier est celui de l'alinéa 4 qui met en avant qu'un pouvoir adjudicateur « peut demander à tout moment de la procédure, de fournir tout ou partie des documents justificatifs, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure. »

Dès lors le complément d'information est ici soumis au bon déroulement de la procédure. Pour trancher cette question il faut connaître la signification de cette expression. Selon une jurisprudence constante de la CJCE¹²⁵ pour que les Cours déterminent le bon déroulement de la procédure, la partie « qui en fait la demande doit identifier les documents sollicités et fournir au Tribunal (en l'espèce) un minimum d'éléments accréditant l'utilité de ces documents pour les besoins de l'instance. » Il faut que la demande soit argumentée faute de quoi elle sera considérée comme irrecevable.

Ensuite un autre principe est à relever. L'idée est que selon le paragraphe 5 de cet article, les opérateurs ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces « lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationales (...). »

¹²⁴ Règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) *op. cit.*

¹²⁵ CJCE du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c/ Commission des Communautés européennes aff. C-185/95*1998.

Ainsi, imaginons le cas d'un opérateur qui a oublié de transmettre ces documents. Nous pouvons penser de droit que le fait que celui-ci ne soit pas tenu d'envoyer les documents présents sur une base de données, conduit le pouvoir adjudicateur à se saisir de ces informations directement sur cette base sans l'exclure. Pour autant se pose une autre interrogation. Est-ce que l'opérateur doit faire un choix entre ne pas fournir les éléments présents sur une base de données et fournir la totalité de ces informations directement. En effet cela éviterait au pouvoir adjudicateur de ne recevoir qu'une partie des informations et de devoir chercher celles manquantes. Il semblerait que les textes n'empêchent pas une telle possibilité. Il est possible cependant que la jurisprudence de la Cour donne une autre version.

82. En conclusion, le DUME est un document dont le format nous pousse à penser qu'il suit une harmonisation totale. Même si l'obligation incombe aux acheteurs d'accepter le DUME et non à l'opérateur économique de l'utiliser, la substitution de cet ensemble conduit à appuyer cette forme d'harmonisation. Les divergences sont des éléments qui entourent la production du DUME et non qui affectent ces règles. Comme l'a mis en avant Madame Marie-Christine PUJOL-REVERSAT¹²⁶, les opérateurs économiques, « n'ont plus la possibilité de se dégager de la norme communautaire en se tournant vers une réglementation nationale complémentaire. » Ce principe s'applique au DUME. De plus le caractère obligatoire du DUME ne laisse qu'une marge manœuvre de liberté. Même s'il semblerait que des États tel que l'Espagne se soit accordé certaines latitudes, cette marge ne découle pas des textes de la directive mais de la réception des États.

En outre, le DUME apparait de prime abord comme un outil simplifiant l'envoi des documents du marché. Toutefois après lecture des rapports nationaux de transposition envoyés à la Commission européenne, la suppression des lourdeurs administratives apparait davantage à travers le principe « dites-le nous une fois » et la création de bases de données, que par la simplification des documents envoyés. Cependant on ne peut qu'encourager la vision selon laquelle il existerait des documents obligatoires à envoyer et d'autres qui seraient fonction de l'avancée d'un candidat ou soumissionnaire dans la procédure. Néanmoins il faut prendre garde de la multiplication des sources comme dans le cas espagnol qui peuvent alourdir les obligations des opérateurs économiques. Cela pose donc la pertinence de ces outils et leur réelle simplicité¹²⁷.

Toutefois, si l'harmonisation totale comporte des avantages en ce qu'elle réduit la liberté des États pour favoriser la création d'un corpus unique, les États peuvent commettre des erreurs en allant au-delà de la règle posée par la directive. Peu importe que l'intention du rédacteur national soit louable, cette pratique, que l'on nomme la surtransposition, peut avoir des effets négatifs dans le droit interne, mais également vis-à-vis du droit européen.

¹²⁶ Marie-Christine PUJOL-REVERSAT, " Contribution à l'étude de l'harmonisation technique communautaire : l'exemple des véhicules à moteur ", 2017.

¹²⁷ Hélène HOEPFFNER, « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation ? », *Revue Europe*, 2014.

B - Un risque de surtransposition inhérent à l'harmonisation

83. Les rédacteurs des textes de transposition d'une directive ont pour mission de rester fidèles aux effets souhaités par la directive. Face à cet enjeu, certains sont tentés d'émettre des conditions plus restrictives que la directive ou au contraire plus permissives. La surtransposition est contre-productive dans ses effets. Mais avant de prendre notre exemple en guise de démonstration une définition s'impose.

84. La surtransposition, « est la transposition d'une directive qui en étend les dispositions au-delà de ce qui est expressément prévu¹²⁸ ». Néanmoins les auteurs du rapport d'information sur les moyens de lutter contre la surtransposition des directives européennes dans le droit français, préfèrent une autre définition. Selon eux, la « surtransposition est l'adoption ou le maintien de mesures législatives ou réglementaires allant au-delà des exigences minimales d'une directive. »

Cette définition est plus large en ce qu'elle ne limite pas la surtransposition en la création d'une disposition. Le simple maintien d'une mesure législative et réglementaire peut conduire à une surtransposition. Par ailleurs, comme le rapport le met en avant, cela exclut du champ d'application de la surtransposition, la notion d'harmonisation maximale, car comme nous allons le voir infra, cette forme d'harmonisation ne suppose pas de modification possible.

Elle ne doit pas être confondue avec la surréglementation, qui peut se définir comme, « l'existence d'obligations à la charge des citoyens ou des entreprises plus contraignantes que celles qu'impose la législation de la plupart de nos partenaires de l'Union européenne (...). À la différence de la surtransposition, la surréglementation provient soit de contraintes réglementaires nationales applicables en l'absence de cadre européen harmonisé, soit de contraintes préexistantes à la mise en place d'un tel cadre¹²⁹. »

Il existe deux cadres de surtransposition. Cela peut tout d'abord concerner des dispositions qui maintiennent ou adoptent des normes législatives ou réglementaires qui vont au-delà des exigences portées par la directive. Mais ça peut également prendre « la forme d'une extension du champ d'application, personnel ou matériel, au-delà de celui prévu par la directive. »

¹²⁸ Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'Administration générale de la République, *Rapport d'information sur les moyens de lutter contre la surtransposition des directives européennes dans le droit français du 21/12/2017*, Assemblée Nationale, 2017, P.14.

¹²⁹ *Ibid.*

85. Cette deuxième hypothèse peut être illustrée par un cas français. Dans une décision du Conseil d'État du 09 mars 2016 Conseil national des barreaux¹³⁰, certains ont estimé que l'article 14 de l'ordonnance marché public avait fait l'objet d'une surtransposition. C'est notamment le cas des avocats Samuel Couvreur et Guillaume GAUCH¹³¹. Dans ce contentieux, il était reproché à l'ordonnance d'intégrer certains contrats juridiques dans le champ de l'ordonnance alors qu'ils étaient exclus par la directive. Plus exactement, était souhaitée, l'annulation de l'article 14 « en tant qu'il n'exclut pas du champ d'application de l'ordonnance les marchés publics de services juridiques relatifs à la représentation par un avocat dans une procédure devant une juridiction et au conseil lié devant une juridiction, d'autre part, du titre II de sa première partie, en tant qu'il ne prévoit pas la procédure allégée de passation des autres marchés publics de services juridiques définie par la directive 2014/24/UE. »

86. Nous allons dès lors démontrer en quoi cette disposition fait preuve de surtransposition. L'objet de cette démonstration se fera en deux temps. Tout d'abord il s'agira de prouver que le juge national a commis une erreur en acceptant les justifications qui entourent ce prétendu droit. Dès lors, une fois cet élément prouvé, il sera mis en évidence que la marge de liberté que s'est octroyée le Gouvernement lors de la transposition doit être considérée comme une surtransposition. Il faut s'interroger sur le choix de la qualification de surtransposition ou de sous-transposition. En effet en s'attachant à une comparaison du nombre de secteurs exclus, l'ordonnance en contient moins que la directive. Nous pourrions alors penser qu'il s'agit d'une sous-transposition en ce que la première n'a pas inséré toutes les exclusions de la directive. Néanmoins l'objet de cette directive est de créer un cadre juridique en matière de marchés publics. Donc en termes d'objectifs et de portées, l'ordonnance marché public ajoute dans son champ d'application des services qui seront soumis aux règles restrictives des marchés publics face à la directive qui en exonère. La qualification de surtransposition s'applique donc.

87. Tout d'abord, la décision du conseil d'État débute par l'étude de la directive européenne. À la lecture de son article 10 sous d) sont mentionnés des services juridiques qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive. Cependant, l'ordonnance française n°2015-899, a fait fi de certaines exclusions pour n'en conserver que 2 : Celle relative tout d'abord « aux marchés de services ayant pour objet, i) soit la représentation d'un client par un avocat dans le cadre d'un arbitrage, d'une conciliation ou d'une procédure devant une juridiction ou une autorité publique. » Ensuite celle concernant « le conseil juridique fourni par un avocat en vue de la préparation d'une telle procédure ou

¹³⁰ Conseil d'État, 7ème - 2ème SSR, *le Conseil national des barreaux, la Conférence des bâtonniers et l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, n° 393589, du 09/03/2016, 2016.

¹³¹ Samuel COUVREUR et Guillaume GAUCH, « Interrogations et incertitudes soulevées par l'ordonnance du 23 juillet 2015 », *Contrats publics* coll.« Le moniteur », 158, octobre 2015, p. 84,

lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités que la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure. »

Pour justifier cette différence les juges se sont basés sur le premier considérant de la directive, qui considère la directive comme coordinatrice. Dès lors les États ne peuvent pas transposer des règles moins contraignantes mais peuvent cependant mettre en œuvre des règles plus contraignantes. Cette liberté ne constitue pas une atteinte aux dispositions ou principes prônés par le droit de l'UE. Cela n'emporte également aucun caractère discriminatoire par rapport aux autres avocats nationaux ou européens.

Mais il conviendra de battre en brèche tous ces arguments. Si certaines dispositions tendent vers la coordination ce n'est pas le cas de la totalité de la directive.

88. Par ailleurs, si nous étudions les textes de la directive européenne et notamment l'article 10 sous d), on relève que « la présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services (...). » Le verbe appliquer est au présent de l'indicatif. Selon le guide légistique européen¹³² « dans le dispositif des actes à caractère contraignant, les verbes s'emploient en français au présent de l'indicatif¹³³. » Cette disposition a donc une valeur contraignante qui suppose son respect dans son intégralité. Puis, il n'est aucunement fait mention d'un choix laissé aux rédacteurs nationaux. Cela est également le cas dans les textes français où ce temps a une valeur impérative¹³⁴. À cette phrase est donc ajoutée au point d « l'un des services juridiques suivants. »

Si ces services concernaient l'ensemble des services juridiques, une formulation telle que « les services juridiques » serait employée à la manière du point c qui fait référence aux « services d'arbitrage et de conciliation. » Or ici, seuls ceux qui sont évoqués peuvent ne pas être soumis aux dispositions de la directive. Cette idée est mise en avant par l'usage des termes « l'un » et « suivants » qui en même temps qu'ils font référence à des cas précis, renforcent l'idée que les exonérations sont appliquées à tous ces éléments. De plus l'usage du terme « l'un » donne l'impression d'un cadre qui n'est pas rigide et peut conduire à l'exclusion d'autres services. On comprend donc que le fait, pour l'ordonnance, de donner une vision restrictive est certainement incorrect. Cette idée est également présente dans la version espagnole qui utilise le terme « cualquiera » signifiant littéralement n'importe laquelle. Cela vaut pour la traduction anglaise qui utilise le terme « any of. »

Dans cette perspective, si les juges ont utilisé le considérant évoquant l'idée de coordination, d'autres considérants témoignent du caractère contraignant de cette disposition. Le considérant 25 de la

¹³² Union européenne, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne*, 2015.

¹³³ *Ibid*, P.12.

¹³⁴ *Guide légistique 3e édition, mise à jour 2017...*, *op. cit*, P.292.

directive 2014/24/UE est explicite en l'espèce. Tout d'abord ce considérant énonce les différents services juridiques :

- Ceux « fournis par des prestataires de services désignés par une Cour ou un tribunal d'un État membre. » Cela peut correspondre au point iv de l'article 10 sous d.
- Ceux qui « impliquent la représentation de clients par des avocats dans le cadre de procédures judiciaires. ». Cela fait certainement référence aux points i et ii de l'article 10, les deux points étant rattachés.
- Ceux qui « Doivent être prestés par un notaire. » Cette disposition correspond à l'article 10 sous d point iii.
- « Ou sont associés à l'exercice de l'autorité publique. » Cela peut être rattaché au point v de l'article 10 sous d.

Les exemples cités par la directive, ne sont pas limitatifs comme on peut le comprendre par l'usage de virgules et de la conjonction de coordination « ou ». Cependant cela ne retire en rien du caractère contraignant car elles sont appuyées par l'article 10 qui vient d'être expliqué.

89. Après avoir fait correspondre le considérant et les éléments de l'article 10 sous d, il convient de souligner que le considérant a un rôle explicatif. Il « a pour but de faire connaître à tout intéressé les conditions dans lesquelles l'auteur de l'acte a exercé la compétence relative à l'acte en question (...). » « Les considérants doivent constituer une véritable motivation ». ¹³⁵ On peut dès lors, aisément esquisser le caractère contraignant de cette disposition et la faible marge de manœuvre qui en découle.

90. En outre, selon cette Cour, la transposition réalisée par le Gouvernement, ne va à l'encontre d'aucune disposition ou d'aucun principe du droit de l'Union Européenne. Le considérant 25 évoqué, justifie ce choix par le fait que de « tels services juridiques sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont désignés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics. » On relève donc l'inadéquation des règles relatives aux marchés publics et à ces professions. D'une certaine manière cette inadéquation pourrait être considérée comme une atteinte à la liberté d'établissement. Le seul terme qui conduit à hésiter est la fin de la phrase de ce considérant : « Ces services juridiques devraient dès lors être exclus du champ d'application de la présente directive. » L'utilisation du conditionnel peut être analysé comme un conseil plus qu'une obligation. Néanmoins il découle de tout ce qui précède que le caractère contraignant est tout de même présent. Les juges du Conseil d'État, n'ont pas alors suivi les principes

¹³⁵ Union européenne, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne...*, op. cit.

de l'Union Européenne, mais on peut considérer qu'ils sont allés à l'encontre de ces principes. La directive marché public tend à créer un marché unique, et à libéraliser le secteur des marchés publics par l'insertion des acteurs privés. Il y a, à travers le choix du Conseil d'État, une forme de restriction de la concurrence puisque l'UE est guidée par des règles concurrentielles « naturelles », suivant la logique d'Adam Smith plus que sur une théorie Keynésienne. La conséquence négative d'une telle solution serait que, même si l'impact transfrontière est inexistant, des avocats issus d'autres États membres doivent passer par le biais du marché public pour être sélectionné en tant qu'avocat d'un pouvoir adjudicateur. Si les rédacteurs européens avaient souhaité inclure une marge de liberté aux rédacteurs nationaux, ils l'auraient fait, de la même manière que cela a été réalisé pour les services sociaux où la justification repose sur des traditions étatiques.

Il semblerait donc que le Conseil d'État se soit arrêté à sa jurisprudence traditionnelle en la matière telle qu'elle résultait de l'ancien code des marchés publics. En effet, son article 30 avait créé une application de principe aux règles relatives aux marchés publics et la dérogation résidait dans l'inapplication des dispositions du titre IV de la partie I dudit code. Nous pourrions alors penser que le Conseil d'État s'est engouffré dans cette brèche.

Puis, il découle des dispositions de la proposition de la directive, et de la directive elle-même une différence en la matière. La première ne mentionnait pas les services juridiques parmi les exclusions. Le fait de l'insérer dans le texte de la directive, témoigne certainement d'une volonté des institutions de l'UE de créer un régime dérogatoire en raison des objectifs et des principes fondés sur les règles du droit de la concurrence.

91. À ceci s'ajoute un autre argument. Les directives européennes peuvent être qualifiées d'effet direct de manière totale ou partielle. Le principe et les critères à respecter ont été dégagés par la jurisprudence européenne. Il faut alors que celle-ci apparaisse du point de vue de son contenu comme « inconditionnelle et suffisamment précise¹³⁶. » De plus, il faut également que le délai de transposition soit écoulé ou que l'État n'ait pas ou ait mal transposé la directive.

92. Dans cette perspective, le Conseil d'État aurait pu reconnaître l'effet direct de cette disposition. Cela a été préalablement fait en Espagne, par la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya¹³⁷. Dans le document émis par cette instance, ont été étudiées les dispositions qui ont un effet direct. La loi espagnole de transposition étant intervenue qu'en 2017, l'Espagne devait utiliser la directive entre le 18 avril 2016 et la loi de transposition. Dès lors, dans ce document, il est mis en avant que l'article 10 de la directive est d'application directe. Par ce biais, on peut tout à fait imaginer un recours en s'appuyant sur l'effet direct de cette disposition. Il

¹³⁶ CJCE du 04 décembre 1972 *Yvonne van Duyn contre Home Office.*, C-41/74, 1974.

¹³⁷ Generalitat de Catalunya, *Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente).*, 2016.

faut seulement que le juge administratif français le reconnaisse. L'effet direct ayant été reconnu en Espagne cela suppose que ces dispositions sont précises et inconditionnelles.

Or, comme ces dispositions ont ces caractères, cela suppose qu'elles sont d'harmonisation maximale et « ne laissant pas de marge d'appréciation nationale¹³⁸. » Finalement et en la matière, le Gouvernement n'a pas cette marge de liberté que lui octroie le Conseil d'État. Cela implique qu'il est à présent possible de considérer qu'il s'agit d'une surtransposition.

93. En effet, comme cela est indiqué dans le rapport de l'Assemblée nationale lorsque « les États membres disposent d'une marge de manœuvre pour transposer, la surtransposition est autorisée. » Or ici, la marge de manœuvre étant inexistante, la surtransposition n'est pas autorisée et il est impossible de prévoir des règles plus contraignantes.

D'ailleurs, la France est le seul État à avoir transposé l'article 10 sous d) de la directive d'une telle manière. La loi belge a transposé à l'article 28 § 1 alinéa 4 les cas énoncés par la directive. Outre la transposition de tous les services mentionnés, le rédacteur belge a fait le choix de transposer de manière littérale. Dans le guide légistique belge, il est évoqué certaines techniques de transposition. Le fait de recopier littéralement peut s'expliquer soit par la volonté des rédacteurs de conserver le caractère « détaillé et précis » de la disposition et qu'il n'y ait pas d'autres choix. Soit c'est lié au fait que la disposition impose des dérogations ce qui est également le cas ici. La loi Allemande dans son § 116 suit également la vision contenue dans la directive et en reprend les termes exacts.

94. Il découle donc, suivant tout ce qui précède, que la transposition de l'article 10 sous d) de la directive à l'article 14 point 10 de l'ordonnance, va donc au-delà des exigences minimales de la directive. Là aussi, on peut estimer qu'il s'agit bien d'exigences minimales comme nous l'avons mis en avant puisque, l'idée est d'encadrer le droit des marchés publics européens en promouvant une certaine concurrence. Dès lors les règles entourant les marchés publics sont représentées comme un cadre juridique plus contraignant et le fait de faire tomber ces services dans le champ des marchés publics alors que la directive ne va pas dans ce sens, contribue à priver le marché concurrentiel de certaines activités. Finalement la rencontre de ces professionnels et des autorités contractantes se fera sur un modèle fortement encadré, et non pas selon la théorie concurrentielle, où se rencontre sur le marché l'offre et la demande.

La surtransposition peut résulter d'une mauvaise compréhension de la portée des dispositions européennes. Cependant elle peut également être volontaire. Dans cette perspective, il apparaît que le législateur national s'octroie certaines libertés alors que cela ne se justifie pas. Cela résulte certaines fois d'une volonté de composer le droit européen, avec le droit national originel. Des situations

¹³⁸ Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'Administration générale de la République, *Rapport d'information sur les moyens de lutter contre la surtransposition des directives européennes dans le droit français du 21/12/2017...*, *op. cit.*

différentes entre États membres apparaissent alors. Si la surtransposition en est un exemple, les dispositions d'harmonisation maximale peuvent également être dénaturées.

Paragraphe II : Une difficile transposition de l'harmonisation maximale

95. L'objet de ce développement est de démontrer en quoi la directive marché public a entendu accorder une harmonisation maximale à certaines dispositions. Pour cela, il conviendra de s'intéresser aux conditions de modification du contrat en cours (A). Cependant, ce sera également l'occasion de démontrer que les particularismes nationaux émergent alors même que rien ne les y autorise (B).

A - La modification du contrat couverte par une harmonisation maximale

Avant tout, il est nécessaire de préciser que ce développement ne fera pas référence à la cession du contrat qui sera traitée dans le A du chapitre 2, section 1, paragraphe 2. En effet, même si le législateur européen a entendu conférer la même portée à la cession du contrat en ce qu'elle est considérée comme une modification substantielle, les États membres n'ont pas entendu respecter ces consignes. Dès lors les transpositions nationales sont parfois différentes de celle de la directive.

96. **Choix de la qualification d'harmonisation maximale.** Le terme d'harmonisation maximale peut sembler original pour une telle disposition. En effet, il est plus coutumier de qualifier de maximales, certaines normes relatives aux « émissions polluantes des véhicules à moteur p 281¹³⁹ » ou encore aux « limites maximales applicables aux résidus de pesticides. » Néanmoins ces exemples-types n'ont pas l'apanage de cette qualification. Si nous devons définir cette notion, elle révélerait des seuils, des « valeurs-limites », des « limites maximales » ou encore des « teneurs maximales. » Finalement ce serait l'idée selon laquelle la disposition crée des règles dont il est impossible de dépasser les seuils fixés. Pour reprendre l'idée de Monsieur Denys SIMON, cela impose « un rapport de stricte conformité, l'acte national devant se contenter de reproduire presque servilement les dispositions de la directive¹⁴⁰. » Dès lors, la modification du contrat peut être qualifiée d'harmonisation comme nous le verrons.

¹³⁹ M.-C. PUJOL-REVERSAT, *Contribution à l'étude de l'harmonisation technique communautaire : l'exemple des véhicules à moteur...*, op. cit. P.281.

¹⁴⁰ S. DENYS, *La directive européenne...*, op. cit.

97. Tout d'abord il faut savoir que les critères en matière de modification du contrat en cours qui sont intégrés dans la directive découlent de définitions jurisprudentielles. Pour les marchés publics la Cour s'est inspirée et a modernisé la jurisprudence *Pressetext*¹⁴¹ de la CJCE. Elle en a fait de même pour les concessions par la décision *Wall AG*¹⁴². Ensuite ces définitions ont été détaillées et d'autres conditions sont venues les renforcer.

98. **Le principe de la modification du contrat.** La trame dégagée par le législateur européen peut se résumer en un principe figurant au considérant 107 de la directive. Le principe est visiblement celui selon lequel, la modification du contrat doit conduire à une nouvelle publicité et mise en concurrence sauf si les conditions empêchant le renouvellement de la procédure sont respectées. Ce principe établissant la différence entre modification substantielle et non substantielle se retrouve dans la jurisprudence *Pressetext* qui imposent la constitution d'une nouvelle passation de marché « en vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires¹⁴³. »

Le cadre juridique entourant la modification du contrat a également des conséquences sur l'insertion des acteurs privés dans les marchés publics. En effet, comme cela est mainte fois répété et justifié par la jurisprudence nationale et européenne, les règles en la matière, promeuvent davantage de transparence et donc de liberté d'accès. Le fait de dégager des critères contraignants, permet en cas de non-respect de ceux-ci, de renouveler la procédure d'un contrat. Cela rend possible la continuité du contrat et accroît le principe d'égalité de traitement et le principe de transparence.

Selon la jurisprudence *Succhi di Frutta*¹⁴⁴, le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires (mais également devant les candidats) « a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public¹⁴⁵. » C'est autant favorable pour l'autorité contractante que pour les PME. Puis le principe de transparence « en constitue le corollaire, il a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. » Dès lors en favorisant davantage de transparence, la capacité des PME à participer aux marchés publics est améliorée.

Si l'opacité régnait cela aurait une double conséquence négative pour les petits acteurs privés. Tout d'abord, cela permettrait aux groupes disposant d'une sécurité financière de jouer le jeu de la

¹⁴¹ CJCE 19 juin 2008 affaire C- 454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, 2008.

¹⁴² CJCE 13 avril 2010, aff. C - 91/08 *Wall AG c/ La ville de Francfort-sur-le-Main*, 2010.

¹⁴³ CJCE 19 juin 2008 affaire C - 454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung...*, *op. cit.*, considérant 34..

¹⁴⁴ CJCE du 29 avril 2004 sixième chambre *CAS Succhi di Frutta SpA c/ Commission des Communautés européennes*, aff.C-496/99 P 2004.

¹⁴⁵ *Ibid*, *Considérant 110*.

concurrence et de proposer des prix en deçà des autres petits acteurs privés dans un objectif de les modifier par la suite. Cela peut pénaliser ces derniers. Puis si la procédure est renouvelée, ces entreprises pourront également candidater ou présenter une offre ce qui n'aurait pas pu être le cas si les conditions applicables à la modification du contrat n'étaient pas transparentes.

99. Qu'en est-il concrètement ? Du point de vue européen l'article 72 de la directive renvoie dans son premier alinéa à des cas spécifiques. L'alinéa numéro 2 indique deux valeurs cumulatives qui conduisent à rejeter la qualification de modification substantielle et donc à ne pas renouveler les formalités en termes de publicité et de concurrence. Ces deux conditions sont indépendantes de l'alinéa premier et si ce premier n'est pas respecté l'alinéa 2 s'applique tout de même. Comme l'objet d'étude porte sur les dispositions de la directive, nous n'étudierons pas cet alinéa qui traite des contrats inférieurs aux seuils.

100. En France la transposition des dispositions de la directive s'est effectuée également par voie réglementaire. Émane toujours ce principe selon lequel la loi doit rédiger les principes généraux et l'outil réglementaire doit assurer davantage de précision. De ce fait, sont fixés deux principes législatifs à l'article 65 de l'ordonnance. Tout d'abord la nature globale du marché public ne peut être changée par la modification. Ensuite, quand la modification ne peut pas suivre les règles évoquées par la directive, le marché public peut être résilié. La loi belge suit le même principe. L'article 43 indique pour cela, que les dispositions en la matière sont transposées par arrêté royal. Néanmoins, l'Espagne et l'Allemagne ont fait le choix d'une transposition par la loi. Cela peut notamment s'expliquer par leurs régimes juridiques qui impliquent l'utilisation d'un outil supérieur aux actes des collectivités fédérales ou régionales.

I – La forme de la transposition

101. En France, l'article 139 du décret marché public définit les règles entourant la modification à la manière de la directive. Finalement par ce format on ne note aucune préférence de la part des rédacteurs pour une modification en particulier. À ceci s'ajoute l'article 140 du même texte qui indique les valeurs limites pour chaque exception. Cette division en deux, semble d'un point de vue subjectif préférable en ce qu'elle apporte davantage de clarté et de visibilité.

La disposition allemande est quelque peu différente. Le § 132 de la GWB débute par la définition de la modification non-substantielle alors qu'elle est traitée en dernière par la transposition française¹⁴⁶ de

¹⁴⁶ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, article 139 al 5.

même que par la directive¹⁴⁷. Il semble y avoir un cheminement à suivre. Tout d'abord il faut étudier si la modification du contrat est non-substantielle ou substantielle. Dans le premier cas, les autres dispositions sont étudiées. Sinon, le renouvellement de la procédure s'impose. Cette idée se reflète dans la formulation : « Nonobstant le premier paragraphe (Notwithstanding paragraph 1) le contrat peut être modifié dans les cas suivants ». Comme nous l'avons rappelé, cela peut s'expliquer par le fait selon lequel, il s'agit d'une loi luttant contre les atteintes faites à la concurrence. Dès lors, considérer qu'une modification substantielle puisse permettre la poursuite du contrat serait contradictoire. Puis, ce raisonnement intellectuel est celui qui semble le plus logique. Il faudrait s'assurer que l'exclusion de principe ne vienne constituer un obstacle, aux autres dispositions permissives. Ensuite l'exemple belge rappelle dans son article 37 la nécessité de respecter les règles indiquées pour que la modification soit possible. Le corpus de normes est regroupé à l'intérieur de l'article 38 de l'arrêté royal du 22 juin 2017¹⁴⁸.

Le modèle espagnol est le plus différent formellement. Tout d'abord les dispositions esquissant les différentes modifications possibles (en excluant celles qui sont unilatérales et qui ne dépendent pas de la directive et en retirant également les procédures devant être mises en œuvre) sont au nombre de trois. L'article 203 intitulé « potestad de modificación del contrato » est assimilable à une introduction aux articles 204 concernant les modifications prévues dans le pli des clauses administratives particulières (pliego de cláusulas administrativas particulares PCAP) et 205 concernant les modifications qui n'y sont pas prévues.

Il ressort de l'article 203 une hiérarchie promouvant les modifications à travers le pli par rapport à celles ne l'étant pas. Cette idée découle des points a et b de l'alinéa 2 de cet article. Le point a) souligne classiquement la nécessité de respecter les conditions de l'article 204 en cas d'insertion des modifications dans le pli. Puis au b) « exceptionnellement quand cela est nécessaire de réaliser une modification qui n'était pas prévue dans le pli (...) » il est possible de recourir aux autres formes de modifications, pour autant (siempre y cuando) que soient accomplis les conditions de l'article 205.

Ce choix peut s'expliquer tout d'abord, par la structure originelle des lois espagnoles en la matière. Comme l'a mis en avant Monsieur D José Baño León¹⁴⁹, les lois précédentes ont toujours fixé les principes et ont toujours renvoyés à ces PCAP, pour fixer les règles détaillées et essentielles. D'ailleurs pour ce dernier, cette loi constitue une forme de surrégulation (sobrerregulation) et devrait être moins détaillée. Il estime par ailleurs que, si une des ambitions majeures de cette loi est également de lutter contre la corruption en la matière, cela ne devrait pas être l'objet principal. Mais

¹⁴⁷ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE *op. cit.*, Article 72 al 4 .

¹⁴⁸ Arrêté royal du 22 juin 2017 Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics MB 27/06/2017..., *op. cit.*

¹⁴⁹ J.M. BAÑO LEÓN, Jordana sobre la nueva ley de contratos del sector público : Luces y sombras - Vídeo 1. sesión de la mañana - Lcsp y gestión de lo público ¿Regulación o sobrerregulación?..., *op. cit.*

cet objectif est facteur d'une transparence accrue. Cela pourrait être un argument justifiant cette typologie. Puis la division telle qu'elle résulte actuellement n'est pas nouvelle. L'article 105 du TRLCSP faisait office de l'article 203 actuel mais n'était pas aussi explicite. Ensuite l'article 106 TRLCSP du même texte traitait des modifications par le pli. L'article 107 TRLCSP qui concernait toutes les autres hypothèses était introduit par la traduction suivante : « Les modifications non prévues dans les plis ou dans l'avis de passation (anuncio de licitación) pourront seulement être effectuées quand cela se justifie de manière suffisante (suficientemente), la survenance (conurrencia) de l'une des circonstances suivantes. » On peut noter que la possibilité de modifier le contrat de manière extérieure aux plis évoqués était soumise à une double condition. D'une part celle de répondre aux conditions de l'article et d'autre part, que cela se justifie de manière « suffisante. »

Dès lors, de ce point de vue, la directive est plus large que cette loi. À ce propos, la forme ne constitue pas la seule différence entre ces contrats. De prime abord il découle une grande similarité quant aux termes utilisés et aux ambitions souhaitées. Mais certaines distinctions ont émergé.

102. Une fois cette étude formelle aboutie, il conviendra de se concentrer essentiellement sur la clause de réexamen (ii) et les modifications substantielles (iii). Sans négliger les autres dispositions qui seront comparées, la première notion est intéressante en ce qu'elle favorise la prévision des modifications pour éviter tout risque de qualification substantielle. Elle promeut par ce biais, davantage de transparence et nous verrons que certains États ont incité les autorités contractantes à l'utilisation de ces clauses. Elles sont le témoignage d'une forme de contractualisation. Par son étude nous analyserons également les aspects de l'harmonisation maximale.

II – La transposition des clauses de réexamen.

Tout d'abord, le point a) du premier alinéa de l'article 72 de la directive fait référence à la modification du contrat « dans les documents de marchés initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de révisions du prix ou d'options claires, précises et univoques. »

103. La nature éventuelle des modifications. Concernant la disposition de la directive évoquée, la transposition française¹⁵⁰ est assez littérale. C'est également le cas de l'exemple belge¹⁵¹. Néanmoins une différence est à noter. La directive fait référence au « champ d'application et la nature des éventuelles modifications ou options (...) ». La transposition française a remplacé le terme « éventuelles » par « envisageables. » Cela est plus logique quant à la teneur de la disposition. En effet cette clause de réexamen doit être claire, précise et univoque. Puis elle doit indiquer le champ

¹⁵⁰ Article 139 al 1 du décret marchés publics.

¹⁵¹ Article 38 de l'arrêté du 22 juin 2017 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

d'application et la nature des modifications. Or dans le langage courant, le terme « éventuel » s'utilise pour un fait « qui dépend des circonstances » ou « qui est capable de remplir une fonction si les circonstances l'exigent¹⁵² » Il y'aurait presque dans ces dispositions une forme d'oxymore. D'une part, il serait souhaité que ces clauses soient claires précises et univoques et d'autre part qu'elles prévoient le champ d'application et la nature des éventuelles modifications. Cela reviendrait à prévoir de manière claires (...) des évènements éventuels, contingents. Le terme envisageable renverrait à une forme de consensualisme propice à la définition de la clause de réexamen.

104. Le caractère clair, précis et univoque. L'ensemble des lois de transposition reprennent ces critères. Il faut comprendre par l'établissement de ceux-ci que les rédacteurs n'ont pas voulu laisser toute latitude aux parties¹⁵³. Il s'agira de prévoir dans le contrat les « circonstances (qui) pourront justifier l'adaptation des conditions de marché, dans quelle mesure et selon quelles modalités¹⁵⁴. » Mais qu'entendons-nous par ces caractères.

105. Cette formulation est couramment utilisée par la CJUE. Tout d'abord elle est issue de la décision *Succhi Di Frutta*¹⁵⁵. Pour déterminer ces critères la Cour se base sur le principe de transparence. Cela implique donc « que toutes les conditions et 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, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause. »

106. Cela a été réitéré dans une affaire de 2017. Le litige concernait une modification des cahiers des charges relative aux conditions et aux modalités de cumul des capacités professionnelles, la Cour a fait référence à la nécessité d'utiliser ces indices « de façon, d'une part à permettre, à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière¹⁵⁶ (...) ». Cette décision repose sur l'interprétation de la directive 2004/17¹⁵⁷ qui n'est donc pas celle que nous étudions d'une part et qui concerne les concessions d'autres part. Mais les caractères d'une telle clause de réexamen ne doivent pas être forcément interprétés en fonction de la nature du contrat.

¹⁵² Définition Larousse.

¹⁵³ Hélène HOEPFFNER, « La modification des contrats », *Revue française de droit administratif*, 2016, coll.« Dalloz ».

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ CJCE du 29 avril 2004 *sixième chambre CAS Succhi di Frutta SpA c/ Commission des Communautés européennes* aff.C-496/99 P..., *op. cit.*, *considérant 111*.

¹⁵⁶ CJCE cinquième chambre 04/05/2017, *Esaprojekt sp. z o.o. contre Województwo Łódzkie*, aff. C- 387/14.

¹⁵⁷ *Directive 2004/17/CE du Parlement européen 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*, 2004.

L'intégration de cette définition dans la loi espagnole. L'article 204 alinéa 1 a) de la LCSP fait référence aux caractères claire précise et univoque de cette clause. Ensuite le point b) reprend la disposition européenne à propos de l'étendue, la limite et la nature de la clause. Dans cette perspective, les lois de transpositions ont toutes mentionnées ces éléments¹⁵⁸. Le décret royal espagnol de 2011¹⁵⁹ transposant la directive 2004/18, connaissait déjà ces principes dans son article 106 TRLCSP.

107. La structure de la clause. Il est ensuite fait référence aux formes que peuvent revêtir la modification dans les documents initiaux. Sont évoquées les clauses de réexamen, dont des clauses de révisions de prix ou d'options (...). » Finalement, ce serait la reconnaissance de l'insertion des options et des clauses de révision de prix. La loi de transposition française a intégré ces notions. Cela permettra aux acheteurs français d'intégrer par exemple « les tranches optionnelles, les reconductions ou encore les prestations complémentaires¹⁶⁰. » La loi allemande a seulement intégré la référence faite aux options sans celles relatives aux révisions de prix. On peut s'interroger sur cette absence et notamment sur les effets à venir. Une partie de la réponse semble découler de l'assimilation faite entre clause de réexamen et option. En effet la directive et le décret français laissent penser que l'option ou la clause de révisions des prix sont des composantes de la clause de réexamen. Cela semble signifier que ces dernières s'intègrent à elles selon le sens que leur donne la direction des affaires juridiques. Or la GWB indique que le document initial doit fournir des clauses ou options claires, précises et univoques (clear, precise and unequivocal review clauses or options). Or, il s'agit bien de deux éléments différents que la GWB assimile. Néanmoins dans leurs effets cela est similaire puisque la clause de réexamen recouvre de nombreuses facettes et la clause d'option peut venir la compléter. La DAJ émet tout de même une recommandation quant aux clauses de réexamen qui sont assimilable à une option. Elles « doivent, en application des dispositions relatives à l'évaluation du besoin être pris en compte afin de déterminer la procédure applicable. »

Cependant la transposition espagnole mérite le plus d'attention car elle ne mentionne pas que les clauses puissent modifier le prix. Cette vision découle entre autres d'une décision du Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, il y est indiqué que le PCAP ne permet ni la modification la forme de rémunération du contrat, ni la modification du prix¹⁶¹. Selon la Cour, le prix ou le modèle de rémunération du contrat est un élément essentiel. C'est un indice de la volonté de concourir des opérateurs économiques de même que la stratégie de présentation d'une offre.

¹⁵⁸ Voir l'article 139 § 1 du décret marché public ; le § 132 (2) - 1; Article 38 de l'arrêté royal du 22 juin 2017.

¹⁵⁹ *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, 2011.

¹⁶⁰ Direction des Affaires Juridiques, « Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution - Mis à jour le 21/02/2017 ».

¹⁶¹ *Acuerdo 117/2017, de 21 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón*, 2017, Punto 32 del dictamen.

En outre, le cas espagnol frappe autrement par sa différence. En effet, alors que les clauses font référence au champ d'application et la nature des éventuelles modifications, la transposition espagnole évoquent l'étendue de cette clause, ses limites et sa nature. Dans les faits, les conséquences sont identiques. Ce choix sémantique est issu du décret royal de 2011 cité supra. Comme nous l'avons plusieurs fois indiqué, il est possible de choisir les termes employés soit en reproduisant le texte de la directive soit en employant des qualificatifs qui ont les mêmes effets mais qui résultent de la pratique et qui sont communément admis dans un État. Cependant en l'espèce, la loi espagnole ajoute que ces critères doivent être suffisamment détaillés. Cette mention n'existe ni dans la directive ni dans les transpositions des autres États étudiés. Pour comprendre ce que cela signifie il faut analyser la jurisprudence en la matière. Dans une décision du Consejo Consultivo de Castilla y León du 11 mai 2017¹⁶², les juges ont indiqué, en application de l'article 106 TRLCSP ancien et non de l'article 204 du LCSP nouveau, que le caractère suffisant implique que cela puisse « permettre aux soumissionnaires son appréciation (valoración) dans le but de formuler son offre et de prendre en compte ceux à quoi se réfèrent les exigences relatives aux conditions et aptitudes des soumissionnaires de même que l'appréciation des offres. »

108. Cependant une limite générale est fixée à l'utilisation de ces clauses. En effet selon l'article 72 de la directive, il est indiqué qu'elles « ne permettent pas de modifications ou d'options qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre. » La référence à la nature globale n'a pas été transposée dans le décret mais dans l'ordonnance et à l'article 65 ce qui lui accorde une valeur législative et non réglementaire. Si nous nous basons sur la décision du Conseil d'État, SEMEPA¹⁶³, le juge a une vision assez large de la notion de nature globale du contrat. Dans cette affaire où était mise en cause un contrat de concession, le juge retenait la nature globale comme un ensemble unique du fait notamment de son équilibre financier. Finalement cela serait altérer la nature globale du contrat que d'atteindre des éléments fondateurs qui le constituent. Elle a également été transposée par la loi par l'Espagne qui encadre sa définition à l'alinéa 2 de l'article 204. Cette formulation est également utilisée dans la loi espagnole¹⁶⁴, allemande et dans l'arrêté belge¹⁶⁵.

109. Le montant n'est pas un obstacle à l'utilisation de cette clause. Cette idée est reprise par les transpositions allemandes, belges et françaises aux mêmes dispositions. En revanche la loi espagnole ne va pas dans ce sens et prévoit qu'outre les critères devant être remplis, la modification ne peut pas être supérieure à 20% du prix initial. Cette limite découle de l'article 106 du TRLCSP que le législateur a souhaité conserver. Mais cela restreint l'ampleur des modifications et l'effet même de cette clause.

¹⁶² Consejo Consultivo de Castilla y León Dictamen num. 131/2017 de 11 de mayo JUR\2017\210232, 2017.

¹⁶³ Conseil d'État, 7ème du 15 novembre 2017, 2ème chambres réunies, commune d'Aix-en-Provence et la société d'économie mixte d'équipement du Pays d'Aix (SEMEPA), n°409728, 2017.

¹⁶⁴ Article 204 alinéa 2 de la Ley 9/2017 ley del contrato del sector público.

¹⁶⁵ Article 38 de l'arrêté du 22 juin 2017 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

110. L'insertion obligatoire de certaines clauses de réexamen. L'autre originalité figure dans l'arrêté royal belge. Tout d'abord, le principe est issu de la Cour de justice. En effet à la lecture de la décision de 2016¹⁶⁶, il apparaît que l'introduction de certaines clauses dans le contrat initial est fortement conseillée. En effet, dans cette affaire, les juges ont admis que le fait de justifier une modification substantielle par leur volonté de trouver un règlement transactionnel n'est pas un argument recevable même si des renonciations réciproques des parties ont été prises. Cependant, « il n'en serait autrement que si les documents dudit marché prévoyaient la faculté d'adapter certaines conditions, même importantes, de celui-ci après son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté¹⁶⁷. »

De cette conclusion, les rédacteurs belges ont prévu de nombreux points où les clauses de réexamen sont obligatoires. Si on indiquait supra, que la révision des prix n'étaient pas indiquées dans l'introduction des critères de la clause de réexamen, les rédacteurs belges sont allés plus loin. En effet à l'article 38/7 et suivants de l'arrêté du 22 juin 2017¹⁶⁸, il est prévu qu'en application de l'article 10 (marché défense) de la loi « les documents du marchés relatifs à un marché de travaux ou à un marché de services (...) prévoient une clause de réexamen, telle que définie à l'article 38, fixant les modalités de la révision des prix en fonction de l'évolution des prix des principaux composants suivants (...). » Les articles suivants encadrent le régime applicable à ces clauses de réexamen. Dans certaines clauses il est même indiqué qu'elles s'appliquent à défaut d'insertion dans les contrats. C'est par exemple le cas de l'article 38/11 qui prévoit l'insertion d'une clause fixant les « modalités de révisions des conditions du marché lorsque l'adjudicataire ou l'adjudicateur a subi un retard ou un préjudice (...). » Ensuite la mesure prévoit certaines clauses pouvant être intégrées où le caractère contraignant dépend des articles. Cette idée est très intéressante et aurait pu être reprise dans la transposition française. Certes, il n'existe aucune obligation ni même aucune mention issue de la directive mais cela pourrait sécuriser davantage les contrats et éviter de voir la modification qualifiée de substantielle, par une définition des termes en amont plus poussée. Il aurait été intéressant que le décret français insère de telles dispositions pour deux raisons.

Tout d'abord, cela renforcerait davantage l'harmonisation en matière de modification du contrat si tous les États inséraient des clauses obligatoires. Ensuite cela serait bénéfique aux PME en ce que cela accentuerait la transparence et que ça favoriserait donc leur participation à la passation de marchés publics. Cela est le cas pour deux raisons. Tout d'abord, les conditions seraient identiques pour tous et n'inciteraient pas les pouvoirs adjudicateurs à favoriser un opérateur économique en modifiant ensuite

¹⁶⁶ CJCE 7 septembre 2016 *Finn Frogne A/S contre Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, aff. C- 549/14, 2016.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Arrêté royal du 22 juin 2017 Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics MB 27/06/2017...*, *op. cit.*

le contrat de manière unilatérale. Ces clauses fixeraient en avance certains principes. Puis en termes de contentieux il sera plus aisé de contester une modification si elle repose sur une clause de réexamen.

111. L'intégration temporelle de cette clause. Néanmoins le moment de l'insertion d'une telle clause peut être une interrogation à soulever. Selon Maîtres Marie-Hélène Pachen-Lefèvre et Maxime Gardellin¹⁶⁹ : « Plus la clause envisage une modification d'envergure plus cette clause devra être proposée, au moins dans son principe, le plus tôt possible dans le cadre de la procédure d'attribution du contrat (dans l'avis de publicité ou les documents de consultation) ». Dans une fiche belge¹⁷⁰, il faudrait « prévoir dès le lancement du marché, en toute transparence, quelles circonstances pourront justifier l'adaptation des conditions du marché, dans quelle mesure et selon quelles modalités. »

112. Quid à présent de leurs intégrations dans le contrat ? La loi espagnole est la plus précise en la matière. Ces modifications par le biais de clauses doivent être intégrées dans les PCAP (pliego de cláusulas administrativas particulares). Ces « plis » sont définis à l'article 122 de la loi. Dans ce PCAP, les références aux modifications doivent être intégrées dans la partie 25 relative aux modifications. En France, dans le CCAG travaux par exemple c'est l'article 30 qui pose ces modifications.

Mais les clauses de réexamen ne sont pas les seules dispositions qui témoignent du caractère maximal de l'harmonisation. En effet les strictes conditions de la définition d'une modification substantielle ont la même portée. Par ailleurs, elles ont les mêmes objectifs d'encadrement que les clauses de réexamen ce qui est favorable aux PME. Mais avant cela, une brève esquisse des différences de transposition des autres conditions de modification s'impose.

III- Les modifications du contrat extérieures aux clauses de réexamen

113. Outre les modifications prévues par clauses de réexamen, quatre hypothèses sont indiquées par la directive et ont été transposées dans les textes de transposition. D'une manière globale, ces dispositions reprennent l'idée de la jurisprudence Priesstext¹⁷¹.

¹⁶⁹ Marie-Hélène PACHEN-LEFEVRE et Maxime GARDELLIN, « Les clauses de modification du contrat : recours et limites », *Contrats publics*, n° 183, janvier 2018, coll.« Le moniteur ».

¹⁷⁰ Union des villes et des communes de Wallonie, « Fiche 10 – L'exécution des marchés publics - mis à jour 1er septembre 2017 ».

¹⁷¹ CJCE 19 juin 2008 *aff C - 454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH contre Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung...*, *op. cit.*

Aux vues de l'étendue de ces dispositions, nous étudierons principalement les différences ou les points communs quand ils présentent un certain intérêt. Il serait en effet superfétatoire de reprendre les dispositions telles qu'elles sont indiquées. Nous analyserons seulement, les limites fixées qui sont le signe d'une harmonisation maximale. Cependant compte tenu de l'importance que revêt la notion de modification substantielle, celle-ci sera étudiée plus en détail. Elle est également importante car elle fixe un cadre définitionnel à respecter qui est un témoignage de cette harmonisation maximale.

114. Pour ne faire que les citer, il faut faire référence au point b) de l'alinéa 1 de l'article 72 qui fait référence aux « travaux, services ou fournitures supplémentaires du contractant principal qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, lorsqu'un changement de contractant » est impossible. Cette disposition fait référence à deux hypothèses précisément. Les notions d'interchangeabilité ou d'interopérabilité n'ont été reprises que par les dispositions françaises et belges. À ceci s'ajoute le point c) de l'alinéa 1 qui énumèrent des conditions cumulatives à remplir pour réaliser une modification. Ces critères sont le témoignage l'harmonisation maximale en la matière. Les indices sont stricts et contraignants. De plus à la manière du point b) et du iii) du point c) de l'alinéa 1 du même article, il est fait référence à l'augmentation de prix qui ne doit pas être supérieure à 50% de la valeur du marché. Les valeurs limites comme nous l'avons indiqué sont les illustrations de l'harmonisation maximale.

Cependant, la disposition espagnole fait encore preuve d'originalité en ce qu'elle restreint davantage l'application de ces critères. À l'alinéa 1 de l'article 205 LCSP, il est mentionné que si les modifications n'ont pas été prévues dans l'article faisant référence à l'insertion des modifications dans le pli, il faut respecter deux critères cumulatifs.

Tout d'abord, il faut que la modification corresponde à une des situations évoquées. Ensuite ces modifications se limitent à introduire les variations strictement indispensables pour répondre à la cause objective qui la rend nécessaire (« *que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria* »). Cette disposition ressort de l'ancien article 107 TRLCSP, qui indiquait tout d'abord que les modifications ne devaient pas altérer les conditions essentielles de la passation et de l'attribution (licitación y adjudicación). Et ensuite la disposition poursuivait par l'énoncé qui est actuellement repris et qui a été cité.

Si l'ancienne loi espagnole avait anticipé ces dispositions cela est novateur pour la Belgique. En effet l'article 26§1^{er} 2° a) de la loi du 15 juin 2006 prévoyait que pour les marchés publics de travaux ou services ne figurant pas dans le projet initial sont devenus nécessaires (...) », une procédure négociée sans publicité préalable pourrait être réalisée. Aujourd'hui, c'est le régime des modifications du marché qui s'applique à ce cas. De plus, l'ancienne législation ne prenait pas en compte les fournitures alors que celle actuelle si. Aujourd'hui la Belgique retranscrit la disposition de l'article 72.

115. À présent, il conviendra de s'arrêter sur les modifications substantielles. La décision *Presstext*¹⁷² a défini ce qu'était une modification substantielle :

- Tout d'abord, « elle est considérée substantielle lorsqu'elle 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.
- De même elle est considérée comme telle quand « elle étend le marché, dans une mesure importante à des services non initialement prévus (...). »
- Enfin, elle peut l'être également « lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial. »

Dans l'idée, ces trois aspects ont été repris par la directive même si la deuxième idée qui correspond au petit c) de l'alinéa 3 de l'article 72 est plus large dans la directive que dans la décision *Presstext*¹⁷³. Mais à ces trois indications, la directive en ajoute un quatrième au point d) du même alinéa. Ce dernier considère une modification substantielle « lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1, point d). »

116. L'article 139 du décret reprend les dispositions de la directive mais modifie le point c). En effet alors que la seconde énonce que la modification substantielle « élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre », le premier « modifie considérablement l'objet du marché public. » Doit-on voir une différence entre l'objet du marché et son champ d'application ? L'Allemagne, la Belgique et l'Espagne ont fait le choix de transposer littéralement les termes de la directive. Peut-être aurait-il fallu en faire de même, d'autant plus que la transposition de cette disposition dans le décret 2016-86 en matière de concession¹⁷⁴, évoque la même notion que celle de la directive.

Mais l'exemple espagnol est le plus frappant en termes de clarté. Il semblerait intéressant ici de retenir les choix opérés en ce qu'ils sont synonymes de transparence. Cela est favorable aux acheteurs qui pourront mener à bien une modification, aux opérateurs économiques qui seront à même de comprendre les limites des modifications du contrat, mais également des juges qui connaîtront les intentions des rédacteurs.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, Article 36.

Quant à la LCSP espagnole, les deux premiers alinéas de l'article 205 reprennent ceux de la directive. Le premier concerne les modifications qui auraient permis l'attribution ou la participation d'autres candidats ou soumissionnaires. Cette situation se rencontrera quand le marché de travaux ou de services résultant du projet initial ou du pli exigent un autre classement du cocontractant que celui qui résulterait de la procédure de passation originelle. L'alinéa 2 traduit la modification de l'équilibre économique du contrat. Selon la loi espagnole, dans tous les cas l'alinéa 2 sera admis comme une modification substantielle quand la modification conduit à une augmentation de plus de 50% du montant (presupuesto) initial du contrat.

Cependant, l'alinéa 3 est légèrement différent. Y sont traitées les modifications qui élargissent de manière importante le champ d'application du contrat. D'une part on note que les rédacteurs ont choisi le mot important et non considérablement. D'autre part, il est indiqué les cas dans lesquels sont considérés que l'élargissement du champ d'application a été fait de manière importante. Deux conditions alternatives sont dégagées. Tout d'abord la valeur de la modification suppose une modification dans le montant du contrat qui n'excède individuellement ou conjointement 15% du prix initial de ce contrat pour les marchés de travaux et 10 % pour les marchés de fourniture. Ces chiffres sont tirés de ceux de l'alinéa 2 de l'article 72 de la directive concernant les marchés passés en deçà des seuils. Cette disposition est absente de l'article 205. Comme nous l'avons indiqué supra, la loi espagnole fait la différence entre les contrats harmonisés (armonizadas) et non harmonisés qui ne sont pas soumis à la directive contrairement aux premiers. Il semblerait dès lors logique que dans les dispositions traitant des marchés publics non soumis à la directive, ne soit pas transposées ici mais dans la partie non harmonisée. Cependant ces données sont utilisées. Finalement l'extension du champ d'application est pour la loi espagnole une donnée essentiellement quantitative.

Enfin, à lecture du point c) de l'alinéa 2 de l'article 205, il faut, dans ce cas justifier spécialement la nécessité de ces modifications non substantielles, en indiquant les raisons pour lesquelles ces prestations ne s'incluront pas dans le contrat initial. Finalement la législation espagnole accorde une valeur législative à de nombreuses situations pratiques. Cette précision n'existe pas dans les autres textes de transposition.

117. Comme, nous l'avons mis en avant supra, la loi espagnole fait primer le critère de l'intérêt général lors de la modification du contrat. Cette mention figure à l'article 203 qui rappelle son importance. Pour le Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón¹⁷⁵, la justification de l'intérêt public est une condition sine qua non pour légitimer la modification. Dans cette affaire, la modification du prix étant considérée comme substantielle, le fait de ne présenter aucun intérêt général est un obstacle à l'acceptation de cette modification. Cette décision a comme base juridique la loi

¹⁷⁵ *Acuerdo 117/2017, de 21 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón..., op. cit.*

3/2011. Il est tout de même possible que par l'harmonisation maximale, la jurisprudence espagnole varie et suit celle européenne. Néanmoins il y a peu de chance. Une telle possibilité résulterait d'une sanction de la Commission ou d'une obligation de la CJUE. Puis, la mention d'intérêt général dans les dispositions législatives traitant de la modification ne figurait pas dans l'ancienne loi alors qu'à présent c'est le cas. Cette nouveauté peut contribuer à réitérer la jurisprudence espagnole en la matière où ce *ius variandi*, était étendu et considéré comme un pouvoir d'adaptation des contrats aux nécessités publiques. L'intérêt général est celui qui doit prévaloir dans tous les cas. En guise d'exemple prenons, la loi 5/2014¹⁷⁶ relative au budget général de la communauté autonome d'Euskadi, où les modifications des contrats du secteur public « sont réalisées pour des motifs d'intérêt général¹⁷⁷ quand n'importe quelle modification du contrat administratif (...) a pour finalité la réalisation d'objectif. » En l'espèce, l'objectif d'intérêt général est celui de stabilité budgétaire ici en raison de l'objet de cette loi.

118. Il découle donc de tout ce qui précède que les dispositions en matière de modification du contrat sont d'harmonisation maximale. Un premier indice réside dans les seuils à ne pas franchir. Ce sont des valeurs limites qui ne doivent pas être dépassées. Le principe est issu de la jurisprudence de la CJCE Ratti¹⁷⁸ qui consacre une application rigoureuse de la directive qui de facto s'impose au législateur national. De nombreux avocats généraux¹⁷⁹ vont dans ce sens.

Mais il y a eu une atténuation au fil de la jurisprudence, et à défaut de contenir des mesures explicites octroyant une liberté aux rédacteur nationaux, les États « ne peuvent pas s'écarter de manière substantielle¹⁸⁰ » des dispositions de la directive. Dès lors, si l'écart n'est pas substantiel a priori cela serait possible. Mais comme nous l'avons illustré, certaines mesures espagnoles sont proches de la surréglementation, ce qui les éloignent de la directive. Cela peut partiellement s'opposer aux dispositions de la directive qui font la promotion d'une mutabilité du contrat, mais une mutabilité encadrée. Dès lors l'impact négatif n'est pas une contrainte. L'idée de favoriser la clause de réexamen accentue davantage l'idée du consensualisme du contrat et la protection des PME pour les raisons qui ont été esquissées.

119. Cependant, le cas espagnol semble avoir fait preuve de surtransposition de la disposition relative aux clauses de réexamen en insérant une limite 20% de la valeur monétaire de la modification alors que la directive prévoyait l'application de cette clause quelle que soit leur valeur

¹⁷⁶ Ley 5/2014, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2015.,.

¹⁷⁷ José Antonio MORENO MOLINA, EL NUEVO DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UNIÓN EUROPEA. DIRECTIVAS 4.0, Univerisad de Castilla-La Mancha, 2015.

¹⁷⁸ CJCE 5 avril 1979 aff C-148/78 Ministère public contre Tullio Ratti, 1979.

¹⁷⁹ M.-C. PUJOL-REVERSAT, *Contribution à l'étude de l'harmonisation technique communautaire : l'exemple des véhicules à moteur...*, op. cit, P.296.

¹⁸⁰ *Ibid.*

monétaire. Comme l'a mis en avant madame Marie-Christine PUJOL REVERSAT¹⁸¹, « La Commission peut approuver l'autorisation de mesure nationales (...) d'un niveau de protection moins élevé, dans l'hypothèse d'une harmonisation maximale. » Or là c'est le contraire qui s'applique. La prudence espagnole est toutefois compréhensible pour des raisons historiques. En effet, le principe traditionnel consiste à une mutabilité facilitée du contrat. En effet pour des raisons d'intérêt général (interés público¹⁸²) le pouvoir adjudicateur devrait pouvoir modifier le contrat. Or cette possibilité a eu pour conséquence, une utilisation excessive en Espagne des modifications des contrats¹⁸³.

Tableau récapitulatif :

| Pays | Dispositions | Présence d'une clause de réexamen | Modification substantielle |
|-----------|---|--|--|
| Allemagne | § 132 de la GWB | <ul style="list-style-type: none"> • Autorisation de la loi de transposition • Assimilation des clauses et des options. | <ul style="list-style-type: none"> • Reprise des dispositions de la directive |
| Belgique | Articles 38 et suivants de l'arrêté royal du 22 juin 2017 | <ul style="list-style-type: none"> • Autorisation des textes de transposition et obligation d'utilisation pour certaines d'entre elles. Voir les articles 38/7 et suivants. | <ul style="list-style-type: none"> • Reprise des dispositions de la directive |
| Espagne | Articles 203, 204 et 205 de la LCSP | <ul style="list-style-type: none"> • La modification ne doit pas dépasser 20% du montant initial du contrat. • Autorisation de la loi et même encouragement de celle-ci. • Pas de référence à une clause de prix. | <ul style="list-style-type: none"> • Modification doit être d'intérêt général. • Définition des modifications qui élargissent de manière importante le champ d'application du contrat. |
| France | Article 65 de | Autorisation des | <ul style="list-style-type: none"> • Reprise des |

¹⁸¹ *Ibid*, P.283.

¹⁸² J.A. MORENO MOLINA, *EL NUEVO DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UNIÓN EUROPEA. DIRECTIVAS 4.0...*, *op. cit*, P.86

¹⁸³ *Ibid*, P.88.

| | | | |
|--|---|--------------------------|------------------------------|
| | l'ordonnance 2015-899 Articles 139, 140 du décret 2016-360 | textes de transposition. | dispositions de la directive |
|--|---|--------------------------|------------------------------|

Néanmoins, la modification n'est pas la seule forme d'harmonisation maximale de la directive. D'autres dispositions de ce texte ont prévu des mesures ayant la vertu d'être harmonisatrice. A leurs lectures, il semblerait que celles-ci ne laissent aucune latitude ou du moins très peu aux rédacteurs nationaux. Cependant en les transposant, ces derniers ont largement implanté leurs traditions juridiques va à l'encontre d'une telle vision harmonisatrice. Cette constatation concerne également les dispositions qui que l'on pourrait qualifier d'harmonisation définitionnelle.

B- Une mauvaise réception de l'harmonisation définitionnelle.

120. Étude des transpositions de la notion de pouvoirs adjudicateurs. Cet exemple est intéressant en ce qu'il traduit l'évolution intellectuelle de la directive. En effet, la directive européenne a au cours de ses modifications, encouragé le développement de politiques économiques par le biais des marchés publics. Comme nous avons pu le noter les textes européens se sont économisés et le marché public a une valeur marchande - encadrée toutefois - à l'image de tout autre marché européen. Cette dimension économique s'illustre notamment en France à travers la notion d'acheteur en matière de marchés publics alors que les autres États étudient la notion d'autorité contractante. Comme l'a souligné Madame la Professeur Marion Ubaud-Bergeron, l'achat public « embrasse une préoccupation d'efficacité et de déontologie de la commande publique. » Par ailleurs « la fonction d'acheteur va conduire à prendre en considération toutes les techniques, de connaissance préalable du marché¹⁸⁴ (...) » Cette idée se transpose également aux autres États étudiés.

En outre, avant la directive les personnes morales de droit public et de droit privé ne coexistaient pas. Était prévue une « nette séparation organique¹⁸⁵ ». Or la directive est venue rompre ce principe qui a une forte importance en France, mais qui comme dans des pays tel que l'Allemagne n'avait qu'une partielle existence. En effet, comme nous l'avons déjà expliqué la logique marchande allemande prédomine sur la particularité des besoins des acheteurs, pour utiliser le terme français. De plus comme le rappelle Mme la Professeur Ubaud Bergeron le droit de l'Union européenne ne reconnaît pas la « différenciation des personnes publiques et des personnes privées. » Cela est donc novateur

¹⁸⁴ Marion UBAUD-BERGERON, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 218, coll.« Dalloz ».

¹⁸⁵ *Ibid.*

pour le droit français qui fait le choix de s'allier à une approche transversale de la commande publique. »

121. Les nouvelles définitions ont des conséquences sur les acteurs privés. En effet si la situation la plus classique est la promotion de l'insertion des acteurs privés, en tant qu'opérateur économique, leur entrée peut également se faire à travers la notion de pouvoir adjudicateur, au vu de la confusion personne morale de droit public et personne morale de droit privé. Cette étude mérite donc attention également en ce qu'elle est un exemple d'harmonisation.

En principe « les précisions terminologiques apportées par les rédacteurs des directives grâce aux définitions sont impératives¹⁸⁶. » Il existe des définitions terminologiques et des définitions légales. En la matière les définitions de l'article 2 et donc la notion de pouvoir adjudicateur sont des définitions terminologiques¹⁸⁷. L'objet de ces définitions est de conférer un sens unique aux termes utilisés, « et partant un haut degré d'harmonisation de la notion¹⁸⁸ ».

Ces définitions pour reprendre les mots de G. Cornu, ne sont que « l'auxiliaire d'interprétation de ce texte », « ne contribue en rien à la formation de l'ordre juridique¹⁸⁹. » Elles ne concernent donc que la matière qu'elle régit et plus strictement la directive qui les contient. Elles sont reconnaissables car elles débutent par des mentions telles que « aux fins de la présente directive », ce qui est le cas pour la directive 2014/24/UE. Elles sont donc harmonisatrices et devraient être respectées par tous les États.

En l'espèce il ressort de ces dispositions une vision commune. D'ailleurs, il est indiqué au considérant 10 de la directive, qu'« afin d'indiquer clairement que le champ d'application *ratione personae* de la présente directive devrait demeurer inchangé, il convient de conserver la définition sur laquelle la Cour s'est fondée. » Néanmoins l'utilisation qui est faite de la notion de pouvoir adjudicateur dans les lois de transposition mérite d'être étudiée aux vues de certaines différences.

122. Forme de la transposition. Dans le guide légistique belge¹⁹⁰, il est indiqué que, lorsque le rédacteur transpose une directive européenne « qui comporte elle-même des définitions » il faut intégrer « celles-ci dans l'acte de transposition sans altérer leur contenu. » C'est entre autres pour cela que la définition du pouvoir adjudicateur est littéralement celle de la directive. Puis à la sous-section 4 de ce guide légistique, il est indiqué le format que ces définitions doivent prendre. Ainsi, est-il conseillé, quand les définitions concernent l'ensemble du texte, de les regrouper au début du texte de transposition, dans un article spécifique, « après les articles déterminant respectivement la matière

¹⁸⁶ Célia ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Thèse Université Panthéon Assas, 2005.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid*, P.48.

¹⁸⁹ G. Cornu, « Les définitions dans la. Loi et les textes réglementaires », RRJ 1987, p.1180

¹⁹⁰ Conseil d'État Belge, *Principe de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires - Belgique...*, *op. cit*, P.71.

réglée et le champ d'application. » C'est ici le cas. Cette règle formelle accroît la transparence et la compréhension du texte. La France devrait dans sa rédaction s'inspirer de ce modèle.

Concernant l'Espagne, la loi fait référence les contrats du secteur public. C'est pourquoi la loi espagnole applique les dispositions de cette loi aux entités formant le secteur public dont certaines d'entre elles seulement forment les pouvoirs adjudicateurs. Le champ d'application de cette loi est donc plus large. Néanmoins cela dépend du vocable utilisé par les dispositions de la loi car certaines d'entre elles renvoient aux autorités contractantes quand d'autres font références aux pouvoirs adjudicateurs (poderes adjudicadores).

Pour une meilleure analyse de l'insertion des acteurs privés en tant que pouvoir adjudicateur et de la portée harmonisatrice de cette définition, une étude des transpositions nationales s'impose.

123. À la lecture de l'article 2 de la directive, il ressort deux éléments¹⁹¹. D'une part sont considérés comme des pouvoirs adjudicateurs ceux « par définition » à savoir l'État, les autorités régionales ou locales, les autorités centrales de l'alinéa 2 et les pouvoirs adjudicateurs sous-centraux de l'alinéa 3. D'autre part, les organismes de droit public et les associations formés par une ou plusieurs des autorités de l'alinéa 1 ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

124. Concernant les entités visées à l'annexe I. Il faut savoir que ces listes ne sont pas impératives. En effet, dans une affaire de 2009¹⁹², une question préjudicielle a été posée à la Cour afin de savoir si les caisses d'assurances allemandes étaient considérées comme des organismes de droit public et a fortiori des pouvoirs adjudicateurs. Selon la Cour il existe d'une part des dispositions de fond qualifiant automatiquement de pouvoirs adjudicateurs, comme les conditions auxquelles les organismes doivent répondre. D'autre part, sont également utilisées des « mesures de mise en œuvre de ces règles de fond, telles que l'insertion, à l'annexe III (en l'espèce) de la même directive, d'une liste non exhaustive d'organismes publics censés remplir ces conditions. » C'est au juge européen qu'il revient, de qualifier ces entités en fonction des critères à remplir¹⁹³. Cette décision avait comme base juridique la directive 2004/18/CE. Néanmoins le principe est important et peut être transposable à la directive 2014/24/UE. En l'espèce cette décision implique qu'en matière d'harmonisation de la notion de pouvoir adjudicateur, il y a deux poids de mesure. Tout d'abord les dispositions de fond, sont immuables et fondatrices. Elles sont nécessaires pour qualifier une autorité de pouvoir adjudicateur et méritent ainsi d'être uniformes pour permettre une application uniforme sur le territoire. Cependant on peut tout à fait imaginer que les autorités visées à l'annexe I répondent de

¹⁹¹ Hélène HOEPPFNER, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz., coll.« Cours Dalloz », 2016 p 109-110.

¹⁹² CJCE 11 juin 2009 C-300/07 *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik contre AOK Rheinland/Hamburg*, 2009.

¹⁹³ *Ibid*, considérant 45.

manière contingente aux critères requis. Dès lors, la liste est une présomption simple, qui nécessite le respect des critères indiquées dans les dispositions.

La suite du développement ne tiendra pas en compte les entités visées à l'annexe I pour ce principe.

À présent, concentrons-nous sur les lois de transpositions.

125. Les pouvoirs adjudicateurs « par définition ». En France, la notion d'État, d'autorités régionales et locales est intégrée à celle de personne morale de droit public. C'est par « tradition juridique », par mimétisme, que la France a inséré cette notion qu'elle n'utilisait pas auparavant dans ses textes. En guise d'explication nous pouvons retenir celle du guide belge légistique selon laquelle les autorités peuvent utiliser des termes nationaux en raison de leur impact dans le droit national. En effet, les rédacteurs ont certainement souhaité garder cette spécificité française qui fait référence à de nombreuses situations propres au droit français. Par exemple aux personnes de droit public par principe, s'y ajoutent également les Établissements publics de l'État et des collectivités territoriales. Cela étend davantage la définition par rapport à celle de la directive qui ne retient pas ces détachements. Cependant l'insertion en annexe de certaines autorités, peut-être une méthode de pallier cette lacune de la directive, en prenant en compte, les précautions relatives à la présomption simple de cette liste. La latitude de la notion de personne morale de droit public est donc a priori favorable en droit français.

126. Néanmoins cette appellation soulève de nombreuses interrogations. Les précédentes lois avaient une forte empreinte nationale. L'objectif de la directive marché public est de créer un marché commun. Or comment créer un tel marché si les acteurs ne sont pas clairement identifiables. En effet, il aurait été préférable de mentionner ces pouvoirs adjudicateurs par définition en énumérant ces acteurs à la manière de la directive. Cet exemple peut conduire les acteurs à s'interroger sur cette définition de personne morale de droit public et notamment si son champ est exclusivement national ou également européen. En effet, « le texte de cette ordonnance peut-il être interprété comme le code qui le précédait, en fonction d'une approche uniquement exclusivement nationale ?¹⁹⁴ » Si la définition est européenne, comment savoir si les autorités contractantes étrangères y répondent ? Les définitions terminologiques ont pour but de supprimer ces interrogations. Or l'ordonnance marché public ne fait que les alimenter. L'article 18 TFUE se fait le pourfendeur des discriminations en raison de la nationalité. C'est la raison pour laquelle ces interrogations peuvent conduire les rédacteurs à modifier cette formule¹⁹⁵.

En Allemagne, le § 99 du GWB donne la définition du pouvoir adjudicateur. La version anglaise de cette loi sur laquelle cette étude se base fait référence aux (public contracting authorities). Mais il

¹⁹⁴ Lucien RAPP, « Qu'est-ce qu'une "entreprise publique" ? », *Actualité juridique du droit administratif*, Dalloz 2017, p. 1993.

¹⁹⁵ *Ibid.*

s'agit bien des pouvoirs adjudicateurs et non pas des autorités publiques contractantes¹⁹⁶. En effet, la version germanophone de cet article les nomme « öffentliche Auftraggeber » qui signifient pouvoirs adjudicateurs.

L'originalité de la définition ici est qu'il n'est pas fait référence à l'État en tant que pouvoirs adjudicateurs. Cette spécificité allemande est ancienne et était déjà présente dans le GWB de 1998. Cette particularité est donc conservée et l'explication repose sur les répartitions des compétences entre État fédéral et entités fédérées, telles qu'elles ressortent de la loi fondamentale. Ensuite, la disposition traite de ces autorités et de leurs « special funds ». La traduction littérale voudrait que l'on considère cette notion comme les autorités et leurs « patrimoines distincts. » Dans un document de 2003¹⁹⁷, ces établissements et fondations peuvent être compris comme « les entités ayant un caractère autre qu'industriel et commercial soumis au contrôle de l'État et agissant dans l'intérêt général. » Cela permet d'intégrer davantage d'acteurs en tant que pouvoirs adjudicateurs.

En Belgique, la transposition est identique à celle de la directive. L'État est un pouvoir adjudicateur, de même que les régions, Communautés et autorités locales. Figurent dans l'introduction de ce mémoire les différentes autorités belges. Nous pouvons donc noter que n'apparaissent pas dans la définition ni les trois régions, ni les régions linguistiques. D'un point de vue communal, il faut faire la différence entre le conseil communal et le collège communal. Le premier détient la compétence de principe selon l'article L 1222-3 du code de la démocratie locale et de la décentralisation. C'est donc au conseil de choisir la procédure de passation et de fixer les conditions de marché. Par condition de marché il faut entendre, « l'établissement du cahier des charges, les plans mais également la détermination des critères de sélection et d'attribution. » Les collèges communaux, peuvent se voir déléguer ces compétences dans les conditions du paragraphe 2 du même article. La disposition belge en la matière est explicite et ne suscite aucune difficulté. Elle est l'exemple d'une harmonisation terminologique.

La loi espagnole, a une transposition un peu plus originale, qui utilise de nombreuses références sémantiques nationales. Celle-ci mérite une attention particulière et sera étudiée séparément après l'étude des organismes publics mais avant celle de l'association. Comme nous l'avons rappelé, la loi fait référence aux contrats du secteur public et auparavant aux contrats passés par les administrations publiques. Il y a eu finalement un glissement de perspective depuis les lois de 2004 développant une approche plus fonctionnelle, mais le critère organique est toujours aussi important dans cette matière. Comme tout ce qui a précédé, la loi espagnole fait preuve d'une grande précision. Elle ne nomme pas l'État en tant que tel mais fait référence à l'administration générale de l'État. Cette formulation n'est pas utile en soi puisque l'État doit « être appréhendé dans son unité et renvoie à l'ensemble des

¹⁹⁶ Stéphane DE LA ROSA, " Droit européen de la commande publique ", *Bruylant.*, coll.« Droit de l'Union Européenne », 2017, p.127.

¹⁹⁷ « Pouvoirs adjudicateurs : Allemagne », 25, coll.« Le moniteur », 2003.

autorités et des organismes susceptibles de lui être rattaché. » Pour rattacher une entité à la notion d'État il faut suivre les indices mis en place par la jurisprudence européenne¹⁹⁸.

Face à ces pouvoirs adjudicateurs « par définitions » la définition donnée par la directive recouvre également les organismes de droit public.

127. Les organismes de droit public. Une définition de cette qualification est issue de l'alinéa 4 de l'article 72 de la directive. Cette définition découle de la jurisprudence Mannesman¹⁹⁹. Ainsi un organisme de droit public peut être défini comme un organisme qui répond aux conditions suivantes :

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

L'article 10 de l'ordonnance ne fait pas référence à la notion d'organisme de droit public. Elle utilise celle de personne morale de droit privé en lui accordant tous les caractères de l'alinéa 4 de l'article 72. Là encore le choix de la notion de personne morale de droit privé amène les mêmes arguments que ceux cités pour la personne morale de droit public. Dans les faits cela ne produit aucun effet différent à ceux de la directive. Par exemple la disposition belge utilise le terme d'organisme de droit public en ajoutant « quelles que soient leur forme et leur nature. » Si la simple lecture laisse apparaître un cadre plus rigide de la transposition française en ce qu'elle se cantonne aux personnes morales de droit privé, il n'en n'est rien. En effet dans une décision de la CJCE de 1998²⁰⁰, la Cour a indiqué à propos d'une association de collectivité qu'une « entité déterminée ne saurait relever à la fois de deux catégories différentes (...). La notion d'association ne revêt qu'une fonction résiduelle. » Dès lors l'article 10 français fait face aux deux cas : la personne morale de droit public et celle de droit privé. Donc si une entité n'est pas une personne morale de droit public mais qu'elle ne remplit pas les critères de la personne morale de droit privé, elle ne satisfera pas à ceux d'organisme de droit public.

¹⁹⁸ CJCE 20 novembre 2011 *Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas* Aff 31/87..., *op. cit.*, considérants 11 et 12.

¹⁹⁹ CJCE 15 janvier 1998 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. contre Strohal Rotationsdruck GesmbH* aff. C-44/96, 1998.

²⁰⁰ CJCE 10 novembre 1998 aff C-360/96, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden et BFI Holding BV*, 1998, considérant 27.

La conséquence est identique. Certes le cadre est très rigide, puisqu'il faudrait supposer que l'activité soit d'intérêt général et remplisse les autres conditions. Mais cela est une possibilité d'insertion comme par exemple pour les PME qui ont des missions sociales.

La loi allemande utilise une formulation à peu près similaire. En effet, la version traduite en anglais fait référence aux autres personnes morales (legal person) sous droit public ou droit privé.

Il est également indiqué que cette qualification d'organisme de droit public s'applique si les personnes morales visées à l'alinéa 2 (such legal person), de manière individuelle ou collective, finance des personnes morales sous droit privé ou public qui exerce des opérations de contrôle sur la gestion ou dispose de la majorité des membres dans les organes de gestion ou dans le conseil de surveillance (« exercises supervision over its management or has appointed the majority of the members of a management or supervisory board²⁰¹ »). Finalement il s'agit d'une forme de qualification de pouvoir adjudicateur « par contagion ». Cette disposition est obligatoire et contraignante. Cette idée est illustrée par l'utilisation du mot « shall » en anglais qui quand il est suivi d'un verbe à l'indicatif a une valeur contraignante²⁰².

Une autre originalité de la définition allemande du pouvoir adjudicateur figure à l'alinéa 4 de cette même disposition. Sont jugés comme des pouvoirs adjudicateurs, les personnes physiques ou morales sous le droit privé de même que sous le droit public, mais qui ne tombe pas sous la qualification d'organisme de droit public, (pour reprendre la notion européenne), dans les cas où ils reçoivent des fonds pour des projets d'ingénierie civil, pour construire des hôpitaux, équipements sportifs, des installations de loisirs ou récréatives (recreational), des écoles, des universités ou des bâtiments administratifs ou pour des services relatifs et concours de conception de la part d'entités tombant sous les numéros 1 à 3, et où ces fonds sont utilisés pour financer plus de 50% de ces projets.

Cette disposition existe également dans le droit français, à l'article 21 de l'ordonnance. Mais à la différence de la disposition allemande, l'article 21 a seulement pour but d'introduire dans le champ d'application de la directive ces contrats et non de qualifier leurs auteurs de pouvoir adjudicateur. « La reconnaissance des marchés subventionnés s'inscrit dans une logique similaire à celle de la théorie de la contamination²⁰³ ». Elle suit, en ce sens, la logique de la directive et de son article 13. Cela est par exemple illustré par le fait que l'article français limite l'application de la directive aux contrats supérieurs aux seuils, alors que cela n'est pas le cas de la disposition allemande. Enfin la version allemande, à la différence de celle française, évoque des financements (funds) et non pas de subventions.

²⁰¹ *Act against Restraints on Competition (GWB) 18 April 2016, § 99 - 2.*

²⁰² Union européenne, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne...*, *op. cit.*, p..

²⁰³ S. DE LA ROSA, " Droit européen de la commande publique " ..., *op. cit.*, p.148.

128. Cet exemple est l'illustration des divergences de transposition. Alors qu'en matière de définition terminologique celle-ci doit être exacte, cela est à nuancer. Il s'agit d'une extension du champ d'application de la notion de pouvoir adjudicateur. Cet alinéa allemand est un ajout, en ce qu'il est explicitement annoncé que cette disposition répond à des critères précis et non pas ceux de l'organisme de droit public par exemple. Il s'agit finalement d'une qualification de pouvoir adjudicateur organique puisque la part du financement du pouvoir adjudicateur doit être supérieure à 50% mais également matériel car des situations précises sont visées. Cette disposition est ancienne. Depuis la GWB du 29 mai 1998, ces entités sont considérées comme des pouvoirs adjudicateurs.

Néanmoins cette extension terminologique peut sans doute se comprendre par des besoins politiques. Les cas visés par la disposition sont en France des services publics affectés aux missions de certaines collectivités. Il est possible qu'aux vues de ces activités, celles-ci ne soient pas rentables d'un point de vue économique. Dès lors pour pallier à l'absence d'initiative privée, ces entités reçoivent un financement de la part des pouvoirs adjudicateurs. Néanmoins le lien organique est tel qu'elles doivent être considérées comme des pouvoirs adjudicateurs « par défaut. » Ce ne sont que des propres hypothèses.

129. En Espagne, la présentation est là encore différente. La disposition espagnole est très didactique et détaillée. Dès lors les éléments de définitions ne seront pas étudiés. Cependant intéressons-nous à ceux qualifiés d'administration publique et ceux de pouvoirs adjudicateurs.

Comme cela a été souligné, l'article 3 LCSP émet une liste d'entité soumise à cette loi et ensuite, sélectionne parmi cette liste, les entités correspondant aux pouvoirs adjudicateurs à l'alinéa 3 et aux administrations publiques à l'alinéa

Tout d'abord, la notion de pouvoir adjudicateur recouvre les éléments couverts par la notion d'administration publique, puis les fondations publiques (*fundaciones públicas*) et les mutuelles en collaboration avec la sécurité sociale (*mutuas colaboradas con la Seguridad social*). Cette distinction découle du fait que la loi espagnole a prévu des dispositions en faveur des administrations publiques et d'autres qui sont régies spécialement pour les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas considérées comme des administrations publiques²⁰⁴. Dans le cadre de cette étude nous allons étudier les premières, car entrant dans la définition de pouvoir adjudicateurs.

Il est tout d'abord inutile de revenir sur la notion d'état et des autorités déconcentrées. Ensuite, le b de l'alinéa 1 fait référence aux entités gestionnaires et les services communaux (*Comunes*) de sécurité sociale. Ces deux organismes sont régis par un Real Decreto legislativo du 30 octobre 2015²⁰⁵.

²⁰⁴ Voir en ce sens : Elisabet COTS, « Dos años después llega la nueva Ley de Contratos del Sector Público | Aranzadi », *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 935/2017,

²⁰⁵ *Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, 2015.

L'article 66 donne une liste de ces entités gestionnaires et l'article 73 traite de ces services communaux.

La lettre c) mentionne ensuite les organismes autonomes, les universités publiques et les autorités administratives indépendantes. Concernant uniquement les organismes autonomes. Ils sont régis par une loi 40/2015²⁰⁶, et sont intégrés dans le chapitre des organismes publics. En termes de sémantique nous pourrions penser que les organismos públicos sont les équivalents des organismes de droit public. Il n'en n'est toutefois rien. En effet ces organismes sont définis à l'article 88 de cette loi mais n'ont pas le même champ d'application que les organismes de droit public de la directive. De plus il est fait mention non pas de ces organismes mais des organismes autonomes qui sont intégrés dans la notion d'organisme publics. Il faut se référer à l'article 98 de cette loi pour qu'ils soient définis.

Ce sont donc des « entités de droit public, avec leur propre personnalité juridique, trésorerie et patrimoine propre, autonomie de gestion, qui développent des activités propres de l'administration publique, à la fois des activités de promotion, de prestations, de gestions de services publics ou de productions de biens d'intérêts publics, susceptibles de contre prestation en qualité d'organisations instrumentales différentes et dépendantes de celle-là (l'administration publique). » Pour en revenir à la différence entre organisme de droit public et organisme public. Il faut se référer à la lettre d de l'alinéa 3, concernant les pouvoirs adjudicateurs, qui propose la même définition que celle de la directive. A la manière des transpositions françaises et allemandes il n'est pas fait mention de la notion d'organisme de droit public, mais en l'occurrence, à toutes les entités qui n'ont pas été citées par l'article 3 et qui répondent aux mêmes critères que la directive.

Les consortiums. En outre peuvent être considérés comme des autorité administrative, les consortiums (consorcios) qui sont dotés de personnalité juridique propre et qui sont définis par l'article de la loi 40/2015. Mais pour répondre à cette qualification d'administration publique ils doivent selon l'alinéa 2 répondre aux conditions établies par le point d) de l'alinéa 3. Ils doivent donc remplir les critères de l'organisme de droit public. De plus ils doivent être liés à une ou plusieurs administrations publiques ou alors dépendantes de celles-ci et ne pas être financés majoritairement par les résultats issus du marché.

Ces consorcios font référence « aux personnes morales composées de deux ou plus administrations publiques, qu'elles soient territoriales, ou des organismes autonomes ou des entités » par exemple.

La lettre e) délimite les fondations qui sont considérées comme publiques. Les fondations privées sont définies par la loi 50/2002²⁰⁷. Ensuite pour leur appliquer le caractère public il faut respecter les

²⁰⁶ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público., 2015.

²⁰⁷ Ley de Fundaciones 50/2002, 2002.

trois conditions cumulatives indiquées dans la LCSP. À ceci s'ajoute à la lettre f les mutuelles qui collaborent avec la sécurité sociale. Une liste de ces mutuelles est fournie sur le site internet du ministre de l'emploi et de la sécurité sociale. Selon la même source, ce sont des associations privées, associations d'entreprises autorisées par le ministre à collaborer à la gestion de la sécurité sociale. Elle est régie par la loi 35/2014²⁰⁸ et par le Real Decreto legislativo, 8/2015²⁰⁹. Enfin la définition de pouvoir adjudicateur est complétée par les associations constituées par les entités mentionnées dans les lettres antérieures.

L'inclusion des consorcios ou des fondations résultent d'une prise de conscience liée à une situation de fait. En effet, dans le cas des fondations par exemple la loi 30/1994²¹⁰ a reconnu pour la première fois, « la capacité des administrations publiques territoriales à créer des fondations privées²¹¹. » Face à l'ampleur du développement de ces fondations et des consorcios dans des domaines où les autorités administratives étaient compétentes, comme la santé ou encore l'environnement, les pouvoirs publics ont décidé de créer un régime les rattachant aux marchés publics. Au départ, la loi espagnole soumettait à avis de publication « les travaux publics et les contrats de services liés à ceux-ci. » Mais cela allait contre le droit de l'UE en la matière et contre la jurisprudence Mannesman²¹². Donc les organisations qui « réalisent des activités substantielles identiques et qui dépendent étroitement de l'État ou des administrations territoriales » doivent être soumises au même régime en matière de marchés publics quand les conditions évoquées sont remplies²¹³.

130. Cependant, de nombreuses questions peuvent être posées face à cette précision. Comme nous l'avons déjà expliqué la loi espagnole en la matière a été toujours fondée sur un critère organique. Toutefois, est-ce qu'il faut pour autant penser que l'inclusion de ces notions élargissent le champ d'application des autorités soumises à la loi LCSP. Deux cas de figure se présentent. Soit ces entités sont considérées comme des entités des administrations de l'alinéa 1 lettre a, cela ne présente aucune difficulté et la LCSP est similaire à la directive, soit ce n'est pas le cas. Néanmoins aux vues des institutions citées, il semblerait que ces critères soient remplis.

En outre, une autre justification peut être apportée. Cela peut s'expliquer tout d'abord par la forte présence de la corruption en matière de marchés publics lors des premières lois de transposition en la

²⁰⁸ Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, 2014.

²⁰⁹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social., 2015.

²¹⁰ Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general., 1994.

²¹¹ Foix MONTERRAT CUCHILLO et Mateo MONTERRAT, « Pouvoirs adjudicateurs : Espagne », *Contrats publics*, 25, septembre 2003, coll.« Le moniteur ».

²¹² CJCE 15 janvier 1998 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. contre Strohal Rotationsdruck GesmbH* aff. C-44/96..., *op. cit.*

²¹³ F. MONTERRAT CUCHILLO et MONTERRAT MATEO, « Pouvoirs adjudicateurs : Espagne »..., *op. cit.*, p. 53.

matière. Pour réguler au mieux ces externalités négatives, les rédacteurs prennent le plus de précaution et détaillent au maximum leurs lois. Cette idée est par exemple réitérée par l'alinéa 4 de cet article 3 espagnol. Les partis politiques visés à l'article 1 de la loi organique 8/2007²¹⁴ ne sont certes pas considérés comme des administrations publiques et encore moins comme des pouvoirs adjudicateurs mais, sont soumis en ce qui les concernent par les dispositions de cette loi. Cela est également le cas des organisations syndicales de la loi 11/1985 ou des autres entités visées. L'Espagne est le seul État parmi ceux étudiés qui fait appliquer aux partis politiques, la LCSP, du moment qu'ils répondent aux critères de l'organisme de droit public. Cette particularité est autorisée par le considérant 29 de la directive marché public.

131. Nous pouvons donc noter que dans les textes de transpositions et *a fortiori* dans la loi espagnole, il est très compliqué d'ajuster la balance entre préoccupations nationales et européennes. En effet cette notion telle qu'elle résulte du droit espagnol va plus loin que celle de la directive. Dès lors, même les définitions sont soumises à des divergences ce qui met à mal l'idée d'une harmonisation totale ou maximale en la matière.

132. Néanmoins la loi espagnole en saisissant cette perspective, peut permettre l'intégration de PME qui ont des objets sociaux spécifiques en raison de l'étendue du terme pouvoir adjudicateur.

133. Les associations. Toutefois la notion de pouvoir adjudicateur n'est pas totalement couverte. Il manque en effet les associations qui regroupent une ou plusieurs autorités de l'alinéa 1 de l'article 2 de la directive et un ou plusieurs organismes de droit public. **La France** est le seul État où ne figure pas la notion d'association. Sont visés à l'alinéa 3 les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique et constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun ». « Ce sont des entités *ad hoc*, créées en vue d'une coopération publique.²¹⁵ ». Cette notion d'organisme de droit privé est donc vague et il peut se poser la question de savoir si les associations peuvent y être assimilées.

134. Il faut comprendre de quelle manière les associations peuvent être assimilées aux critères déjà utilisés ou à défaut la manière dont il est possible de les intégrer. Pour cela nous allons tout d'abord étudier ce qui est réalisé dans les autres États. En Allemagne les associations (Verein) comme ailleurs, peuvent avoir des fonds à la fois publics et privés. La loi allemande fait uniquement référence aux associations. Pourtant le code civil allemand distingue les associations commerciales²¹⁶ des associations non commerciales²¹⁷. Elles doivent uniquement être composées par les autorités des

²¹⁴ Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

²¹⁵ H. HOEPFFNER, " Droit des contrats administratifs " ..., *op. cit.*, p.112.

²¹⁶ German Civil Code BGB § 22; BGBI. I S. 3719.

²¹⁷ *Ibid.*, § 22.

alinéas 1 et 2 du § 97. S'il devait s'agir d'associations non commerciales elles devraient être essentiellement composées par des dotations et ne peuvent avoir des activités basées sur la conduite des affaires. Elles ont une personnalité légale quand elles s'enregistrent à une cour de justice locale²¹⁸. Si l'association commerciale est acceptée, cela pourrait étendre la place des acteurs privés qui pourraient se constituer en société civile ou selon d'autres formes juridiques.

Du point de vue espagnol cependant, l'association est définie selon la loi organique 1/2002²¹⁹. Dans l'exposé des motifs, il est indiqué que ces associations visées par cette loi ne sont que les associations sans but lucratif. Cela permet donc d'exclure du champ d'application les sociétés civiles, commerciales dont les finalités et nature ne répondent pas à l'essence communément admise par l'article 22 de la constitution²²⁰. Mais la LCSP ne rejette pas les financements privés. Il est donc possible par le biais de ces associations qu'interviennent des financements privés et donc des acteurs privés qui peuvent être soumises à la LCSP. Il faut en effet rappeler que la notion d'organisme de droit public traite de « financement majoritaire » par les pouvoirs adjudicateurs et non pas de financement exclusif. En prenant en compte ce qui précède, il est tout fait possible que les associations françaises intègrent la notion d'organisme de droit privé, si elles répondent aux critères indiqués. Ce qui peut réitérer cette possibilité est que la fin de l'aliéna 3 mentionne que le but est « de réaliser certaines activités en commun. » Or la définition de l'association n'est autre que le groupement de personnes volontaires réunies autour d'un projet commun ou partageant des activités, mais sans chercher à en réaliser des bénéfices.²²¹»

135. Si la notion d'organisme de droit privé n'intègre pas celle d'association qu'en est-il ? Nous avons évoqué supra, l'article 21 de l'ordonnance. Dès lors, si une association répond aux critères de cet article il est tout à fait possible d'intégrer des associations dans le champ de la commande publique. Elles ne seront toutefois pas qualifiées de pouvoirs adjudicateurs. La situation vis-à-vis des associations est donc très ambiguë. D'une part elles ne sont pas évoquées d'autre part ils leurs suffiraient de remplir certains critères pour l'être. Ensuite, jusqu'en 2011 il était seulement estimé que les associations pouvant être qualifiées de pouvoir adjudicateur soient les associations para-publiques ou transparentes²²². Mais en même temps une circulaire de 2010 a listé des associations qui seraient des pouvoirs adjudicateurs, complétée par la suite par une circulaire. Toutefois aux vues de la valeur juridique des circulaires dans le droit français celles-ci n'auraient pas un effet contraignant d'autant

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.*

²²⁰ *Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.*

²²¹ « Qu'est-ce qu'une association ? - Participer à une association Découverte des institutions - Repères - vie-publique.fr », 9 octobre 2013, http://www.vie-publique.fr/decouverte_institutions/citoyen/participation/association/qu-est-ce-qu-association.html.

²²² Brigitte CLAVAGNIER, « Associations pouvoirs adjudicateurs : définition et spécificités », *Juris associations*, n° 576, 2018, p. 24, coll.« Dalloz ».

plus que parmi elles certaines ne respectaient pas la définition de pouvoir adjudicateur. Il s'agirait dès lors d'une présomption simple.

136. Mais c'est un système de qualification vicieux en ce qu'il est soumis à des critères et donc est contingent. La définition européenne et retenue par les États étudiés, sécurise et assure la participation des associations aux marchés publics en tant que pouvoir adjudicateur. Cette valeur sûre découle du critère organique. Comme le met en avant Madame Brigitte Clavagnier²²³, à propos des associations qui répondraient aux critères de la notion d'organisme de droit public, « les associations qualifiées de pouvoirs adjudicateurs doivent appliquer à leurs marchés de travaux, fournitures et services les mêmes règles que les personnes publiques, à ceci près qu'elles peuvent être pouvoirs adjudicateurs une année – par exemple, en raison d'une subvention un peu plus élevée que les années précédentes – et ne plus l'être l'année suivante. »

Dès lors, le régime applicable aux associations françaises est relativement affaibli. D'une part, c'est la preuve d'une harmonisation faible même pour la définition de pouvoir adjudicateur qui est importante. D'autre part, cela permet une moindre intégration des PME à la qualification de pouvoir adjudicateur. Cette seconde conséquence est superfétatoire car l'objectif européen d'intégration des PME aux marchés publics est plus centré sur la participation de ces dernières en tant qu'opérateur économique et non pas comme pouvoir adjudicateur.

C'est pourquoi, le haut conseil à la vie associative (HCVA), avait émis un avis sur le projet²²⁴ d'ordonnance de transposition en conseillant d'intégrer également les associations qui ne sont pas « créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général » mais qui sont créées simplement par des personnes qui tentent ensemble de résoudre leurs besoins sociaux, culturels, éducatifs (...) quand bien même leurs activités rejoignent un jour l'intérêt général tel que défini par la puissance publique ». Cette idée est intéressante car dans les textes de transposition on suppose que les pouvoirs adjudicateurs ou organismes de droit public remplissent des missions d'intérêt général. A ceci elles ont également souhaité l'introduction de sociétés commerciales.

Toutefois, il semblerait assez étonnant que la notion d'organisme de droit privé, ne fasse pas référence à celle d'association. L'étendue de la première permet d'intégrer des entités telles que les sociétés d'économie mixte, les sociétés publiques locales ou encore les sociétés anonymes d'HLM en raison de leur nature juridique mixte. Ainsi cet élément français est plus large que les autres références nationales. Cela est certes un obstacle à l'idée d'harmonisation mais elle permet de qualifier certaines PME, de pouvoir adjudicateur.

²²³ *Ibid*, P.3.

²²⁴ Haut Conseil de la Vie Associative, « Avis du HCVA sur le projet d'ordonnance de transposition de la partie législative de la directive marchés publics ».

137. En somme, il ressort de la notion de pouvoir adjudicateur que le ciment constituant cette définition est solide. Cependant des divergences résultent de la forme de l'État, de la manière dont la déconcentration des pouvoirs est réalisée, mais également en fonction de la culture juridique en matière de marchés publics. Ainsi, la fédération allemande, n'est pas concernée par la définition de pouvoir adjudicateur, le nom d'organisme de droit public n'est pas universellement repris, et les associations françaises ne possèdent pas la même place que dans les autres lois de transposition.

138. Cela a une influence sur l'insertion des acteurs privés dans la notion de pouvoir adjudicateur. Nous avons rappelé que ce n'était pas un objectif principal mais il est tout de même intéressant de noter le mélange des acteurs pouvant être qualifiés de pouvoir adjudicateur. Cela bouleverse totalement la perception française fondée originellement sur une stricte division personne publique / personne privée. Par exemple en Allemagne les caisses d'épargne qui financent majoritairement les PME comme nous l'avons indiqué supra, « satisfont des besoins d'intérêt général en encourageant la constitution de capital de larges couches de la population et en entretenant un réseau de succursale dense²²⁵. » Vu qu'elles détiennent une garantie de l'État « elles ne peuvent pas devenir insolvable » et il est possible donc que cette caisse remplisse tous les critères pour être un pouvoir adjudicateur.

Tableau récapitulatif :

| Pays | Pouvoirs adjudicateurs par définition | Organismes de droit public | Associations |
|-----------|--|---|--|
| Allemagne | <ul style="list-style-type: none"> • § 99 GWB : • Collectivités territoriales et leurs « special funds » (Patrimoine distinct). • Aux entités qui ne sont pas des organismes de droit public et qui répondent aux conditions de l'alinéa 4 du § 99. | <ul style="list-style-type: none"> • Ne fait pas référence à cette notion. • Mais aux autres personnes morales de droit public ou de droit privé. | <ul style="list-style-type: none"> • Fait référence aux associations. |
| Belgique | <ul style="list-style-type: none"> • Article 2 - 1° de la loi du 17 juin 2016: | <ul style="list-style-type: none"> • Fait référence à la notion d'organisme | <ul style="list-style-type: none"> • Idem |

²²⁵ « Pouvoirs adjudicateurs : Allemagne », *Contrats et Marchés publics*, 25, 2003, coll.« Le moniteur ».

| | | | |
|---------|---|---|--|
| | <ul style="list-style-type: none"> • État, Régions et Autorités locales. | de droit public et utilise les mêmes critères que la directive. | |
| Espagne | <ul style="list-style-type: none"> • Article 3 LCSP : • Administration générale de l'État, les administrations des communautés autonomes, les villes autonomes de Ceuta et Melilla et les entités qui intègrent la définition d'administration locale. • Les fondations publiques. • Les mutuelles en collaboration avec la sécurité sociale. | | <ul style="list-style-type: none"> • Idem |
| France | - Personne morale de droit public. | <ul style="list-style-type: none"> • Mentionne les personnes morales de droit privé. Mais les critères d'identification sont identiques à ceux de la définition de l'organisme de droit public selon la directive. | - Les associations ne sont pas indiquées mais peut être concernée par la définition d'organisme de droit public. |

139. La transposition française devrait donc modifier sa notion de personne morale de droit public. Même si celles-ci découlent d'une tradition juridique française, le droit des marchés publics entend accorder une vision européenne aux marchés publics. Garder cette notion serait entretenir un cadre juridique brumeux et non favorable au développement des échanges. Par ailleurs pour les raisons

qui ont été mises en avant il serait intéressant et conseillé d'intégrer les associations dans la définition de pouvoir adjudicateur et pourquoi pas de conserver également la notion d'organisme de droit privé. Ainsi serait-il possible d'inclure dans la définition de cette dernière notion, une formule telle que les organismes de droit privé, autre que les associations mentionnées.

CONCLUSION CHAPITRE 1 :

Il découle de tout ce qui précède que les rédacteurs européens ont voulu créer un cadre juridique obligatoire en matière de marchés publics. Deux idées nous poussent à le penser.

D'une part, comme cela a été esquissé, la Commission européenne a encadré le contrôle de transposition des dispositions de la directive. Elle vérifie, à la suite d'une transmission d'un rapport par les États membres, que les rédactions nationales et les intentions de ces rédacteurs soient compatibles ou conformes avec les siennes. Cette idée est réitérée par la création de structure de contrôle nationale. Émane donc la volonté de créer un corpus commun.

D'autre part, via des dispositions issues de la directive ayant pour vocation d'harmoniser totalement ou de manière maximale le droit. Or il résulte, que, quand bien même celles-ci soient importantes pour fonder le corps de cette matière, les États s'arrogent certaines libertés. Les transpositions françaises sont assez respectueuses de la directive, non à la manière de la Belgique certes, mais elles réalisent un compromis entre tradition juridique et développement d'un marché européen. Toutefois, à la lumière de ce qui précède, l'objectif de création d'un marché unique en la matière est semé d'embuche. L'exemple de la modification du contrat est frappant. Alors qu'il ressort de l'article 72 de la directive la création d'un cadre commun, la France, la Belgique et essentiellement l'Espagne ont inséré leurs spécificités. Le risque d'un dumping est donc bien présent.

Cela l'est d'autant plus au regard d'autres matières. En effet, la directive contient des dispositions allant de l'harmonisation minimale jusqu'à de la coordination. La latitude accordée aux États membres est plus grande et nous verrons quels choix de transpositions semblent les plus opportuns.

CHAPITRE 2 : UNE DECENTRALISATION DES COMPETENCES VERS LE LEGISLATEUR NATIONAL.

L'objet de cette partie est double. Il conviendra tout d'abord de rappeler que la notion d'harmonisation ne tend pas vers de l'unification. En effet l'harmonisation peut également être minimale ou optionnelle. La différence par rapport aux thèmes précédents étudiés, réside dans la marge de liberté des États lors de la transposition (Section I). Toutefois, malgré la latitude accordée à ces derniers, il ne faut pas confondre ces notions avec celles de la coordination qui s'attache aux effets des dispositions. Il s'agira alors de démontrer en quoi la directive peut être considérée comme de coordination (Section II).

Section I : La latitude du législateur dans la transposition.

L'objet de cette section est de prouver que les mesures harmonisatrices peuvent également laisser une marge de manœuvre volontaires aux États. Pour ce faire, deux notions doivent être étudiées : l'harmonisation minimale (A) et l'harmonisation optionnelle (B). La première crée un cadre juridique européen obligatoire avec des dispositions minimales alors que la seconde accorde aux États membres la possibilité de choisir entre la disposition nationale et la disposition européenne.

Paragraphe I : L'harmonisation minimale : un obstacle à une transposition littérale.

De nombreuses dispositions de la directive sont d'harmonisation minimale. Face à ce constat, cette étude se concentrera sur deux notions. Tout d'abord l'allotissement sera mis en avant. C'est un exemple intéressant car il répond parfaitement à la définition d'harmonisation minimale. Cette pratique est par ailleurs couramment utilisée par les pouvoirs adjudicateurs et enfin, elle fait partie des dispositions assurant la promotion de l'accès PME dans les marchés publics (A). Ensuite le *sourcing* est également un exemple éclairant en la matière qui mérite attention pour les mêmes raisons (B).

A – L’harmonisation a minima de l’allotissement : un outil perfectible.

140. Définition de l’harmonisation minimale. Il ressort de la jurisprudence européenne que l’harmonisation minimale est une notion fixant des normes minimales, que les États dans leurs textes de transposition doivent traduire. Cependant cette restriction n’est pas totale en ce que ces normes telles qu’issues de la directive accordent explicitement ou implicitement une marge de manœuvre. Mais si nous devons en retenir le principe en une phrase ce serait celle de la décision c-84/94²²⁶. Il y est indiqué que l’objet n’est pas de limiter « l’intervention communautaire (européenne) au plus petit dénominateur commun, voire même au niveau de protection le plus bas établi par les différents États membres mais elle signifie que les États sont libres d’accorder une protection renforcée par rapport à celle, le cas échéant, élevée qui résulte du droit communautaire. » La définition de l’harmonisation minimale est large en ce qu’elle ne conditionne pas seulement son application à une législation européenne qui serait superficielle. Contrairement à ce qui avait considéré supra à propos de l’harmonisation maximale, « la Commission peut approuver l’autorisation de mesures nationales d’un niveau de protection plus élevé, dans l’hypothèse d’une harmonisation minimale. »

Détermination de l’harmonisation minimale. Comme cela a été mis en avant dans une décision Hömig²²⁷, il faut tenir compte pour interpréter les dispositions du droit européen des termes d’une directive mais aussi du « contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie » Cela va guider notre étude pour déterminer le caractère d’harmonisation minimale de cette disposition. Dans une affaire, *The queen C/ minister of Agriculture*²²⁸, les juges ont tout d’abord étudié les termes de la directive en regardant si des normes minimales apparaissaient. Ensuite, ils se sont arrêtés sur le contexte de la directive. Enfin, ils ont étudié la finalité de la directive. C’est cette technique que nous allons retenir.

141. Exclusion. Avant de se livrer à cette étude une précision s’impose. L’étude de la division en lot aurait supposé de s’attarder sur la valeur totale de ces lots. Mais cette notion ne sera guère étudiée. En effet l’objet de ce mémoire et de cette partie, consiste à prouver que la disposition principale concernant l’allotissement est d’harmonisation minimale. Or la règle en matière de valeur totale est stricte et transposée de manière uniforme dans tous les États. En effet à sa lecture il

²²⁶ CJCE 12 novembre 1996 *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord contre Conseil de l’Union européenne* aff C-84/94, considérant 56.

²²⁷ CJCE 19 octobre 1995 *Hans Hömig contre Stadt Stockach* C-128/94, 1995.

²²⁸ CJCE 19 mars 1998 *The Queen contre Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, aff C-1/96, 1998.

n'apparaît aucun des éléments propres à l'harmonisation minimale. Dès lors, cela irait à l'encontre de notre développement que d'étudier cette notion.

142. Étude de la disposition européenne de division des marchés en lot. A présent étudions l'article 46 de la directive concernant la division des marchés en lots. Il semble en effet être d'harmonisation minimale. Une lecture littérale de l'alinéa 1 laisse penser que la division en lot est une possibilité accordée aux pouvoirs adjudicateurs qui dans cette hypothèse sont également libre de déterminer la taille et l'objet. Toutefois cette capacité n'est pas synonyme d'entière liberté. En effet, à défaut d'allotir (pour reprendre le terme français) ces derniers doivent indiquer les principaux motifs justifiant une telle décision. Elles doivent figurer dans les documents de marché ou dans le rapport individuel. Si l'allotissement est une possibilité, le fait d'indiquer les principaux motifs justifiant le choix de ne pas allotir est une obligation comme en témoignent le verbe « indiquent » au présent de l'indicatif. Nous pouvons estimer qu'il s'agisse d'une possibilité et non d'une obligation car ensuite le paragraphe 4 octroie aux États membres la faculté de rendre certains marchés obligatoires dans les conditions du droit national et dans le respect du droit de l'UE. Cette phrase exclut toute idée d'harmonisation optionnelle car celle-ci voudrait qu'un opérateur puisse étudier à sa guise, le droit qui l'intéresserait.

Une fois le marché rendu obligatoire, les paragraphes 2 et 3 de l'article 46 de la directive s'appliquent. Là encore il ressort l'idée qu'il s'agit bien d'une harmonisation minimale. À l'alinéa 2, le rédacteur européen fixe le cadre en soulignant que les pouvoirs adjudicateurs « indiquent », dans l'avis de marché ou l'invitation à confirmer l'intérêt, la possibilité ou non de soumettre une offre pour un ou plusieurs lots ou pour tous les lots. L'obligation est ici de prévoir cette possibilité dans certains documents. Libre ensuite au pouvoir adjudicateur de s'accorder cette marge de liberté. Cette latitude peut aller dans le sens d'un pouvoir adjudicateur qui peut également prévoir de limiter le nombre de lots qui sont attribués à un soumissionnaire. Cette hypothèse est toutefois subordonnée à sa mention dans les documents de marché.

L'alinéa 3, va dans le même sens d'harmonisation minimale car les pouvoirs adjudicateurs « peuvent prévoir que » un soumissionnaire puisse se voir attribué des marchés réunissant plusieurs ou tous les lots. Il faut également le prévoir dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt. Cependant harmonisation minimale ne signifie pas incomplète.

143. Il résulte de tout ce qui précède que la disposition européenne a entendu accorder au rédacteur européen la compétence de fixer le cadre en la matière et aux États membres la possibilité de prendre des mesures plus ou moins contraignantes²²⁹. En effet le paragraphe 4 de la directive accorde

²²⁹ Marta ANDRECKA et Martin TRYBUS, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU? », *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2017, coll.« Lexxion », p.229.

au pouvoir adjudicateur le pouvoir de rendre des marchés obligatoirement divisibles. Ainsi, même si aucun seuil minimal n'est présenté, le législateur européen a fixé la structure de la division en lot et les États membres peuvent prendre des dispositions plus restrictives. Finalement cette disposition est bien d'harmonisation minimale si nous suivons le raisonnement de l'Avocat général Lenz qui résume cette idée en soulignant que « dans le cadre de la marge de manœuvre ainsi définie, les États membres ne s'écartent en réalité, pas de la directive, mais l'applications qu'ils en font diffèrent de manière autorisée et prévisible- de celle qui en est faite par d'autres États membres.²³⁰ »

144. Le contexte de la division en lot. Tout d'abord, on voit le lien entre l'intégration des PME aux passations de marchés publics et l'allotissement. En effet, le considérant 78 énonce tout d'abord qu'il faille « encourager les pouvoirs adjudicateurs à recourir au code des bonnes pratiques. » C'est pourquoi afin de renforcer la concurrence la division en lot est un outil à privilégier. Mais le terme d'encouragement est également utilisé pour expliquer que les pouvoirs adjudicateurs devraient « être encouragés à diviser en lots les marchés importants. » Cela réitère le fait qu'il ne s'agit pas d'une obligation mais d'un conseil qui tend à engager une discussion. La notion d'encouragement est donc utilisée à bon escient.

145. Contrairement aux dispositions de l'article 46 de la directive les considérants s'adressent aux rédacteurs nationaux en leur indiquant la marche à suivre. Ainsi, par ces considérants les rédacteurs européens se sont assurés que les pouvoirs adjudicateurs puissent avoir explicitement le choix de privilégier la voie de l'allotissement et qu'implicitement aucune barrière ne devrait se dresser face à eux. Ainsi la directive a-t-elle comme rôle principal de sécuriser l'accès à l'allotissement pour les pouvoirs adjudicateurs tout en laissant la possibilité à ces derniers de prévoir des obligations plus contraignantes que la directive. En cela la disposition de la directive concernant l'allotissement est une harmonisation minimale.

146. Concernant la finalité de la directive. Tout au long des développements précédents, il a été démontré que la directive n'a pas uniquement pour but de régir des dispositions relatives aux marchés publics. Elle utilise cet outil pour mener ses politiques économiques et sociales. Parmi elles figurent la nécessité de faire participer les PME aux marchés publics. En effet, ces entreprises représentent la majorité des entreprises du paysage économique. Dès lors il est important de réussir à encourager leur participation. Ce principe ressort de la directive mais également du document de la Commission Europe 2020. De plus, si on étudie la proposition de la directive de 2011, la disposition concernant la division en lot a été fortement modifiée. Tout d'abord, l'obligation de justifier le non-recours à l'allotissement concernait uniquement les marchés d'une valeur comprise entre 500 000 euros et supérieurs aux seuils de la procédure formalisée. Cette obligation de justification a

²³⁰ *Ibid*, p/286 .

certainement été créée pour encadrer l'allotissement et mener à bien la politique d'insertion des PME dans les marchés publics.

Il découle de tout ce qui précède que la disposition concernant l'allotissement revêt la forme d'une harmonisation minimale.

147. La transposition de cette disposition par les États étudiés. De quelle manière les États ont réagi face à cette latitude du législateur européen ? Pour réaliser cette étude nous étudierons la manière dont les États ont entendu transposer cette obligation (i). Enfin, nous verrons quelles sont les motivations acceptables dans chaque État membre. Il est entendu que ces deux idées sont fortement liées (ii). Il est vrai qu'un État qui considère l'allotissement comme non-obligatoire acceptera une motivation plus faible qu'un État qui indique que la division en lot est obligatoire.

I- Les différentes perceptions de l'allotissement

148. En France, l'article 32 de l'ordonnance transpose le principe d'allotissement. Face à la disposition de la directive, la transposition française semble beaucoup plus ferme quant à l'obligation d'allotir. Le principe de la directive est que l'allotissement est une possibilité qui s'offre à un pouvoir adjudicateur. Mais à défaut de saisir cette offre, il devra motiver ses raisons. Or l'article 32 traduit l'inverse. Cependant une autorité contractante peut s'en exonérer quand « leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. » Le fait d'associer toutes ces exceptions à côté du principe laisserait entendre que si ces exceptions ne sont pas remplies le principe est l'allotissement. D'ailleurs autre modification sémantique, la disposition de la directive souligne que s'ils peuvent allotir, ces derniers peuvent en plus déterminer la taille et l'objet. Or le texte français indique que le principe est l'allotissement et donc « à cette fin », les « acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots. » Nous retrouvons la valeur du présent de l'indicatif qui traduit le caractère contraignant de cette mission. Cette différence résulte aussi de la forme de la disposition. La directive débute en indiquant cette possibilité et termine l'article avec le paragraphe 4 qui accorde la faculté aux États membres, de prévoir que l'allotissement sera une obligation. La transposition française indique tout d'abord les cas précis d'exception, l'obligation d'allotir incombant aux pouvoirs adjudicateurs. Elle se conclut par le paragraphe 2 autorisant l'acheteur à ne pas allotir. Ce choix nécessite une motivation de la part de l'acheteur.

Cette obligation n'est pas nouvelle dans la législation française. En effet l'article 1° du code des marchés publics de 2006, il était mentionné qu'afin de susciter davantage de concurrence, « le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés. » D'ailleurs nous pouvons remarquer la même formulation que l'ordonnance actuelle. En effet après avoir mentionné cela le code des marchés

publics indique que « à cette fin il choisit le nombre de lot. » Cette rédaction du code des marchés publics souligne le caractère obligatoire de l'allotissement. Dès lors en reproduisant cela, l'ordonnance entend certainement accorder le même caractère contraignant.

149. En Allemagne, l'obligation dépend de la structure administrative. Tout d'abord le paragraphe 97 (4) du GWB, relie cette règle directement à l'intérêt des PME. Dès lors on note que l'intérêt des PME doit être prioritaire (shall primarily) dans les procédures de marchés publics. Après cette annonce, il est indiqué que les contrats doivent être divisés en lot individuel et attribués séparément selon le type ou le champ de spécialisation. On ne peut que relever l'obligation d'allotir. Cette idée est réitérée par le modal « shall » qui a valeur d'obligation²³¹. L'état de cette disposition résulte d'un passé similaire. En effet le §97.3.2 indique que les offres doivent être fractionnées (split) en amont. En Allemagne cette obligation peut paraître logique en raison de l'intitulé de la loi qui traite des restrictions à la concurrence. Dès lors cette mesure promeut l'insertion des PME dans la passation des marchés publics et donc favorise la concurrence. Cela a un effet bénéfique car cela permet aux PME d'intégrer des gros contrats. D'une part cela stimule la concurrence, et d'autre part, ces PME profitent des effets de volume générés par les gros contrats de même que la réduction des coûts administratifs²³². On comprend pourquoi des lois fédérales en matière de PME ont conduit certains Länder comme le North Rhine-Westphalia et le Schleswig-Holstein à étendre le champ d'application de l'allotissement aux contrats en dessous des seuils européens. En outre, il faut relever une idée intéressante figurant au § 97 (4). En effet l'allotissement est également obligatoire pour les entreprises qui ne sont ni des pouvoirs adjudicateurs ni des entités adjudicatrices mais qui assurent des missions publiques (public assignment). Parmi les États étudiés, l'Allemagne est le seul qui accentue cette obligation.

En Belgique, la disposition de transposition se rapproche de cette dernière idée. Il est indiqué tout d'abord à l'article 58 § 1 alinéa 1 de la loi belge que le pouvoir adjudicateur peut décider de « passer un marché sous la forme de lots distincts, auquel cas il en fixe la nature (...). » Cette disposition n'est pas une nouveauté en soi elle reprend les termes de la directive. Mais l'alinéa 2 indique que pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur au seuil européen, les pouvoirs adjudicateurs « doivent envisager la division du marché en lots. » Cette formulation est étonnante en ce qu'elle énonce une obligation en utilisant le verbe devoir et une potentialité avec le verbe envisager. On ne peut donc pas considérer qu'il y ait une quelconque obligation. Finalement il y a une différence de degré en ce que pour les marchés en deçà des seuils le pouvoir adjudicateur peut décider d'allotir. Or pour les marchés, égaux ou supérieurs à ces seuils, il doit envisager d'allotir. De plus il est indiqué uniquement à cet

²³¹ Union européenne, *Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne...*, op. cit.

²³² Sebastian FUCHS, Eva KATHARINA et Detlef SACK, « SME-friendly public procurement in Germany ? Legal strategies and political challenges », p.14.

alinéa qu'à défaut d'allotissement, il est nécessaire d'expliquer les raisons principales. Comme l'explique la charte PME du ministère de l'économie²³³, dans les premiers marchés il n'y a pas d'obligation de prévoir la division en lot « mais les pouvoirs adjudicateurs doivent, pour chaque marché, vérifier s'il est judicieux de procéder ainsi. Il est difficile de trouver une définition du terme « judicieux ». Mais le même document conseille de diviser le marché en lot même en deçà de ce seuil.

Avant tout, il faut « prendre en compte, à cet égard, les effets collatéraux potentiellement contreproductifs, susceptible de résulter d'une telle division, et notamment des charges administratives disproportionnées et les coûts pour les entrepreneurs. » Sans aucune indication en ce sens, nous pouvons estimer que ces éléments font référence à la vérification judicieuse de procéder ainsi.

Cette liberté du pouvoir adjudicateur peut être expliquée par la tradition juridique en matière d'allotissement en Belgique. La directive 2014/24/UE a transformé l'impact de la division en lot. L'article 36 de la loi du 15 juin 2006 prévoyait cette possibilité mais il n'était pas aussi détaillé que l'actuelle et le pouvoir adjudicateur n'était soumis à aucune condition en cas de non-allotissement. Les pouvoirs adjudicateurs disposaient alors d'une grande latitude. Cela peut expliquer pourquoi la disposition belge est aussi permissive.

En Espagne, cette norme a également été bouleversée. Tout d'abord il n'y a pas d'article qui transpose à la manière des autres États les règles en matière d'allotissement. Il faut se référer à l'article 99 concernant l'objet du contrat pour ces règles. L'Espagne considère que la disposition de la directive n'est pas une obligation. Dans une résolution 530/2016²³⁴, le tribunal administratif central de recours (TARC) a, après avoir jugé de l'effet direct de cette disposition, considéré qu'elle n'était pas obligatoire. Pour le tribunal, rien n'impose à un organe de passation (órgano de contratación) de diviser en lot. L'obligation concerne seulement les raisons pour lesquelles il faut motiver son choix de ne pas diviser en lot. Le principe est donc l'inverse de celui français. Puis la Cour considère que le paragraphe 1 de la directive confère aux pouvoirs adjudicateur une large marge pour décider s'ils divisent ou non. En outre il faut également souligner que l'Espagne se cache derrière la latitude que lui accorde la directive. Il est vrai qu'avant la publication de cette directive, le principe en Espagne était l'inverse²³⁵. Les pouvoirs adjudicateurs devaient motiver leurs choix s'ils voulaient allotir²³⁶. Ainsi, est-il indiqué à l'alinéa 3 de l'article 99 que, tant que la nature ou l'objet du contrat le permettent, la réalisation indépendante de chacune des parties du contrat devra être prévue selon les règles de la division en lot, en conformité avec la disposition additionnelle quatrième. Le verbe devoir est ici utilisé au futur (debera) pour accentuer cette idée d'obligation.

²³³ Service public fédéral Économie, " Charte Accès des PME aux marchés publics ", 2018.

²³⁴ *Resolución nº 530/2016 del Tribunal Administrativo Central De Recursos Contractuales, de 08 de Julio de 2016, C.A. Galicia.*

²³⁵ José María GIMENO FELIU, « Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida? », *Revista española de Derecho Administrativo*, 182/2017, p.6,

²³⁶ *Ibid.*

Cependant quelle réception de ces obligations les juges en font-ils ? En France, quand le pouvoir adjudicateur décide de ne pas allotir, le contrôle est plus poussé²³⁷, c'est un contrôle normal selon une décision du Conseil de 2011, Département des Bouches-du-Rhône²³⁸. Quant à la liberté faite aux pouvoirs adjudicateurs du choix de la taille et du nombre de lots, le juge français exerce un contrôle restreint. On peut le deviner à la lecture de la décision du Conseil d'État de 2010, Commune d'Ajaccio²³⁹. En Allemagne, il a été difficile d'analyser la nature du contrôle du juge en la matière mais ce pouvoir est également laissé à la libre discrétion des autorités contractantes²⁴⁰. Il en va de même en Espagne, où une résolution 54/2017²⁴¹ a admis que l'administration dispose d'une certaine marge de discrétion dans la définition des plis. Pour autant, cette discrétion n'est pas absolue et doit respecter les principes de la commande publique. Cette liberté est réitérée par le considérant 76 de la directive. Ce n'est donc pas une immunité totale exonérant le pouvoir adjudicateur de tout contrôle juridique. C'est davantage l'idée que le contrôle du juge ne peut venir évaluer (valorar) les choix d'opportunité de l'autorité contractante.

A ceci, il faut ajouter qu'à la manière de la directive, les pouvoirs adjudicateurs ont transposé la possibilité qui leur a été faite de limiter le nombre de lot attribué à un opérateur²⁴² de même que celle relative à l'attribution de plusieurs lots à un opérateur²⁴³. L'objet de cette disposition est davantage d'inciter les pouvoirs adjudicateurs qui souhaiteraient se livrer à de telles pratiques, de le prévoir en amont. A la lecture des lois de transposition, ces dispositions ont été transposées de manière identique. Elles ne présentent aucune difficulté et nous n'approfondirons pas l'étude. Rappelons tout de même que le Conseil d'État retient dans une décision du 11 juillet 2018²⁴⁴ qu'un candidat qui se prévaudrait uniquement des compétences d'une autre société, car n'ayant pas les moyens propres, « le juge des référés a pu déduire, sans erreur de droit, du fait que ces deux sociétés ne mettaient pas en œuvre de moyens distincts, qu'elles devaient être regardées comme un seul et même candidat pour l'application des dispositions précitées (...). » Dès lors en étant considéré comme un candidat, le nombre de lot pouvant être octroyé ne peut pas être inférieur à celui indiqué. Dans cette affaire chaque candidat pouvait se voir attribuer trois lots maximums. Les pouvoirs adjudicateurs ont estimé qu'il s'agissait de deux opérateurs économiques, et leur avaient attribués six lots. Donc le Conseil d'État a confirmé la position du juge des référés qui a cru bon de considérer que « le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas

²³⁷ François LICHERE, « L'accès des PME dans la directive 2014/24 », in " Eu directive 2014/24 on public procurement ", *Larcier.*, 2016, p115.

²³⁸ *Conseil d'État, Département des Bouches-du-Rhône 27/10/2011, 350935, 2011.*

²³⁹ *Conseil d'État, du 21 mai 2010, COMMUNE D'AJACCIO, n°333737.*

²⁴⁰ S. FUCHS, E. KATHARINA et D. SACK, « SME-friendly public procurement in Germany? Legal strategies and political challenges », *op. cit.*, p.14.

²⁴¹ *Resolución nº 54/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta De Andalucía, de 24 de Marzo de 2017.*

²⁴² Article 46 § 2 de la directive marchés publics.

²⁴³ Article 46 § 3 de la directive marchés publics.

²⁴⁴ *Conseil d'État, communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre 11/07/2018, 418021, 2018.*

leur attribuer un total de six lots sans méconnaître les obligations de mise en concurrence fixées par le règlement de la consultation. »

Aux vues de tout ce qui précède, la transposition française fait preuve de clarté et de cohérence avec les politiques européennes. Le choix d'obliger l'allotissement est à approuver. Cela diversifie les acteurs pouvant participer aux marchés publics, cela accentue les chances des petites PME notamment à intégrer ces marchés et cela peut être favorable aux pouvoirs adjudicateurs qui peuvent découvrir des nouveaux cocontractants répondant adéquatement à leurs besoins. Cependant les États ont également prévu des exceptions au principe d'allotissement.

Il sera intéressant d'analyser si le régime est similaire dans tous les États ou si ces derniers en ont différentes perceptions.

II- Les exceptions à l'allotissement

150. Le principe est celui de l'alinéa 1 de l'article 46 qui oblige les États membres à justifier leur choix de ne pas diviser le marché en lot. La directive fait référence aux « principaux motifs justifiant la décision. » Mais que revêt cette décision ? Étonnement, en Allemagne, ces règles ne sont pas précisées ni au §30 du VgV ni au §97 du GWB. Les dispositions antérieures à celles de cette transposition prévoyaient que pour des raisons techniques ou économiques les autorités contractantes pouvaient faire le choix de ne pas diviser en lot. Cette disposition était insérée à l'ancien § 97 (3) du GWB de même dans les §§ 2.2 du VOL/A et 5.2 VOB/A. Faute de trouver des traductions de ces textes, ces derniers ne pourront pas être étudiés.

En France, il n'est pas fait mention de principaux motifs mais d'une liste : tout d'abord le premier alinéa rend possible le « non-allotissement » « si leur objet ne permet pas l'identification de prestation distincte »²⁴⁵ Dans cette hypothèse, soit les prestations sont « d'une nature différente et répondent à des besoins dissociables. » Soit tout en étant de nature identique, le caractère distinct peut découler de la répartition géographique.

151. À ceci s'ajoute d'autres conditions tirées de l'article 32 paragraphe 1 alinéa 2 de l'ordonnance marchés publics :

- « s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination
- ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence

²⁴⁵ « Fiche Direction des Affaires juridiques - Allotissement - Mise à jour le 27/10/2017 ».

- ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations²⁴⁶. »

Il a été démontré que la première hypothèse est dans la majorité²⁴⁷ des cas exclue par le juge administratif. Par exemple le juge administratif ne peut pas invoquer comme motif la faiblesse des effectifs de ses services par exemple. Concernant le critère de l'augmentation du coût des prestations, il ne semble pas se dégager de la jurisprudence un seuil limite. C'est donc au cas par cas qu'il va déterminer si les justifications avancées sont admissibles. Il a par exemple accepté dans une décision de 2009²⁴⁸, qu'une économie de 2% du budget du lot soit un motif pour ne pas allouer. Quant à la restriction de la concurrence, cette situation paraît logique. Le principe d'allotissement ayant pour but de maximiser la concurrence, l'inverse serait contradictoire.

La transposition belge est identique à celle de la directive et c'est également au pouvoir adjudicateur de mentionner les « raisons principales » poussant ces derniers à ne pas allouer. L'expression de « raisons principales » fait référence aux trois indices présentés de l'article 32 paragraphe 1 alinéa 2 de l'ordonnance marchés publics.

En Espagne, l'alinéa 2 du paragraphe 3 de l'article 99 prévoit la nécessité de justifier les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur ne veut pas allouer. Pour cela il doit exister des motifs valables (motivos válidos). Finalement pour définir ces motifs valables l'Espagne reprend les mêmes critères que ceux français. Néanmoins la disposition espagnole a une formulation qui paraît plus large. En effet lors de la définition de motifs valables, il est indiqué que seront toujours considérés comme des motifs valables, les cas précisés à l'article 99 paragraphe 3 alinéa 3²⁴⁹. À la lecture de cette disposition une interrogation se présente. Doit-il être estimé que cette formulation - « considérant toujours comme des motifs valables » - ait pour conséquence de ne consacrer que ces définitions et ainsi de donner une définition limitative de la notion ?

Il semblerait toutefois que non et que la disposition espagnole ait prévu des hypothèses où la présomption d'exclusion est forte et d'autres plus légère. Finalement entre l'environnement juridique précédant la directive et loi, et celle après il s'agit uniquement d'un inversement de la situation. Dès

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ *Conseil d'État Communauté urbaine de Nantes métropole, 11/08/2009, n°319949, 2009.*

²⁴⁹ - « Le fait que la division en lot de l'objet du contrat entraîne le risque de restreindre sans justification. La concurrence. Pour appliquer ce critère l'organe de passation (órgano de contratación) devra solliciter une autorisation à l'autorité de défense de la concurrence correspondante, qui se prononce sur l'appréciation de cette dite circonstance. »

- Le fait que, la réalisation indépendante des diverses prestations comprises dans l'objet du contrat entravera (dificultara) la correcte exécution de l'objet du contrat d'un point de vue technique ; ou bien que le risque pour la correcte exécution du contrat (...) implique la nécessité de coordonner l'exécution des différentes prestations (...). Dans ce cas, il faut que cela soit justifié dûment justifié (debidamente) dans le dossier du marché (expediente).

lors, dans un document de l'observatorio de contratación pública²⁵⁰, une notice basée sur une résolution 918/2015²⁵¹ a dégagé 4 hypothèses qui sont autant d'interrogation à se poser. Nous pourrions les utiliser pour savoir s'il est légitime qu'un pouvoir adjudicateur décide de ne pas allotir :

- L'augmentation de l'efficacité relative à l'intégration de toutes les prestations en un contrat unique sans division de celui-ci en lot.
- La meilleure efficacité et coordination de l'exécution des prestations résultant du traitement unitaire du contrat.
- L'utilisation des économies d'échelle qui permet le fait que toutes les prestations s'intègrent en un contrat unique sans division en lot.
- L'optimisation de l'exécution global du contrat de même qu'un contrôle plus effectif de sa conformité s'il s'attribue à une seule entreprise et non à plusieurs.

Il découle de tout ce qui précède que la disposition concernant l'allotissement est une mesure d'harmonisation minimale. Ce choix est dû à la concertation des États membres avant sa rédaction. Dès lors elle est le fruit d'un compromis entre les États souhaitant une obligation d'allotissement et ceux qui connaissent un système de division des marchés en lot permissif. Ce compromis traduit donc des situations juridiques différentes en Europe. Dès lors ça ne remplit que partiellement la mission d'intégration des PME dans les marchés publics par le biais de cet outil. Il aurait été intéressant que la transposition française prévoit une obligation plus accentuée. L'idée d'obliger les entreprises qui ne sont ni des pouvoirs adjudicateurs ni des entités adjudicatrices à respecter cette règle, comme dans le cas de l'Allemagne est intéressant. Cependant celle de la Belgique consistant à prévoir un allotissement non forcé pour les marchés en dessous des seuils n'apparaît pas très encourageante. Le risque serait de proposer une offre qui n'est pas attrayante pour un opérateur économique, en ce sens qu'elle proposerait un lot trop restreint et pas assez rémunérateur par exemple. Dès lors la disposition française représente un bon compromis.

De plus, de nombreux auteurs se sont interrogés sur la pertinence de cet outil en tant qu'élément favorisant l'intégration de ces entreprises. Ainsi certains ont-ils estimé que la participation des PME sera facteur du nombre de lots. Il est logique, que le nombre de lot est facteur de l'intégration des PME dans les marchés publics. Par exemple, s'il y a plus de dix lots cela augmente considérablement la

²⁵⁰ Observatorio de Contratación Pública, « Criterios para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes 10/11/2015 ».

²⁵¹ *Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales Resolución 9 de octubre de 2015 n°918/2015.*

participation et les chances des micro et petites entreprises de se voir attribués le contrat. Au contraire entre deux et quatre lots, cela réduit la participation des petites et moyennes entreprises²⁵².

²⁵² M. ANDRECKA et M. TRYBUS, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU? »..., *op. cit* p.228.

Tableau récapitulatif :

| Pays | Allotissement | Exclusion |
|-----------|---|--|
| Allemagne | <ul style="list-style-type: none"> • Paragraphe 97 § (4) GWB : Crée une obligation d'allotir. • Les Länder peuvent prévoir des mesures d'obligation plus fortes. | |
| Belgique | <ul style="list-style-type: none"> • Article 58 § 1 alinéa 1 de la loi transposition : Pour les marchés en deçà des seuils les pouvoirs adjudicateurs peuvent allotir. Au-dessus des seuils il doit envisager l'allotissement. Ce n'est pas une obligation. Il faut seulement vérifier s'il est judicieux de procéder ainsi. Dès lors la loi consacre une possibilité plus qu'une obligation | <ul style="list-style-type: none"> • Exclusion qui oblige le pouvoir adjudicateur à mentionner les « raisons principales. » |
| Espagne | <ul style="list-style-type: none"> • Article 99 LCSP concernant l'objet du contrat. • Possibilité offerte à l'autorité contractante. Principe s'opposant totalement à l'ancienne législation où il fallait justifier le choix du recours à l'allotissement. | <ul style="list-style-type: none"> • Exclusion soumis à des motifs valables. • Motifs d'exclusion automatique voir page 125. |
| France | <ul style="list-style-type: none"> • Article 32 de l'ordonnance de transposition : Obligation de l'allotissement. | <ul style="list-style-type: none"> • Si leur objet ne permet pas l'identification de prestation distinctes. • Conditions de l'article 32 § 1 al 2. |

Cependant l'allotissement n'est pas la seule mesure d'harmonisation minimale qui permet d'inclure les PME dans les marchés publics. Le sourcing comporte à sa manière le même objectif. Cet outil est un

exemple illustratif de la latitude qui est accordée aux législateurs nationaux. En effet, la directive dans ses articles 40 et 41 a entendu accorder aux autorités contractantes, la capacité de solliciter des opérateurs pour les aider à répondre aux mieux à leurs besoins. Or cette possibilité est contrairement à l'allotissement totalement facultative. Néanmoins c'est une faculté, qui, si elle est utilisée doit être encadrée par les règles de la directive.

B- La liberté encadrée du législateur : Le cas du sourcing

152. Le sourcing peut être bénéfique à l'accès des PME à la passation des marchés publics en ce que cela leur donne davantage de visibilité que son étude est fortement intéressante. Cela est sans compter les frontières plutôt fines entre sourcing et atteinte à la concurrence, ou sourcing et négociation, venant accentuer l'intérêt qui doit être porté à cette notion.

153. Définition : Ce que l'on appelle communément le sourcing concerne les méthodes de consultations et de participations préalables au marché. Il s'agirait plus précisément d'une « action de recherche, localisation et évaluation d'un fournisseur *ad hoc* afin de répondre à un besoin identifié²⁵³. » A ceci nous pouvons ajouter qu'il s'agit d'une « consultation pour connaître les progrès techniques sur un secteur donné, les évolutions des matériaux utilisables ou encore la globalité des prestations que les opérateurs du secteur sont susceptibles de lui offrir. » Cette pratique est synonyme d'intégration dans le droit des marchés publics de logiques commerciales et gestionnaire. Finalement cette pratique se rapproche du Benchmarking en ce qu'elle analyse un environnement économique pour en tirer un meilleur coût-avantage.

154. Concernant le caractère facultatif de la directive. Il n'existe aucune obligation dans les articles 40 et 41 de mettre en place ces dispositifs. Le premier article mentionne qu'avant « d'entamer une procédure (...) les pouvoirs adjudicateurs peuvent réaliser des consultations du marché. » Ensuite l'article 41 concernant la participation préalable de candidats ou soumissionnaire est subordonné à l'avis de ces derniers aux pouvoirs adjudicateurs. À défaut il ne s'applique pas. Cette disposition est donc synonyme d'harmonisation facultative et ne s'impose pas aux États membres. Toutefois ces derniers ont entrepris de la transposer en ce qu'elle est un outil les épaulant dans la définition de leur besoin.

²⁵³ V.COCHI « Le sourcing, étape indispensable de l'achat public ? » CP-ACCP n°99, 2010.

155. Les précédents au sourcing. Avant la mise en place de cet outil, la directive 2004/18 proposait l'instauration d'un dialogue technique dans son considérant numéro 8. Dès lors certains États membres avaient fait le choix de se saisir de cet instrument. En France un succédané de cette possibilité n'était pas prévu par le code des marchés publics mais par une circulaire de 2012 qui autorisait les opérateurs économiques à présenter des offres spontanées au pouvoir adjudicateur. En Espagne, figurait à l'article 56 TRLCSP une disposition concernant ces consultations qui sont nommées les condiciones especiales de compatibilidad. La loi actuelle a conservé cette notion. Toutefois ces échanges étaient limités au cadre du dialogue compétitif. La Belgique avait également prévu dans ces dispositions une forme de sourcing. Cela était prévu à l'article 5 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Cela avait comme qualification « la prospection du marché. » Ensuite les participations préalables de l'article 41 de la directive existait à l'article 64 du même arrêté royal²⁵⁴. Substantiellement l'idée était la même.

156. La forme des dispositions. En France l'utilisation des consultations existait dans la pratique mais n'était pas réglementé. Dès lors, les juges ont eux-mêmes réalisé une esquisse de ce qui était autorisé ou non en la matière. Aujourd'hui, la situation est régie par l'article 4 du décret en matière de consultation préalable et 5 du même texte concernant les participations préalables. D'une manière formelle la France reprend les dispositions de la directive en deux articles en séparant les consultations préalables des participations préalables. La Belgique a fait le même choix dans ses articles 51 et 52 de la loi de 2016. La disposition allemande est contenue dans un texte réglementaire au (7) du VOB/A de 2016. En Espagne, l'article de transposition est le 70 de la LCSP. Il est unique et diffère en la matière de celui de la directive. Il est proche de l'ancienne disposition espagnole tant dans sa formulation que dans sa forme. Cependant le principe est plus permissif. Tout d'abord, s'impose une brève esquisse des principes qui entourent l'autorisation de réaliser des consultations préalables et d'accepter les diverses formes de participations préalables à la procédure de passation. Ensuite nous nous concentrerons sur les pratiques à respecter en mettant en œuvre ce sourcing. En effet la première étude est générale et les États membres étudiés l'ont tous transposé. La difficulté en la pratique est de ne pas créer en conséquence une atteinte à la concurrence.

I- Le principe du sourcing

157. Le fond de la notion. Les transpositions sont sensiblement identiques. En effet toutes reprennent les notions utilisées par la directive. Seule différence en matière française, la disposition débute par « afin de préparer la passation du marché » alors que les autres dispositions mentionnent

²⁵⁴ Arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques du 15 juillet 2011..., *op. cit.*

« avant d'entamer une procédure de passation ». Néanmoins les effets sont identiques en ce que les deux se situent au moment de la définition du besoin et lors de la préparation de la passation. Toutefois, il aurait été préférable que le décret français insère un élément temporel. Ensuite l'utilisation du terme de pouvoir adjudicateur dans la directive exclut toute utilisation de cet outil par des entités adjudicatrices. En outre, il faut faire la différence entre consultation du marché qui est une étude du tissu économique et des opérateurs pouvant répondre aux besoins et qui leur émettent des idées, de la participation à la procédure qui peut se faire par le biais de l'article 40 mais de toute autre manière. Nous pouvons par exemple, penser aux participations spontanées. La première pourrait s'assimiler à un échange d'information alors que la seconde à une définition commune de la procédure entre opérateurs économiques et pouvoirs adjudicateurs.

La seule différence en matière de transposition est espagnole. Tout d'abord, il est directement fait allusion aux entreprises participant à la procédure de passation et non pas aux consultations préalables du marché. Toutefois le deuxième étant plus large il s'entend que la consultation préalable est également autorisée. Une autre originalité en la matière découle de l'atteinte à la concurrence mais nous l'étudierons infra.

158. Le respect des formes. Le but même est d'accorder au pouvoir adjudicateur une latitude pour définir ses besoins sans alourdir sa mise en place. Il est conseillé à celui-ci pour minimiser les risques de mettre en place une publicité pour informer les opérateurs de la consultation. Cela n'est ni indiqué dans la directive ni dans les transpositions. Madame Marie LHERITIER²⁵⁵ conseillait par exemple d'observer le même niveau de « publicité que celui exigé pour le marché dont la passation est envisagée. » La publicité minimum selon l'auteur est le « profil d'acheteur ou sur les supports prévus par l'ordonnance et le décret. » Cela évite toute critique et toute accusation de favoritisme. Toutefois, de nombreuses publicités de consultations préalables prennent la forme d'un avis de pré-information donnant ensuite lieu à un avis de publicité selon les formes requises lors de la passation du marché.

L'objectif étant de définir aux mieux les besoins, il faudrait alors que ceux-ci soient susceptible d'être améliorés par autant de candidats que ceux qui pourraient candidater au marché.

159. L'intérêt de se pencher sur le cas du sourcing réside en ce que cette technique ne repose pas sur la détermination d'une forme spécifique de méthode de consultation. Toutefois il est indiqué que ces dernières ne doivent porter atteinte à la concurrence.

II- Mesures contre les atteintes portées à la concurrence

²⁵⁵ Marie LHERITIER, « Le sourcing : mode d'emploi - 22 février 2017 - EFE - <https://droit-des-contrats-publics.efe.fr/2017/02/22/le-sourcing-mode-demploi/> ».

160. L'article 40 de la directive souligne, en prenant en exemple les avis, que ceux-ci peuvent être utilisés à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de non-discrimination et de transparence. L'article 41 complète ensuite cette disposition en soulignant que le pouvoir adjudicateur doit prendre les mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée. Est par exemple citée la communication aux autres candidats ou soumissionnaires des informations utiles échangées. Ceci étant seulement un exemple, le pouvoir adjudicateur pourra en utiliser d'autres. Il apparaît donc ici que l'obligation est de moyen²⁵⁶ et non pas de résultat. Cette idée découle du terme « mesures appropriées » qui accordent une grande valeur subjective aux mesures prises par les pouvoirs adjudicateurs.

161. Il a été difficile de trouver de la jurisprudence ou des éléments d'explication en la matière. Toutefois dans les cas français et espagnols des éléments explicatifs pourront être donnés. Puis il faut retenir le principe selon lequel les mesures appropriées sont laissées à la libre appréciation des autorités administratives et juridictionnelles. Il y a une double compétence en la matière²⁵⁷.

162. La disposition espagnole en la matière est différente. Tout d'abord elle énonce que l'autorité contractante (*organo de contratación*) doit prendre les moyens adéquats à l'égard des entreprises qui avaient participé à l'élaboration des spécifications techniques, aux documents préparatoires ou encore aurait été associée à l'autorité contractante durant la préparation de la procédure. La disposition contrairement à celle de la directive énonce des éléments matériels contrairement à la directive qui évoque la procédure de passation. La disposition espagnole répète les conditions de l'article 56 TRLCSP en élargissant toutefois l'obligation de transparence. En effet dans cet article n'était pas mentionnée l'obligation de prendre les mesures adéquates pour les entreprises qui auraient été associées à l'autorité contractante durant la préparation de la procédure. Le fait que soient repris les mêmes termes laisse supposer que la jurisprudence ancienne peut nous être utile. Dès lors, il ressort que l'application de l'ancien article ne considère pas que la participation d'une entreprise à l'élaboration des documents visés soit interdite mais c'est le fait que cette participation puisse provoquer des restrictions à libre concurrence²⁵⁸. Pour définir ce qui est ou non une restriction à la libre concurrence il faut évaluer si les soumissionnaires (*licitadores*) peuvent ou non avoir connaissance de la documentation mise en cause. En l'occurrence il s'agissait du document préparatoire. Il semblerait par ailleurs, qu'avant la disposition de l'article 70 de la LCSP, le juge considérait qu'il y avait une présomption simple d'atteinte à la concurrence de la part de la personne qui participait à l'élaboration des documents peu importe qu'ils soient envoyés aux soumissionnaires en ce sens qu'il connaissait les informations détaillées de l'objet du contrat et des caractéristiques

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ CJCE 12 mars 2015 *eVigilo Ltd c/ Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, aff. C- 538/13, 2015.

²⁵⁸ *Resolución del tribunal administrativo de recursos contractuales 20/11/2013 Resolución n°527/2013.*

autant techniques qu'économiques²⁵⁹. Cela suppose donc que les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas à faire la preuve du caractère certain ou déterminé de l'atteinte à la concurrence. En outre, il ne faut pas uniquement qu'il y ait une participation limitée à la rédaction des plis. Cependant cette disposition s'applique au fait qu'il ne faille pas de participation directe ou indirecte à la détermination du contenu des documents cités. L'origine du contrôle du juge en la matière, était restreint. Il reste à voir si cela est toujours le cas.

Dans le cas français, cette obligation a été reprise sans pour autant citer l'exemple de l'envoi des informations utiles. Toutefois le pouvoir adjudicateur doit prendre des mesures appropriées. Ces mesures doivent apparaître dans le rapport de présentation de la procédure de passation selon l'article 105 du décret. Cela fait écho à la nécessité de conserver des traces de compte rendu des entretiens avec les entreprises sourcées. En tant que mesures appropriées il est possible de citer celles devant être prises en amont du sourcing. Cela est possible par exemple « en rendant publique la programmation des marchés les plus importants afin, notamment de permettre aux opérateurs économiques de se faire connaître de l'acheteur ». Cela peut également être le cas des mesures prises après, en introduisant « dans le dossier de consultation des entreprises, le résultat des éventuelles études qu'il a conduites préalablement au lancement de consultation.²⁶⁰ » Cette notion de mesures appropriées est trop contingente.

163. Ensuite nous pouvons essayer de dégager certains principes qui seraient adéquats. En Espagne certains documents tels que les spécifications techniques ou les documents préparatoires par exemple sont utilisés.

La disposition française reste large²⁶¹ « et il n'y a pas lieu de distinguer entre les différents documents constituant le dossier de consultation²⁶² ». Cependant cette affaire est intéressante en ce qu'elle n'annule pas la procédure alors qu'une clause a été totalement rédigée par le sourcé. Le juge se livre à une appréciation in concreto en analysant si :

- « La disposition a été portée à la connaissance de tous les opérateurs à la date de diffusion des documents de l'appel d'offres ;
- Elle s'imposait dans les mêmes termes aux candidats ;

²⁵⁹ *Sentencia de 18 de abril de 2013, dictada por la sección sexta de la sala de lo Contencioso - Administrativo de la Audiencia Nacional.*

²⁶⁰ Karine MELIN, « Le sourcing, un outil au service de la performance de l'achat public », *Contrats et Marchés publics*, 185, mars 2018, coll.« le moniteur ».

²⁶¹ CAA Nantes, du 24 novembre 2011, *Groupement société Dynamiques foncières*, n° 16NT02706.

²⁶² « Contentieux du sourçage : les débuts », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°10-11, 12 mars 2018, coll.« JCP ».

- Il ne résulte pas de l'instruction que ce point a été déterminant dans l'analyse des offres respectives des opérateurs concurrents²⁶³. »

Néanmoins, d'un point de vue global, la directive met en avant qu'il faille fixer des délais adéquats pour la réception des offres. Cette disposition n'est pas reprise par les lois de transposition. Mais cette idée semble logique car elle pourrait s'apparenter à une demande d'information supplémentaire accordée par le pouvoirs adjudicateurs aux soumissionnaires. Le corolaire de ce principe est le report du dépôt des offres à une date ultérieure qui est soumise à la libre appréciation du pouvoir adjudicateur mais contrôlé par le juge. En effet, il faut que ce délai soit adapté et non trop court.

164. Le principe de l'exclusion du marché du sourçé. Avant de débiter, il faut rappeler que le principe est la résolution d'inégalité de traitement et d'atteinte à la concurrence par le biais d'envoi des informations aux autres candidats ou soumissionnaires. Ce n'est que si persiste cette atteinte ou que les missions du pouvoirs adjudicateurs n'ont pas été réalisées que l'exclusion du sourçé peut être envisagé. Finalement l'exclusion est l'exception.

À ce sujet, la directive met en avant que le candidat ou soumissionnaire n'est exclu de la « procédure que s'il n'existe pas d'autre moyen d'assurer le respect du principe d'égalité de traitement. » Néanmoins, avant il se voit accorder la possibilité de prouver que la participation n'est pas susceptible de fausser la concurrence. Le principe du contradictoire s'applique en la matière de même manière.

165. Une exclusion facultative. En France, ce principe du contradictoire préalablement à une exclusion est un principe général qui résulte de l'alinéa 2 de l'article 48. D'ailleurs on retrouve à l'alinéa premier, numéros 2 et 3 les cas nous intéressant. En effet sont mentionnées les personnes qui ont tenté d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur et à l'alinéa 3 celles qui par leurs participations préalables ont eu accès à des informations confidentielles. Dès lors pour ces cas, l'exclusion est prévue. La législation belge a également mentionné dans ces motifs d'exclusion facultative, l'hypothèse d'un opérateur économique qui « a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation (...). » À la lecture de ces dispositions on peut comprendre que ce qui est visé n'est pas seulement le fait d'influer mais également la tentative d'influer. Dès lors il semblerait que quand bien même un opérateur ne soit pas parvenu à ses fins, le pouvoir adjudicateur puisse l'exclure si ce dernier estime que l'opérateur a tenté d'influer sur le processus décisionnel de manière volontaire. Ces idées sont transposables dans le cas allemand où les mêmes exclusions, de même que la tentative, sont prévues au paragraphe 124 (9).

166. L'exclusion dans les lois de transposition. La France a repris la disposition de la directive en l'adaptant. La transposition française prévoit l'exclusion que « s'il n'existe pas d'autre

²⁶³ *Ibid.*

moyen » alors que la directive prévoit des moyens « d’assurer l’égalité de traitement. » Est-ce que nous devons considérer que le champ d’application des moyens est plus large que celui de la directive qui se concentre uniquement sur celui relatif à l’égalité de traitement ? Cela aurait pour conséquence, d’encourager le juge à ne pas accepter l’exclusion du soucie et d’une certaine manière de favoriser cette pratique en laissant une plus grande latitude aux pouvoirs adjudicateurs. La France est le seul État qui n’a pas transposé de manière littérale la disposition relative à l’exclusion en mentionnant l’égalité de traitement.

167. Toutefois, il serait contradictoire d’autoriser un tel principe puis d’exclure une entreprise soucie. Cela serait contre-productif et « va au-delà de ce qui est nécessaire » pour atteindre l’objectif de l’égalité de traitement²⁶⁴. Dès lors la Cour s’oppose à ce principe d’exclusion sans contradictoire²⁶⁵. En France ce principe du contradictoire est autant prévu par l’article 48 – II que par l’article 5 du décret. En Belgique, en Allemagne et en Espagne, il n’y est fait mention que dans les articles transposant les articles 40 et 41 de la directive.

En France le principe du contradictoire veut qu’il soit laissé un délai raisonnable pour que l’opérateur puisse justifier que sa participation à la procédure ne soit pas un obstacle. En Belgique, le délai est de douze jours. Ce n’est pas nouveau et ça figurait à l’article 64 de l’arrêté royal du 15 juillet 2011. Toutefois, ce délai est contraignant pour le pouvoir adjudicateur qui ne peut pas en donner un inférieur à douze jours. Cependant pour le Conseil d’État Belge, l’exclusion étant une sanction définitive, cela doit pousser le pouvoir adjudicateur à agir avec prudence. Dès lors même s’il reçoit une information de l’opérateur économique après douze jours, il devra en tenir compte. En revanche il faut que ces informations soient envoyées avant la prise de décision concernant l’exclusion.

168. L’intégration des PME. De plus, on ne peut que noter l’impact positif de ces consultations pour l’intégration des PME dans les marchés publics. En effet, l’étude du tissu économique pouvant répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur, permet à celui-ci de dresser une liste des entreprises qui peuvent l’intéresser et qui de prime abord n’aurait pas candidaté ou soumissionné, ou que le pouvoir adjudicateur n’aurait pas retenu.

Toutefois si de nombreuses techniques ont été mises en place pour aider les pouvoirs adjudicateurs à réaliser un *sourcing* performant, on peut conseiller une autre piste. Par exemple, la base SOLAINN est un exemple de collaboration des services de l’État et des acteurs locaux. L’idée est de promouvoir la visibilité de ces acteurs mais également des privés. Cette base de données se concentre uniquement sur l’achat public innovant. Dès lors en utilisant l’idée de la base de données, il serait intéressant de créer une plateforme de collaboration des pouvoirs adjudicateurs afin que ceux-ci puissent indiquer quels

²⁶⁴ CJCE Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 3 mars 2005 *Fabricom SA contre État belge*, Affaires jointes C-21/03 et C-34/03 considérant 34.

²⁶⁵ *Ibid*, 36.

opérateurs ont été sourcés ou encore quels opérateurs ont été attributaires d'un contrat. Cette plateforme serait alimentée directement par les pouvoirs adjudicateurs. Cela permettrait d'anticiper le travail de celui-ci et d'éviter qu'il se livre à un travail chronophage. Puis du côté opérateur, ce serait intéressant que des associations de PME puissent créer un tel registre. On peut par exemple imaginer que ce document soit constitué par matière ou par critères et que les pouvoirs adjudicateurs puissent avoir une vue d'ensemble du tissu économique. Il serait intéressant d'étudier ces hypothèses.

Cependant, face aux nombreux contentieux qui peuvent émerger, on ne relève pas pléthore de consultations. De plus les acheteurs s'interrogent sur le format de la publicité, les délais d'attente et le contenu à privilégier. Le coût d'opportunité peut donc freiner les acheteurs à utiliser un tel outil.

169. Caractère de l'harmonisation. Dès lors il découle de tout ce qui précède que, même si les dispositions de la directive sont d'harmonisation facultative, les États membres ont décidé de se saisir de cet outil qui existaient en Belgique et Espagne, et que la pratique utilisée déjà en France et Allemagne. Toutefois même si ces derniers sont libres ou non d'utiliser ces consultations, le fait d'utiliser ces techniques et de les insérer dans leur ordre juridique oblige les États membres à respecter ces règles. On note donc qu'il est possible qu'une même disposition soit à la fois facultative et contraignante.

Dès lors cette forme d'harmonisation est utile aux États membres qui peuvent adapter leurs dispositions. Pourtant, la directive européenne va plus loin et autorise les États membres à utiliser ses

Paragraphe II : L'étendue de la notion d'harmonisation optionnelle.

L'idée de ce développement est de mettre en avant que le rédacteur européen, peut amener les États à choisir leur disposition nationale ou à préférer celle européenne. Tout d'abord il sera prouvé que la latitude du législateur national peut tout d'abord se faire au détriment de l'obligation européenne. En effet, certaines dispositions de la directive ont été insérées dans celle-ci à la suite d'évolutions jurisprudentielles. Dès-lors l'obligation de faire de ces principes jurisprudentiels, des règles de droit contraignantes constituent la majorité d'entre elles. Toutefois, face à cela les États membres ou les juges nationaux entendent certaines fois conserver leurs dispositions originelles comme en témoigne l'exemple de la cession de contrat. Cette situation conduit à appliquer, à la disposition européenne, la portée d'une harmonisation optionnelle par défaut (A). Par la suite nous évoquerons le cas de la sous-traitance qui est un exemple de panachage des techniques d'harmonisation (B).

A – Une soumission inconsciente à l’harmonisation optionnelle.

170. L’idée de ce développement est donc de démontrer que malgré la rigidité de la disposition concernant la cession du contrat, ou plus exactement du remplacement du contractant initial, ce qui devait être une disposition contraignante prend plutôt la forme d’une cession aux contours optionnels.

171. Définition de l’harmonisation optionnelle. Tout d’abord, par définition optionnelle, il ne faut pas entendre disposition facultative comme dans l’exemple concernant le *sourcing*. Ici un choix doit être fait entre la disposition nationale et la disposition européenne. Selon J. MOLINIER²⁶⁶ l’harmonisation optionnelle de la directive, est celle qui « laisse aux États le choix entre mettre en œuvre sur leur territoire les seules règles harmonisées sur le plan européen et conserver en parallèle aux règles harmonisées, des dispositions nationales, de telle sorte que les opérateurs économiques aient la possibilité de placer leur activité sous l’empire de l’un ou de l’autre des régimes qui coexistent. »

En l’espèce, cette idée s’applique non pas à la directive mais à une disposition de celle-ci. Pour légitimer cette définition, il suffit d’étudier les transpositions de la disposition relative au changement de cocontractant.

172. Vision européenne. Pour une meilleure analyse, il est indispensable de s’arrêter sur des éléments de contexte qui ont conduit à ce bouleversement. La décision de la CJCE *Pressetext*²⁶⁷ est à l’origine de ce charivari. Par cette décision, la CJCE reconnaît à la substitution de l’ancien, un nouveau contrat car selon elle, cela est une modification substantielle. Des exceptions qui seront reprises par l’article 72 d) de la directive permettent toutefois une telle modification. Cette décision fonde le caractère novatoire de la cession.

173. Les traditions nationales. Cela s’oppose à la pensée française en la matière. De nombreux courant de doctrine se sont opposés sur le caractère novateur de la cession. Il a fallu attendre un avis du Conseil d’État pour que la cession de contrat soit subordonnée à l’attribution du contrat à une personne morale distincte²⁶⁸. Les juges ont estimé en l’espèce que « la cession d’un marché ou d’une délégation de service public doit s’entendre de la reprise pure et simple, par le concessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l’ensemble des droits et obligations résultant du

²⁶⁶ J.MOLINIER, Communication "Les méthodes en droit communautaire". In "Vers une culture juridique européenne", LGDJ 1998,

²⁶⁷ CJCE 19 juin 2008, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung...*, *op. cit.*, affaire C- 454/06, Considérant 40.

²⁶⁸ Avis du Conseil d’Etat, 8 juin 2000, n°141654

précédent contrat. » Ce contrat selon la Cour n'est « soumis à aucune procédure publique de mise en concurrence. » Dès lors cette cession n'était pas assimilée à une modification du contrat comme elle l'est aujourd'hui. Mais pour être considérée comme telle, étaient uniquement autorisées les opérations de restructurations des entreprises ayant pour effet d'affecter la personnalité morale qu'elles soient volontaires ou forcées²⁶⁹. En revanche les restructurations internes ne sont pas considérées comme des cessions. La décision Preetext suggère l'inverse de cette décision car elle n'accepte que les réorganisations internes et refuse ce qui aboutirait à un changement effectif du cocontractant²⁷⁰. En Espagne et en Belgique²⁷¹ les principes sont les mêmes que ceux français. Une cession de contrat n'est pas considérée comme ayant un effet translatif du moment que les modifications, s'il devait y en avoir ne sont pas substantielles. En Espagne cela est due à un assouplissement de l'interprétation des articles 1203 et suivant du code civil concernant la novation.

174. Les transpositions nationales. Avant tout, il faut préciser que d'un point de vue formel, les textes allemands, belges et français reprennent le principe de la directive qui voit en ces cessions des modifications substantielles qui peuvent toutefois être acceptées si elles répondent aux diverses conditions de l'article 72 alinéa 1 d). Toutefois d'un point de vue sémantique, la disposition française est la seule à utiliser le mot de cession alors que les autres textes font référence à la succession du cocontractant. La loi espagnole divise tout d'abord les dispositions concernant la modification et la cession comme pour signifier une indépendance entre les deux notions. Mais elle va plus loin en séparant ensuite les dispositions relatives à la cession du contrat, de celles relatives à la « succession du cocontractant » en leur appliquant un régime différent. La succession du contrat²⁷² suppose une modification du cocontractant alors que la cession a un impact visant le contrat lui-même.

175. Les interrogations concernant la clause de réexamen. L'influence européenne est aujourd'hui venue modifier la position française. Tout d'abord il est indiqué par la directive et la disposition française que la cession peut être prévue dans une clause de réexamen qui doit répondre aux conditions qui ont été vues supra. Les textes français²⁷³, allemands²⁷⁴ et belges²⁷⁵ prévoient ce cas. La loi espagnole reste fidèle à sa législation en la matière. Elle n'a pas la même forme que la directive ou les autres textes de transposition. Les critères de la clause de réexamen doivent donc s'appliquer. De quelle manière apprécier le caractère précis d'une clause de réexamen quand cela est impossible de déterminer à l'avance la personne qui remplacera le cocontractant. Doit-on en effet penser que le

²⁶⁹ H. HOEPFFNER, « La modification des contrats »..., *op. cit.*

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ Claude DARDENNE, Maurice-André FLAMME et Philippe FLAMME, " Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique ", *Larcier.*, 2005.

²⁷² Article 98 de la LCSP.

²⁷³ Article 139 paragraphe 4 alinéa b) du décret marchés publics.

²⁷⁴ Paragraphe 132 (2) alinéa 4 du GWB.

²⁷⁵ Article 38/3 de l'arrêté royal du 22 juin 2017 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

cocontractant doit être prévu ou seulement une telle mention suffit²⁷⁶ ? Mme la Professeure HOEPFFNER suggère qu'une portée libérale suffise. Cela consisterait à penser que l'introduction de critères économiques, financiers ou encore technique peut être accordé. D'ailleurs aucun texte ne requiert la mention du potentiel futur cocontractant²⁷⁷. De plus ces derniers soulignent également que cette dans perspective, la directive ne fait pas mention de certaines exigences requises.

Outre ces considérations, si nous revenons aux principes fondateurs de ces clauses de réexamen on se rend compte que le but premier est de permettre une modification du contrat respectueuse des règles de transparence et d'égalité de traitement. Or si nous raisonnons selon les préceptes du droit européen nous pourrions imaginer un syllogisme tel que : les cessions sont des modifications, donc qui peuvent être modifiés par des clauses de réexamen, or si ces clauses doivent claires, précises et univoques, cela concerne le champ d'application et la nature de ces modifications. Dès lors il faut préciser le champ d'application et la nature des modifications sans pour autant nommer le futur cocontractant. Puis si on poussait le raisonnement à l'extrême il serait étonnant de se livrer à une telle pratique. Cela pourrait par exemple conduire à un conflit d'intérêt ou un délit de favoritisme. De plus, il ressort des dispositions de la clause de réexamen et encore plus en Espagne, que l'idée est de favoriser cet outil pour éviter les modifications substantielles. Or, le fait d'obliger les parties à ajouter l'identité d'un potentiel successeur, freinerait cet objectif et irait à l'encontre des objectifs indiqués.

Pour éviter de telles conséquences, il aurait été intéressant de ne retenir qu'une partie de la référence aux clauses contractuelles à la manière de l'article 214 alinéa 1^{er} de la loi espagnole. Les clauses contractuelles sont mentionnées dans cet article relatif à la cession du contrat mais non dans l'article concernant la succession du cocontractant. Dès lors concernant le premier, il est indiqué qu'une modification « subjective » des contrats sera possible si cela est prévu dans les plis par une option univoque. Toutefois, il faut que les plis établissent nécessairement que les droits et obligations dominants (dominantes) du contrat pourront être cédés par le cocontractant à un tiers. Pour autant il ne faut pas que les qualités techniques ou personnelles du cédant soit la raison déterminante de l'attribution du contrat. Finalement, si c'est un contrat *intuitu personae* (comme les marchés d'arts par exemple) c'est impossible.

Toutefois, la disposition espagnole fait référence à la « cesión contractual » et non pas aux clauses de réexamen qui étaient qualifiées de « cláusulas administrativas » particulières à l'article 204 concernant la modification du contrat. Deux possibilités se posent. Si la loi espagnole entend cette « cesión contractual » comme la clause de réexamen la disposition française peut s'imprégner de celle espagnole. A défaut cela peut présenter certains risques car cela ne correspondrait pas à la définition de la clause de réexamen.

²⁷⁶ H. HOEPFFNER, « La modification des contrats »..., *op. cit.*

²⁷⁷ Philippe PROOT, « Modification et cession des marchés publics », *Contrats publics*, 183, janvier 2018, coll.« Le moniteur ».

Cependant, il semblerait que la doctrine de la SIGMA²⁷⁸, qui est une initiative conjointe de l'UE et de l'OCDE, ne considère pas qu'il faille intégrer l'identité du cocontractant dans les clauses de réexamen. Pour illustrer cette affirmation, elle souligne au début qu'il est difficile qu'une clause soit considérée sans équivoque alors qu'elle ne fixe pas l'éventuel futur cocontractant. Cependant un tel cas existerait déjà dans le cas des PPP où un nouveau cocontractant est nommé à la suite de l'ancien. Il serait possible d'inspirer du modèle des PPP et de l'appliquer aux cocontractants.

A la lumière de tout ce qui précède, nous pourrions envisager une clause qui indiquerait les qualités requises, pour pouvoir être considérée comme un successeur potentiel ou une clause qui prévoirait des cas où le niveau titulaire peut remplacer le précédent. La deuxième solution ôte une part de liberté aux parties et contraint la mutabilité du contrat mais peut être une hypothèse envisageable.

Finalement on ne peut que noter qu'en la matière, le fait de prévoir une modification par des clauses de réexamen est source de divergences entre États. Ces sources pléthoriques découlent d'une part d'une transposition inexacte des dispositions de la directive pour privilégier les nationales. D'autre part, cela est dû à l'incertitude que renferme en l'espèce la clause de réexamen.

176. La réorganisation interne du contrat et la restructuration de la société. Toutefois la clause de réexamen n'est pas l'unique outil excluant la qualification de modification substantielle selon la directive. Tout d'abord, cela peut être prévu à la suite d'une « succession universelle ou partielle du contractant initial. » Cela est une reprise de la décision *Pressetext*. Ensuite, la disposition de la directive se place en contradiction en ajoutant qu'un changement de cocontractant est possible en cas de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité. D'autres conditions s'imposent. Il faut que ce successeur remplisse les critères de sélection qualitative établis initialement, que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché, et que ça ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive.

177. En France l'hypothèse de la restructuration de la société était admise mais celle de la restructuration interne n'était pas considérée comme une cession. Aujourd'hui, l'article 139-4° les envisagent. Selon Frédéric GUILLAUMOND²⁷⁹, le choix porté par l'avis du CE de 2000²⁸⁰ repose sur le fait que le changement de cocontractant, en ce qu'il découle du changement de la gestion et du contrôle, n'est pas soumis à un contrôle du pouvoir adjudicateur et donc à son avis. Cependant en cas de restructuration de l'entreprise ce dernier doit donner son autorisation, selon un principe général du droit et une longue tradition jurisprudentielle. Cela peut être une des raisons expliquant ce choix. Or, la directive en prévoyant que le successeur doit remplir les critères de sélection qualitative établis

²⁷⁸ Sigma, « Brief 38 Public Procurement Contract Modifications - September 2016 ».

²⁷⁹ Frédéric GUILLAUMOND, « Fusion et marché public : la nécessité d'un d'accord de la personne publique, une pratique contestable au regard de la jurisprudence communautaire - 25/03/2016 », <https://www.village-justice.com/articles/necessite-accord-personne-publique,21786.html>.

²⁸⁰ *Avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 n° 364803*.

initialement suppose donc que le pouvoir adjudicateur ait un droit de contrôle et de veto. Cela peut expliquer le choix du rédacteur français d'intégrer la notion de « restructuration interne du titulaire ». Cependant une question se pose. Si la clause de réexamen du changement du cocontractant peut être assimilée à une modification du contrat, le décret français conserve au b) de l'alinéa 4 de l'article 139 l'idée que la restructuration interne est une cession du marché public et non une modification du contrat.

Le terme de restructuration peut être critiqué²⁸¹. Tout d'abord, la version anglaise de la directive traite de « reorganization. » Il est fait la différence en anglais entre une « restructuring » et une « reorganization. »²⁸² La première est davantage centrée sur l'idée de « business process » et concerne les processus de modification de la structure d'une entreprise pour améliorer ses compétences et ses bénéfices sur un terrain économique. La deuxième notion est un « legal process »²⁸³ destiné à réinjecter des fonds ou réaliser les manœuvres nécessaires pour prendre le contrôle d'une entreprise qui serait en faillite ou dans une situation financièrement critique. Finalement la grande différence serait que la première a une influence sur la structure de la société alors que la seconde non, et reste toujours intacte. Nous pouvons évoquer deux cas : D'une part, que le considérant 110 de la directive, en invoquant la réorganisation purement interne, fasse directement référence à la décision *Pressetext*. Si le choix des mots restructuration et réorganisation dans la directive n'est pas une erreur et découle d'une volonté d'utiliser ces deux termes, il faudrait supposer, aux vues de la définition qui a été donnée, que la restructuration est davantage susceptible de conduire à une modification substantielle en ce qu'elle crée une nouvelle structure alors que la réorganisation purement interne a un degré de modification plus faible et n'est peut-être pas considérée comme une modification substantielle par la directive. Par ce biais, nous pouvons penser que la directive aurait entendu élargir le champ d'application de cette matière. Cela pourrait être une piste à suivre car les marchés publics ne sont pas conclus sur la base d'un *intuitu personae*. Donc du moment que l'entreprise est engagée, il importerait peu qu'une réorganisation purement interne soit réalisée.

D'autre part, la directive européenne conserverait la vision restrictive telle qu'issue de la décision *Pressetext*. Cela est également possible, car à la suite de cette décision, d'autres ont pris la même perspective.

178. Si nous en revenons au cas français, le terme de restructuration peut être utilisé à bon escient. En retenant les arguments précédents, deux hypothèses peuvent s'imposer. D'une part il ne

²⁸¹ Laurent RICHER, « L'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 sur la cession de contrat Quinze ans après. », *Actualité juridique des collectivités territoriales*, 2014, p. 1925, coll.« Dalloz ».

²⁸² Simon BENNETT, « Difference Between Restructuring and Reorganization | Difference Between - <http://www.differencebetween.net/language/words-language/difference-between-restructuring-and-reorganization/> ».

²⁸³ Dana.H SHULTZ, « Is corporate reorganization and restructuring the same thing? - Quora - 06/11/2017 - <https://www.quora.com/Is-corporate-reorganization-and-restructuring-the-same-thing> », <https://www.quora.com/Is-corporate-reorganization-and-restructuring-the-same-thing>.

faudrait pas assimiler la cession à une réorganisation du titulaire initial mais bien à une restructuration du titulaire initial qui supposerait un cadre beaucoup plus large en ce que la cession se fait à l'égard d'un autre cocontractant distinct du titulaire initial. Cela pourrait rejoindre l'idée de l'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000²⁸⁴. De plus la disposition de la directive va dans le sens français car prévoit que l'opération de restructuration concerne le rachat, la fusion, l'acquisition ou l'insolvabilité du titulaire. Finalement, le terme de restructuration ayant une admissibilité plus large convient au décret.

D'autre part, nous pourrions imaginer qu'est considérée comme une modification substantielle une cession du marché public mais dans le cas d'une opération de restructuration du titulaire interne. Dès lors, il faudrait supputer que la restructuration interne du titulaire doit avoir une conception moins large que dans la première hypothèse. Finalement cohabiteraient deux régimes. Un pour la cession de contrat, telle qu'issue de la jurisprudence française et un autre pour la restructuration interne soumise à la logique européenne. Puis si la jurisprudence administrative n'a pas respecté l'application de la jurisprudence *Pressetext*, il faudra attendre pour voir si la jurisprudence actuelle compte suivre les dispositions de la directive européenne ou si elle se placera dans la lignée interprétative précédente²⁸⁵.

La loi de transposition allemande et l'arrêté royal belge reprennent également les mêmes dispositions. Toutefois il semblerait à la lecture de ces dispositions que ces deux États ont entendu conférer à leurs cessions de contrat la logique européenne. De plus, une autre différence émane, par rapport au cas français. Les deux premiers textes évoquent la restructuration de la société quand le décret français évoque la restructuration du titulaire initial. Finalement si on suit la deuxième hypothèse qui vient d'être illustrée selon laquelle il y aurait deux régimes cela pourrait s'expliquer. De plus deux logiques sous-tendent le droit allemand et le droit français des marchés publics. En France la position est de promouvoir la mutabilité du contrat et d'assurer une continuité du contrat pour répondre aux besoins des pouvoirs adjudicateurs. Le cas allemand favorise la mise en concurrence et le respect de cette discipline. Dès lors des différences contextuelles émergent.

179. La différence espagnole. Comme cela a été rappelé, la loi LCSP fait la différence entre les hypothèses de succession du cocontractant de l'article 98 et l'article 214 concernant la cession de contrats. Si nous devons réaliser une comparaison, il faudrait estimer que l'article 98 transposerait d'une certaine manière la disposition relative à la restructuration de la société. En effet, il est évoqué, dans les cas de fusion des entreprises à laquelle participe la société contractante, que le contrat en vigueur continuera avec l'entité absorbante ou avec le résultat de la fusion qui restera subrogée dans tous les droits et obligations dominantes du contrat. Cela vaut également dans les hypothèses de scission, d'apport ou de transmission d'entreprises ou de branches d'activité (*ramas de actividad*) de ces entreprises. La disposition espagnole en la matière est la définition même de

²⁸⁴ Avis du Conseil d'Etat, 8 juin 2000, n°141654

²⁸⁵ H. HOEPFFNER, « La modification des contrats »..., *op. cit.*

l'harmonisation optionnelle. En effet les rédacteurs ont ici fait le choix d'utiliser l'ancien article 85 TRLCSP en la matière. Cependant une modification est à noter. Actuellement, un successeur peut reprendre le contrat s'il réunit les conditions de capacité, d'absence d'interdiction de contracter et de solvabilité. À défaut la résiliation s'imposera. Auparavant il était seulement fait référence à la solvabilité. Par ce biais, la législation espagnole s'insère davantage dans l'interprétation européenne. Il importe peu dans le cas espagnol que cette modification conduise à une simple succession du cocontractant. En effet le dernier alinéa du paragraphe 1 de cet article souligne que cela a pour conséquence l'attribution du contrat à une entité distincte, l'autorité contractante pourra rénover ou remplacer la garantie définitive.

180. La cession des contrats espagnols. L'article 214 constitue une disposition différente de la précédente. Il est prévu que la modification subjective (*modificación subjetiva*) des contrats sera uniquement possible à la suite d'une mention dans les plis du contrat. Comme cela a déjà été souligné, il faut que ces plis établissent les droits et obligations dominants (*dominantes*). Toutefois il ne peut être accepté que cette cession ait comme raison déterminante les qualités techniques ou personnelles du cédant²⁸⁶. La notion de raison déterminante était interprétée de manière stricte sous l'ancien régime de la TRLCSP. Or il est possible que ce soit également le cas aujourd'hui vu la ressemblance des notions.

181. De plus, il ne faut pas que cela conduise à une restriction effective de la concurrence. La loi prévoit également l'hypothèse de la cession de contrôle d'une société spécifiquement constituée pour réaliser l'exécution du contrat. En revanche, il faut prévoir là encore l'hypothèse d'une cession dans le contrat initial. La France aurait pu ajouter une telle disposition. Cela aurait permis d'encadrer la vie des sociétés exécutant les contrats. Cela éviterait de nombreux écueils. Ensuite des cas précis sont évoqués pour qu'une telle cession du contrat soit possible. Il faut :

- Tout d'abord que l'organe de passation (*órgano de contratación*) autorise préalablement et expressément la cession. Cette autorisation est soumise aux conditions d'aptitudes évoquées.
- Le cédant doit avoir exécuté au moins 20% de l'importance du contrat sauf en cas d'ouverture de la liquidation par exemple (...). »

Cette idée est intéressante. Ce seuil, tel qu'il est défini, a pour objectif d'éviter tout détournement de la procédure. On peut imaginer un cas où des accords pourraient être réalisés entre des opérateurs économiques, prévoyant qu'un devrait candidater et l'autre serait mentionné dans la clause de cession. Cette manœuvre rendrait inopérante les critères mis en place par le pouvoir adjudicateur car à la suite

²⁸⁶ *Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*, 2012.

de la cession, la conséquence serait d'attribuer une grande part du contrat à un opérateur économique qui ne disposait pas des meilleures qualités.

À ce propos, c'est le même cas en France où il est interdit qu'une cession intervienne juste après l'attribution du contrat et avant son exécution²⁸⁷.

- Le cessionnaire doit avoir la capacité de contracter avec l'administration et doit détenir la solvabilité requise (...). »
- La cession doit se formaliser par écrit (escritura pública). S'il faut prévoir dans les plis la possibilité d'une telle cession, cette formalisation est nécessaire car ce contrat n'est pas administratif mais a une nature privée. Il est souscrit entre un cessionnaire et un cédant. C'est une obligation et à défaut, l'ancien contrat sera considéré comme toujours existant.

À la lecture de la disposition espagnole, on ne peut que noter que l'article 98 de la loi se rapproche de celle de la disposition de la directive tout en l'adaptant à la tradition espagnole. Cette situation concernerait la succession du cocontractant, qui peut être ou non une entité distincte. À ceci s'ajoute la cession du contrat telle qu'elle résulte de l'article 214 et qui doit obligatoirement être prévue par une clause du contrat dans les plis. Là les conditions sont différentes de celles de la directive. Si la loi prévoit autant de critères et oblige le pouvoir adjudicateur à les insérer dans des clauses, c'est pour éviter que le contrat soit affecté par de tels changements. De plus les rédacteurs ont voulu éviter toute violation de règle de passation et essentiellement tout détournement de ces règles. Dès lors cela renforce notre idée précédente sur le cas français. On pourrait tout à fait imaginer si ce n'est pas le cas que le terme de cession de contrat tel qu'il est issu du décret, renvoie à la conception originelle française de cette notion. Quant à la restructuration interne du titulaire du contrat, il s'agirait d'une transposition de la directive européenne.

182. L'absence de la troisième modification. La directive fait mention de trois exceptions à la qualification de modification substantielle. La dernière concerne le cas où le pouvoir adjudicateur assume lui-même « les obligations du contractant principal à l'égard de ses sous-traitants lorsque cette possibilité est prévue en vertu de la législation nationale conformément à l'article 71. » On remarque une différence sémantique. Ce point est laissé à la libre appréciation de ces derniers alors que les précédents sont obligatoires. Pour autant les États ont réceptionné ces dispositions comme si elles étaient optionnelles. L'Allemagne a transposé ce iii) mais parmi les États étudiés, il est le seul. La Belgique a fait le choix ne pas le transposer en raison de l'état de son droit. Tout d'abord cela s'explique par le fait que les textes belges n'ont jamais contenu pareille disposition. Cependant il existe en Belgique des mécanismes de responsabilité solidaires. Par exemple, l'article 1798 du Code

²⁸⁷ « Direction des Affaires juridiques - FICHE Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution - Mise à jour le 11 juillet 2018 ».

civil²⁸⁸ dispose que « Les maçons, charpentiers, ouvriers, artisans et sous-traitants qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée. Le sous-traitant est considéré comme entrepreneur et l'entrepreneur comme maître de l'ouvrage à l'égard des propres sous-traitants du premier. » D'autres textes permettent également une telle protection²⁸⁹. Ces dispositions ne produisent pas le même effet que celle de la directive mais la Belgique compense ce manque, par une protection essentiellement financière. En France, les dispositions relatives à la sous-traitance sont contenues dans une loi du 1^{er} janvier 1975. D'un point de vue financier tout d'abord, la loi consacre un titre II relatif au paiement direct. Puis le principe entre un sous-traitant et un pouvoir adjudicateur est qu'il n'y a aucun lien contractuel. Le titulaire du contrat a des obligations de transparence et doit indiquer quel est le sous-traitant, mais il n'existe aucun lien ou obligation entre le pouvoir adjudicateur et le sous-traitant.

183. L'autorisation du cédé. La disposition de la directive ne mentionne pas si l'autorisation du cédé est nécessaire, avant une quelconque cession du contrat. En France cela résulte d'un principe général du droit des contrats administratifs²⁹⁰. Cela s'illustre encore à travers l'arrêt Fosmax²⁹¹, Comme nous l'avons vu en Espagne dans le cas de l'article 214, il est nécessaire qu'une autorisation de l'autorité contractante soit accordée. Finalement il conviendrait de penser que du moment que le pouvoir adjudicateur vérifie les conditions de validité, cela le pousse à accepter ou non la cession. Cette situation peut se transposer à tous les États étudiés. Mais l'Espagne est davantage explicite comme nous le lisons à l'article 214 indique dans les conditions requises, la nécessité d'attendre l'aval de l'autorité contractante.

184. Il découle donc de tout ce qui précède que, la cession du contrat aurait dû avoir la même portée que le reste des dispositions concernant la modification. D'ailleurs, la seule liberté qui est accordée aux États membres réside dans la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de reprendre le contrat quand il y a un sous-traitant. Cependant après l'étude qui vient d'être menée un constat doit être mis en avant. La France n'est pas le seul État qui a souhaité garder son interprétation de la cession. Finalement la disposition de la directive qui n'avait pas pour ambition d'être d'harmonisation optionnelle, l'est malgré elle.

Face à cet exemple, nous analyserons à présent la portée de certaines dispositions dont l'harmonisation oscille entre, harmonisation optionnelle et partielle. Les deux termes sont différents et le cas de la

²⁸⁸ *CODE CIVIL 21 MARS 1804 - LIVRE III : Manières dont on acquiert la propriété TITRE VI à XIII Section III Des devis et des marchés Article 1798*, 2017.

²⁸⁹ Voir en ce sens : *Loi du 12 AVRIL 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.*, p. 196.

²⁹⁰ H. HOEPFFNER, « La modification des contrats »..., *op. cit.*

²⁹¹ Conseil d'État, Assemblée, 09 novembre 2016, société Fosmax A, n° 388806, 2016.

sous-traitance nous servira d'illustration. Il s'agit donc une discipline où les États membres conservent de nombreuses prérogatives de transposition. Nous allons dès lors voir de quelle manière celles-ci sont mises en œuvre.

B – La mince frontière entre harmonisation minimale et optionnelle

185. La sous-traitance est l'exemple même de la disposition comportant des dispositions obligatoires mais d'harmonisation minimale et des dispositions optionnelles qui rendent possible le concours de dispositions nationales et européennes.

Avant de débiter, il convient de se référer aux éléments supra pour connaître les définitions d'harmonisation optionnelle, ou encore minimale. Évoquons directement ce que l'on entend par harmonisation partielle. Selon Monsieur Molinier²⁹², c'est celle dans laquelle « subsiste un domaine non couvert par la réglementation communautaire. » En prenant l'exemple des réglementations concernant les véhicules, Madame Pujol-Reversat²⁹³, précise que, « lorsqu'on observe des actes communautaires organisant seulement une seule ou certaines « parties » d'un secteur, on est dans le cadre d'une harmonisation partielle ». Dès lors, il conviendra d'admettre que certaines des dispositions relatives à la sous-traitance sont d'harmonisation partielle.

À ceci s'ajoute l'idée que la sous-traitance est un outil promoteur d'une meilleure insertion des PME dans les marchés publics. Il permet de faire appel aux capacités d'autres entreprises qui on peut l'imaginer n'aurait pas pu y participer. Cette idée s'exprime dans le considérant 78 de la directive qui encourage le paiement direct des sous-traitants. Cela est réitéré par le considérant 105. Afin d'illustrer nos propos nous allons étudier les différentes transpositions à travers six axes.

I – Le contrat de sous-traitance

186. Les définitions nationales de la sous-traitance. Avant toute étude au fond, il faut tout d'abord mettre en avant ce que l'on entend par la sous-traitance. Il existe deux formes de sous-traitance En France, c'est « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution de tout ou partie du contrat

²⁹² J.MOLINIER, Communication "Les méthodes en droit communautaire". In "Vers une culture juridique européenne" 1998, LGDJ

²⁹³ M.-C. PUJOL-REVERSAT, " Contribution à l'étude de l'harmonisation technique communautaire : l'exemple des véhicules à moteur " ..., *op. cit.*, p.241.

d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage²⁹⁴. » Faute de définition en Belgique, la position française²⁹⁵ a été reprise. En Espagne la LCSP ne définit pas la pratique de la sous-traitance. Cependant la loi régulant la sous-traitance dans le secteur de la construction en avait donné une définition²⁹⁶. Il s'agit de la pratique commerciale d'une organisation productive, en vertu de laquelle le titulaire du contrat (contratista) ou le sous-traitant charge un autre sous-traitant ou travailleur autonome d'une partie de la pratique visée qui lui a été confié.

187. Les relations de droit privé. De plus, il faut ajouter que tous ces contrats sont des contrats de droit privé. Cela est mentionné dans la LCSP espagnole au paragraphe 5 de l'article 215. En France ce contrat de sous-traitance entre le titulaire et le sous-traitant est un contrat d'entreprise louage « prévoyant une obligation de faire rendant l'entreprise sous-traitance débitrice d'une obligation de résultat²⁹⁷. » En Belgique, cela relève également du droit général des contrats et prend la forme d'un contrat d'entreprise²⁹⁸, de vente, de fourniture ou de travail. Il en va de même en Allemagne, où est instaurée une relation de droit privé. Cependant, « la législation allemande ne connaît pas comme type de contrat » le contrat de sous-traitance. De plus, il faut ajouter qu'il n'y a qu'en France où la relation de droit privé est influencée par le contrat régissant les relations entre le titulaire et le maître d'ouvrage. Dans les autres États, il y a une stricte séparation, telle que les obligations de ces derniers n'interfèrent pas sur celles des titulaires et sous-traitants. Enfin, il faut rappeler que parmi les États étudiés certains étant fédéralistes et régionalistes, cela emporte des conséquences différentes. Par exemple, en Allemagne, les Länders ont des compétences en droit civil et en droit du travail. Cela explique par exemple que sous l'ancienne loi, des États fédérés ont des stipulations qui excèdent les exigences nationales. De ce fait, certaines sont plus protectrices du statut du travailleur en termes de conditions de travail ou de sécurité sociale. Par exemple dans l'ancienne procurement law of Hamburg (§5.3.1 Hamburgisches Vergabegesetz, HambVgG)²⁹⁹, il était prévu que le titulaire du contrat choisisse prioritairement en tant que sous-traitant, une PME. Cet exemple est transposable en Belgique mais également en Espagne suivant les compétences définies dans la Constitution. Ces différences peuvent être d'autant plus accentuées que la sous-traitance doit respecter les conditions de l'article 18 § 2 qui obligent les États membres à prendre les mesures appropriées pour que les opérateurs économiques respectent la législation européenne en matière de droit de l'environnement, social et du travail. Or ces autorités déconcentrées ayant parfois des compétences législatives dans ces matières, pourront avoir une influence sur le respect de ces droits. Le risque est la production d'un dumping.

²⁹⁴ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, article 1er.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción - 19/10/2006.

²⁹⁷ Christophe LAJOYE, " Droit des marchés publics " 6e édition, Gualino., coll.« Lextenso », 2017, p.461.

²⁹⁸ " Le régime de la sous-traitance industrielle en Belgique" .

²⁹⁹ S. FUCHS, E. KATHARINA et D. SACK, « SME-friendly public procurement in Germany? Legal strategies and political challenges »..., *op. cit.*, p.17.

II- L'annonce de la sous-traitance au pouvoir adjudicateur

Les mentions devant être transmises telles que le nom, ou encore la nature des prestations réalisées, ces informations sont utiles au pouvoir adjudicateur qui pourra juger des capacités des sous-traitants. Par rapport aux missions qui lui sont confiées, le pouvoir adjudicateur appréciera les capacités de ceux-ci. Il n'y a aucune difficulté de ce point de vue et tous les États étudiés se livrent à cette appréciation. Il ne sera pas utile de s'attarder sur ces dispositions en ce qu'elles sont similaires.

L'acceptation préalable du pouvoir adjudicateur. Le titulaire du contrat et son sous-traitant sont en effet soumis à son acceptation. C'est le cas en France où l'article 133 rend cette obligation explicite puisque la sous-traitance est possible « à condition d'avoir obtenu de l'acheteur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement. » L'article 134 s'appuie sur les conditions évoquées pour donner son acceptation. Cela est également visible à l'article 135 – I qui soumet le paiement direct du cocontractant à son acceptation. Le pouvoir adjudicateur émet donc un contrôle puis une acceptation. Toutefois cette acceptation si elle est obligatoire, elle ne concerne que les cas de demande intervenant avant la conclusion du marché. En effet, lorsque cela intervient après elle peut être expresse ou tacite. Dans le premier cas, aucune difficulté ne se pose et dans le second, l'article 134 alinéa 4 prévoit que l'absence de réponse du pouvoir adjudicateur dans un délai de 21 jours vaut acceptation. Le principe est donc celui de l'acceptation. Si un sous-traitant réalise des travaux alors même qu'il n'a pas été accepté, le pouvoir adjudicateur est tenu de lui demander de régulariser sa situation, à défaut de quoi il peut être exclu³⁰⁰. S'il ne le met pas en demeure, il engage sa responsabilité délictuelle³⁰¹ à l'égard du sous-traitant³⁰². De plus si à la lecture de ces données, le pouvoir adjudicateur constate une exclusion obligatoire, il doit obliger le titulaire du contrat à exclure le sous-traitant et en cas de motifs facultatifs c'est une possibilité. La disposition législative allemande n'est pas aussi explicite. Sans doute faudra-t-il étudier la transposition de la sous-traitance d'un point de vue réglementaire. Or faute de traduction française ou anglaise il est impossible de s'y atteler. Toutefois le § 36 VgV fait référence aux mêmes règles d'exclusion que celles françaises.

En Belgique, cette obligation peut être nuancée. En effet il est indiqué que le pouvoir adjudicateur peut vérifier s'il existe des motifs d'exclusion. Cela n'est donc pas une obligation sauf pour les marchés dans un secteur sensible à la fraude qui sont supérieurs aux seuils de publicité. Dès lors, vu que le contrôle est facultatif, nous pouvons nous interroger sur la présence d'une acceptation. Aucune mention n'est indiquée dans l'arrêté. L'obligation faite concernant les secteurs sensibles à la fraude,

³⁰⁰ Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, 3ème chambre 07 octobre 2010, (*SARL*) société étape n°09BX01024 recueil Lebon.

³⁰¹ Cour Administrative d'Appel de Marseille, du 18 février 2013, société *Les Charpentiers des Alpes et Provence* n°10MA00902, recueil Lebon.

³⁰² C. LAJOYE, *Droit des marchés publics 6e édition...*, op. cit.

ont pour but de lutter contre le dumping social³⁰³. Cependant et même si cela n'est pas mentionné dans la loi, les activités « visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 (...) sont, eux aussi, soumis à cette obligation » lorsque la valeur est supérieure au seuil de la publicité³⁰⁴. Dès lors l'autorisation ne semble pas obligatoire dans ce cas. Toutefois, la demande d'exclusion est envisageable. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de 15 jours dans ce cas, délai permettant également aux sous-traitants de prouver le contraire ou de fournir la preuve d'une régularisation « des dettes sociales ou fiscales. » Le champ de la régularisation est donc limité. Concernant les motifs d'exclusion facultatif les pouvoirs adjudicateurs devraient prendre leurs décisions en les soumettant au principe de proportionnalité. « Des irrégularités mineures ne devraient entraîner l'exclusion d'un sous-traitant que dans ces circonstances exceptionnelles³⁰⁵. »

La loi espagnole prévoit également à l'article 215 alinéa 2 point d), une autorisation expresse que dans un cas. Y sont uniquement soumis les contrats de caractère secret ou réservé ou ceux « dont l'exécution doit être accompagnée de moyens de sécurité spéciaux en accord avec les dispositions légales ou réglementaires (...). » A défaut des cas précisés il est possible de comprendre que l'autorisation peut être tacite. Toutefois la transposition espagnole est plus stricte quant au non-respect des conditions susmentionnées. En effet le paragraphe 3 du même article prévoit qu'à défaut, une sanction consistant en une pénalité équivalente à 50/100 de la valeur du contrat de sous-traitance - sera imposée au titulaire du contrat car il est seul responsable des relations entre lui et le sous-traitant. De plus c'est à lui qu'il incombe d'envoyer ces informations.

Ensuite, des cas plus spécifiques ressortent des lois de transposition belge. Tout d'abord, celle-ci ne transpose pas de la même manière. Elle émet deux cas de sous-traitance obligatoires mentionnés au paragraphe de l'article 12§2 de l'arrêté du 22 juin 2017. C'est tout d'abord le cas quand :

« lorsque l'adjudicataire a, pour sa sélection qualitative concernant les critères relatifs aux titres d'études et professionnels ou à l'expérience professionnelle pertinente, fait appel à la capacité des sous-traitants prédéterminés conformément à l'article 73, § 1^{er}, de l'arrêté royal secteurs spéciaux ou à l'article 79 de l'arrêté royal défense et sécurité selon le cas ; »

Puis l'article 12§ 2 2^o prévoit que l'adjudicateur puisse obliger l'adjudicataire à recourir à la sous-traitance. Auquel cas, « Le recours à d'autres sous-traitants est soumis à l'autorisation préalable de l'adjudicateur. » Ensuite « l'adjudicateur est uniquement responsable de la capacité financière et économique de la capacité technique et professionnelle de ce(s) sous-traitant(s) dans le cas visé à l'alinéa 1^{er} 2^o. »

³⁰³ Document explicatif : Arrêté royal du 22 juin 2017 Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics MB 27/06/2017..., op. cit. <http://vlex.com/vid/22-juin-2017-arrete-684075669>.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ Ibid., p. 201.

La première hypothèse est logique car si un pouvoir adjudicateur s'appuie sur les capacités d'une autre entreprise, il doit obligatoirement y recourir.

À ceci s'ajoute, une autre information en termes de délais. Il est indiqué que dans le cas des marchés soumis à la fraude, l'envoi des informations requises doit se faire au plus tard au début de l'exécution du marché. Cela suppose donc que, dans le cas des contrats non soumis à la fraude, ces informations peuvent être transmises bien après. La loi belge sur ce point, fait preuve de davantage de souplesse.

188. L'agrération légale obligatoire en Belgique. L'autre spécificité belge, réside dans l'agrération légale obligatoire. Cela est le cas depuis le 1^{er} juillet 2017, à la suite d'un arrêté royal, le sous-traitant à la manière de l'entrepreneur doit disposer d'une agrération légale en matière de construction. Si le seuil est supérieur à 75 000 euros HT « par catégorie principale de travaux » et 50 000 euros « par sous-catégorie³⁰⁶ » Ce mécanisme d'agrération fonctionne par classe. Pour les marchés inférieurs à 135 000 euros, ce sont les marchés de classe 1. Les titulaires de cette agrération pourront alors répondre à ces marchés. C'est la classe la moins élevée et la procédure est la plus légère³⁰⁷. Cette agrération peut se faire d'une manière globale ou alors par catégories et sous-catégories³⁰⁸. Cette mesure doit donc être respectée par un entrepreneur ou un sous-traitant souhaitant participer à un marché public. Cette mesure est restrictive en ce qu'elle peut constituer une lourdeur administrative supplémentaire et des charges financières en sus. Cependant, il est important de la mettre en avant car en cas de défaut de cette agrération, il sera impossible pour un opérateur de candidater à un marché public supérieur aux seuils indiqués.

³⁰⁶ FAB A, « Agrération des entrepreneurs : le gouvernement supprime l'indexation - octobre 2016 - <http://www.fegc.be/Newsletter.asp?id=1452&lng=fr> ».

³⁰⁷ Frederik DHONT, « L'agrération des sous-traitants en 10 questions - 13/07/2017 - <http://www.securexblog.be/entreprendre/lagregation-traitants-10-questions/> ».

³⁰⁸ FAB A, « Agrération des entrepreneurs : le gouvernement supprime l'indexation - octobre 2016 - <http://www.fegc.be/Newsletter.asp?id=1452&lng=fr> »..., *op. cit.*

III- Le paiement direct

189. Le paiement direct est un élément de poids de la sous-traitance. D'un point de vue quantitatif il canalise la plus grande partie des dispositions. D'un point de vue qualitatif, c'est un outil important garantissant une plus grande insertion des PME dans les marchés publics en ce que leur paiement est sécurisé et le délai est court. Mais de nombreuses règles encadrent son utilisation. La directive européenne conditionne ce principe, à la suite d'une demande du sous-traitant et si la nature du contrat le permet. Cependant il est possible que figure une clause autorisant le cocontractant principal à s'opposer à des paiements indus.

190. En France l'article 135 du décret a limité cette possibilité aux contrats supérieurs à 600 euros. Cette limite existait à l'ancien article 115 du CMP et elle est également mentionnée à l'article 6 de la loi de 1975. Une autre limite concerne certains contrats, qui doivent être supérieur à 10% du montant initial du marché public. Il faut que cette demande se fasse au titulaire du marché qui a un délai de 15 jours pour accepter ou notifier son refus. En cas de non-réponse, le silence vaut acceptation. De même manière, il faut que le sous-traitant envoie cette demande au pouvoir adjudicateur ou à une autre personne habilitée selon l'article 136. Le sous-traitant a le droit de contester la décision de refus du titulaire du contrat. Puis du point de vue du pouvoir adjudicateur, s'il peut effectuer « un contrôle de la pertinence des motifs », il n'a pas à « apprécier la légalité du motif invoqué par le titulaire à l'appui de son refus³⁰⁹. » Si ce droit au paiement direct est un droit du sous-traitant³¹⁰, il n'en reste pas moins qu'il est limité aux travaux agréés par le pouvoir adjudicateur de même qu'est exclu ce droit quand sont constatées des malversations. En contrepartie de ce droit du sous-traitant, le pouvoir adjudicateur a la possibilité de contrôler « l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant³¹¹. » Toutefois, une limite doit être mentionnée. À la suite de cette procédure et après acceptation, le sous-traitant dispose d'un droit qui ne peut être modifié. Cette règle a été consacrée par la jurisprudence du Conseil d'État dans une décision du 27 janvier 2017 où les juges ont souligné qu'en l'absence de modification des stipulations du contrat de sous-traitance, il était impossible de réduire le droit au paiement direct du sous-traitant. *A contrario* il semblerait donc que cela soit possible³¹².

³⁰⁹ Hervé PIELBERG, « Fasc. 180 : SOUS-TRAITANCE du 08/04/2014 mis à jour 05/06/2017 », *Contrats et marchés publics*.

³¹⁰ Olivier HENRARD, « Quel contrôle peut exercer le maître de l'ouvrage sur un sous-traitant dans le cadre du droit au paiement direct ? », *bulletin juridique des contrats publics*, 114.

³¹¹ Conseil d'État, 27/01/2017, *Grand port maritime de Marseille* n°397311, 2017, considérant 8. Voir également : Conseil d'État, 09/06/2017, *commune de Montereau-Fault-Yonne* n°396358 ; Conseil d'État, 20/04/2000, *Société Peinture Normandie*, n° 181604.

³¹² Conseil d'État, 27/01/2017, *Grand port maritime de Marseille* n°397311, 2017

A la lecture des dispositions belges, il semblerait que le paiement direct du sous-traitant ne soit pas prévu. Il faut toutefois se référer à un mécanisme également protecteur. L'article 1798 du Code civil prévoit une action directe à l'encontre du maître d'ouvrage quand le titulaire du contrat ne l'aurait pas rémunéré. Cet article n'est cependant pas aussi protecteur que le droit de paiement direct. Finalement à la lecture de la loi belge on note que l'objectif est centré sur la rédaction de règles évitant le dumping social et assurant un contrôle pour certaines missions. La place du sous-traitant et les mesures pour faciliter son accès laissent à désirer.

En Espagne, il faut se référer à la disposition additionnelle cinquante et unième. Cette disposition est différente de celle française. En effet le paiement direct est prévu que si toutes les conditions sont remplies et que les plis des clauses administratives l'ont prévu. Dès lors et même si la loi française instaure une limite basée sur la valeur du contrat, la loi espagnole semble de prime abord, plus restrictive que la première, qui prévoyait ce droit à la suite d'une demande du sous-traitant. Pour autant, il faut nuancer ce propos. Les dispositions des articles 216 et 217 s'appliquent au paiement direct car la disposition additionnelle débute par la phrase « Sans préjudice des articles 216 et 217. » Il n'y a donc pas de régime de paiement plus rapide car en principe les titulaires du contrat sont soumis aux mêmes obligations que les pouvoirs adjudicateurs. Ainsi les délais ne doivent pas être inférieurs à ceux prévus par une loi de 2004³¹³ relative aux délais de paiement. De plus le délai commence à courir à partir de l'acceptation ou la vérification des biens selon l'alinéa 2 de cette disposition additionnelle. Pour éviter tout abus dans le retard du paiement, l'acceptation ne peut intervenir dans un délai maximum de trente jours dès la livraison du bien ou la prestation du service. Enfin autre modalité en la matière, il est intégré l'obligation de recourir à la facturation électronique pour les contrats de sous-traitance supérieurs à 5000 euros.

191. Dès lors il découle de toute ce qui précède que la loi qui fait l'objet de plus de précision est l'espagnole. En effet les dispositions belges, en matière de paiement direct, ne sont pas mentionnées dans les textes ce qui est dommageable. Cependant il semblerait que la loi française en garantissant le paiement direct à la demande du sous-traitant soit la plus favorable. Cela est le cas même si finalement, le fait pour la loi espagnole d'élargir les dispositions générales au paiement direct amoindrirait les écarts et permettrait un régime protecteur unifié.

À la suite de la comparaison des différentes dispositions en matière de paiement direct, il semblerait que la transposition française soit la plus efficiente. Cet outil offre aux opérateurs économiques une voie protégeant leur intérêt à être payé³¹⁴. Cependant ce droit au paiement direct concerne également

³¹³ Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

³¹⁴ M. ANDRECKA et M. TRYBUS, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU? »..., *op. cit.*, p.230.

les grandes compagnies et pas seulement les PME³¹⁵. Pour réellement favoriser les PME il aurait été utile de prévoir un tel régime uniquement pour elles.

IV- Les limites à la sous-traitance

Les cas de limites à la sous-traitance ont fait l'objet de nombreuses discussions sur leur potentielle interdiction. La directive ne mentionne pas de cas limitant la sous-traitance mais les États utilisent cette possibilité. Le principe en la matière découle de la jurisprudence européenne³¹⁶.

192. L'interdiction de la sous-traitance totale. En France, cette interdiction ne figure pas dans le décret mais est un principe issu de l'entrée en vigueur du Code des marchés publics 1^{er} avril 2001, où la sous-traitance totale était interdite. L'ancien Code des marchés publics rendait possible la sous-traitance à un taux supérieur à 95%. Finalement la quasi-totalité de la sous-traitance est acceptable.

En Belgique cela est différent. Selon l'article 12/3 §1 l'interdiction de sous-traiter la totalité du marché ne concerne que les relations entre un sous-traitant et un autre qui a une relation contractuelle avec celui-ci. Le candidat ou soumissionnaire du contrat n'est pas concerné par cette mesure³¹⁷. En Espagne le principe est également l'interdiction de la sous-traitance totale. Dans les précédentes lois figuraient la limite de 60% qui était applicable si les plis ne mentionnaient pas une autre limite. Une question se pose alors, est ce que le retrait de cette part signifie sa suppression ? À la lecture des interprétations précédentes, il semblait que le principe était que les 60% était le maximum³¹⁸. Cependant il résulterait d'une jurisprudence du TARC que cette limite peut être franchie. En effet, le nouvel article 215 LCSP fixe une limite qualitative basée sur l'atteinte à la concurrence et non plus quantitative. Dès lors, il semblerait que d'un point de vue quantitatif l'ancienne limite peut être dépassée. Cependant, il ne faut pas que cela produise une restriction effective à la concurrence, tout en tenant en compte les secrets qui entourent certains contrats.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ CJCE 18/03/2004 *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner et Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger*, C-314/01, considérant 45. « La directive (...) ne s'oppose pas à une interdiction ou à une restriction du recours à la sous-traitance pour l'exécution de parties essentielles du marché lorsque précisément le pouvoir adjudicateur n'a pas été en mesure de vérifier les capacités techniques et économiques des sous-traitants lors de l'examen des offres et de la sélection du soumissionnaire le mieux-disant. » Voir également : CJCE 27/10/2016 *Hörmann Reisen GmbH contre Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg*, aff C-292/15.

³¹⁷ *Document explicatif : Arrêté royal du 22 juin 2017 Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics MB 27/06/2017...*, op. cit. <http://vlex.com/vid/22-juin-2017-arrete-684075669>

³¹⁸ María Teresa RIVERO SANCHEZ-COVISA, « Contratación pública y subcontratación - 2015 », *Anuario Aragonés del Gobierno Local*.

193. La limitation des sous-traitances en chaîne. Le principe est qu'un sous-traitant peut faire appel à un autre sous-traitant, le premier engageant sa responsabilité vis-à-vis du suivant. Certaines fois ce principe est interdit. En Belgique par exemple, l'article 12/3 § 1 de l'arrêté royal du 22 juin 2017 prévoit que les contrats passés dans un secteur sensible à la fraude verront le nombre de chaîne de sous-traitants limités. La chaîne peut être composée de trois niveaux ou de deux niveaux³¹⁹. Cependant il est concevable, selon l'alinéa suivant de prévoir d'autres chaînes. Par secteur sensible à la fraude il faut comprendre les marchés de travaux et les marchés de service³²⁰ passés dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965³²¹.

À la lecture des dispositions belges en la matière, on note que le but est d'encadrer la sous-traitance plus que de favoriser son développement. Par exemple la limitation du nombre de contractant dans cette chaîne de sous-traitant repose sur une volonté de lutter contre le dumping social. En effet, il a été démontré que plus la chaîne s'étend plus cette pratique s'accroît. Cela explique cette limitation notamment dans le domaine de la construction³²². À ceci s'ajoute à ces dispositions la mention de la loi de 1990 réglementant la sécurité privée et particulière. C'est sans préjudice de cette loi que les limites à la chaîne de sous-traitance s'applique. Cette dernière loi peut confirmer l'exclusion de contrats de l'article 2 § 3 bis du champ de la sous-traitance sauf conditions strictes, article qui fait référence aux services de gardiennage. Toutefois, une nouvelle loi postérieure à l'arrêté royal belge de transposition est venue remplacer la loi de 1990. Il serait sans doute plus juste d'y faire référence à présent³²³.

194. La réservation au cocontractant principal. Le principe est issu non pas de la disposition relative à la sous-traitance mais celle concernant le recours aux capacités de l'article 63 paragraphe 2 de la directive qui réserve des tâches essentielles au titulaire du contrat principal. Face à cette disposition la Cour a jugé qu'il était interdit de réserver une partie du contrat uniquement à la charge du titulaire du contrat en ce que cela s'opposait aux articles 49 et 56 du TFUE. Elle s'inscrit ainsi dans une jurisprudence ancienne. Toutefois il faut signaler que cet arrêt concernait l'interprétation de la directive 2004/17. De plus l'arrêt Wroclaw va contre l'idée qu'un pouvoir adjudicateur puisse obliger un opérateur économique à réaliser un ensemble de missions. Selon le document explicatif belge, cela peut s'expliquer car cela tromperait le soumissionnaire. Peut-être ce dernier pourrait-il estimer qu'il puisse déléguer une partie de cette mission. Or le fait de l'y obliger

³¹⁹ *Arrêté royal du 22 juin 2017 Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics MB 27/06/2017...*, *op. cit.*, Article 12/3 § 2.

³²⁰ « Guide : Lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions ».

³²¹ *Loi du 12 AVRIL 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs*, *op. cit.*

³²² *Document explicatif : Arrêté royal du 22 juin 2017 Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics MB 27/06/2017...*, *op. cit.*

³²³ *Loi du 02/10/2017 reglementant la securite privee et particuliere n°2017031388* - http://www.etaamb.be/fr/loi-du-02-octobre-2017_n2017031388.html.

peut le mettre en difficulté à exécuter la partie rendue obligatoire par le pouvoir adjudicateur. Automatiquement, les soumissionnaires pourraient être découragés de participer à la passation d'un marché public. Cela peut expliquer pourquoi les dispositions belges ne mentionnent pas cette possibilité.

En France c'est le contraire. L'article 62 de l'ordonnance reprend la même disposition que celle de l'article 63. § 2 de la directive. Il est possible que l'article français impose au pouvoir adjudicateur d'informer « les candidats préalablement au dépôt de leur candidature ou offre qu'il entend interdire la sous-traitance pour les tâches essentielles³²⁴. »

V- La responsabilité du pouvoir adjudicateur

195. Le contrat de sous-traitance est un contrat engageant le titulaire initial du contrat et son sous-traitant qui doit exécuter une mission déterminée. Cette mission est une obligation de résultat³²⁵. En contrepartie, le titulaire initial est le seul responsable des actions du sous-traitant³²⁶. Il en va de même de la directive qui reconnaît la responsabilité du cocontractant initial pour les paragraphes 1 à 3 de l'article 71. En France, une action reste possible mais pour certains sous-traitants. En effet, les sous-traitants qui ne bénéficient pas du paiement direct « ont une action directe contre le maître d'ouvrage si l'entrepreneur principal ne les paie pas³²⁷. » Cette action directe s'appliquera à travers l'article 12 de la loi relative à la sous-traitance. En Belgique, pour les marchés de travaux, l'article 12/1 § 4 oblige les pouvoirs adjudicateurs à mentionner dans les documents du marché, le possible recours à l'action directe. Il faut que mention soit faite dans les documents de marché et que cela soit conforme à l'action 1798 du Code civil³²⁸. Cette action du sous-traitant est une action en substitution de l'entrepreneur. Ce qui nous permet d'en arriver à cette conclusion découle des termes de cet article. En effet il est indiqué que « les sous-traitants (...) ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci se trouve débiteur envers l'entrepreneur. » Il faut donc que l'entrepreneur principal soit créancier du pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, pour que le recours soit valable, le requérant doit tout d'abord le notifier à l'entrepreneur et ceci avant qu'il soit déclaré en faillite³²⁹.

³²⁴ Antoine WOIMANT, « Périmètre de la sous-traitance dans le cadre des marchés publics », *Contrats publics*, 179, septembre 2017, coll. « Le moniteur ».

³²⁵ H. PIELBERG, « Fasc. 180 : SOUS-TRAITANCE du 08/04/2014 mis à jour 05/06/2017 »..., *op. cit.*

³²⁶ C.Cass. 3e civ., 3 déc. 1980, n° 79-13.219

³²⁷ C. LAJOYE, *Droit des marchés publics 6e édition...*, *op. cit.*, p.470.

³²⁸ *CODE CIVIL 21 MARS 1804 - LIVRE III : Manières dont on acquiert la propriété TITRE VI à XIII Section III Des devis et des marchés Article 1798...*, *op. cit.*

³²⁹ Jean-Marc VERJUS, " L'action directe du sous-traitant en droit belge - une arme redoutable " - 02/02/2016 - <https://fr.linkedin.com/pulse/laction-directe-du-sous-traitant-en-droit-belge-une-verjus>.

Ensuite nous avons évoqué supra, l'obligation de sous-traiter qui était faite au titulaire du contrat d'entreprise quand le pouvoir adjudicateur l'exigeait. Face à cette obligation, le pouvoir adjudicateur est tenu comme seul responsable des actions du sous-traitant. De plus, le sous-traitant belge peut se pourvoir devant le juge contre le pouvoir adjudicateur lorsque l'entreprise titulaire du contrat initial ne l'a pas rémunéré. Cependant, la créance à « l'égard de l'entrepreneur doit être certaine et exigible³³⁰. »

Enfin, en Espagne, il est prévu à l'alinéa 8 de l'article 215 que les sous-traitants n'auront pas d'action directe devant (frente) l'administration pour les contrats conclus entre sous-traitant et titulaire principal, sous prétexte que ce contrat est une conséquence de l'exécution du contrat principal. Comme nous l'avons exposé supra ces relations produisent deux contrats indépendants l'un de l'autre. Dès lors, un sous-traitant ne pourra pas engager la responsabilité de l'administration. Mais il s'agit d'une interdiction d'espèce et non de principe car l'article 1597 du Code civil permet une telle action.

196. La loi sur la sous-traitance une loi de police. À défaut de disposer d'un corpus juridique commun, le juge judiciaire français se saisit de la loi relative à la sous-traitance et en fait une application extensive. En effet dans de nombreux contentieux, ce dernier a décidé d'appliquer les dispositions de cette loi à des contrats qui étaient régis par une toute autre loi. Dans un arrêt de la chambre mixte³³¹ de la cour de cassation, les juges ont estimé que la loi de 1975 qui est une loi d'ordre public était une loi de police au sens de l'article 3 du code civil et de la combinaison des articles 3 et 7 de la Convention de Rome de 1980. Dans une affaire de la chambre civile de 2008³³², la juridiction en est arrivée à la même conclusion, même si une société de droit belge, avait confié à une société de droit allemand des missions pour une unité de fabrication de panneaux de fibres située en France, que le titulaire initial avait sous-traité à une société de droit allemand. De plus le contrat entre la société belge et le titulaire du contrat était soumis à la loi Suisse. Face à un recours d'un sous-traitant contre le maître d'ouvrage délégué de droit français, le juge français de la chambre civile a considéré que la loi sur la sous-traitance étant d'ordre public et une loi de police, l'action en paiement direct des sommes restantes, était applicable. De cet exemple il ne faut pas en retenir l'action directe en paiement car ces marchés sont de droit privé. Mais il faut retenir une possible application de cette loi à des contrats de droits étrangers. Cette jurisprudence est possiblement transposable en droit administratif. Cependant une limite à ce caractère a été mis en avant par la Cour de cassation³³³. En effet, cette loi est de police « qu'en tant qu'est concernée la construction, la réfection ou la préservation d'un immeuble situé en France ; qu'en retenant que cette loi devait être regardée comme une loi de police, en tant qu'elle

³³⁰ Appel Bruxelles, 22 mai 2007, *Entr. et dr.*, 2008, p. 65 in " La relation entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage : Actualités du droit belge », <https://www.actualitesdroitbelge.be/droitimmobilier/construction/la-sous-traitance-dans-le-domaine-de-la-construction/la-relation-entre-le-sous-traitant-et-le-maitre-de-l-ouvrage>.

³³¹ *Cour de cassation, Chambre mixte, 30 novembre 2007, 06-14.006, 2007;*

³³² Voir également en ce sens *Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 30 janvier 2008, 06-14.641, 2008.*

³³³ *Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 27 avril 2011, 09-13.524, 2011.*

protégeait les intérêts d'un prétendu sous-traitant (...), la Cour d'appel a violé les textes. » Elle peut être considérée de police également que si « son observation est cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État du juge saisi. » En Espagne cette question s'est posée. Toutefois l'action directe n'a pas été considérée comme une loi de police³³⁴.

Tableau récapitulatif :

| Pays | Paiement direct | Limite à la sous-traitance | Responsabilité du pouvoir adjudicateur |
|-----------------|---|--|--|
| Belgique | <ul style="list-style-type: none"> • Pas de disposition relative au paiement direct. | <ul style="list-style-type: none"> • Article 12/3 § 1 : Ne concerne pas les relations entre le titulaire du contrat et le sous-traitant mais uniquement que les relations entre un sous-traitant et un autre. | <ul style="list-style-type: none"> • Article 12/1 §. 4 de l'arrêté royal du 22/06/2017 oblige les pouvoirs adjudicateurs à mentionner ces possibles recours dans les documents du marché. • Voir également l'article 1798 Cciv belge en cas de non-paiement du titulaire du contrat. |
| Espagne | <ul style="list-style-type: none"> • Disposition additionnelle cinquante de la LCSP. • Paiement direct conditionné aux conditions de cette disposition. • Toutefois mécanisme de la loi 3/2004 s'applique dans les relations entre | <ul style="list-style-type: none"> • Le TRLCSP fixait une limite maximale de 60%. • La LCSP a supprimé ce seuil. | <ul style="list-style-type: none"> • Pas d'action directe. |

³³⁴ Abogados Alfredo García López y Ana Conde de Cossío Toyos, « TRÁFICO. Posicionamiento judicial sobre la acción directa en el transporte ¿doble pago del cargador principal? », *Abogado en Oviedo*, 20 avril 2018, <http://www.alfredogarcialopez.es/trafico-13/>.

| | | | |
|---------------|--|---|---|
| | titulaire du contrat et sous-traitant. | | |
| France | <ul style="list-style-type: none"> • Article 135 du décret marchés publics. • Contrats supérieurs à 600 euros HT. • Envoie de cette demande au Pouvoir adjudicateur et au titulaire du contrat. | <ul style="list-style-type: none"> • Interdiction de sous-traiter : Issu du code des marchés publics de 2001. La possibilité de sous-traiter 99% du contrat est la limite actuelle et abstraite. Dans l'ancien code elle était de 95%. | <ul style="list-style-type: none"> • Action autorisée. du sous-traitant qui ne bénéficie pas du paiement direct quand l'entreprise titulaire ne la paie pas. |

La sous-traitance est l'exemple même d'une disposition qui possède plusieurs degrés d'influence. Il a été démontré qu'au sein même de l'article 71 de la directive certains paragraphes étaient d'harmonisation optionnelle d'autre minimale et enfin les lois de transpositions ont pu indiquer que cet article revêtait une forme d'harmonisation partielle. Ces notions sont parfois interprétées largement. Cela conduit à de nombreuses confusions.

Cette confusion est encore plus présente lorsque nous mettons en parallèle certaines dispositions harmonisatrices et celles de coordination. C'est ce que l'on tentera de démontrer en mettant en avant par la même les dispositions qui ont une visée coordinatrice.

Section II : L'avenir incertain de la gradation coordination / harmonisation

Il apparaît que les documents officiels de même que la jurisprudence utilisent la notion de coordination pour qualifier la directive. Or il a déjà été mis en évidence qu'à l'intérieur même de ce texte, plusieurs degrés de transposition sont possibles. Dès lors il conviendra de voir en quoi la directive 2014/24/UE a une portée coordinatrice (paragraphe I). Toutefois face à ces dispositions qui pourraient être qualifiées comme telles, la jurisprudence tend parfois à mélanger différentes qualifications conduisant à un affaiblissement de la pertinence de cette notion (paragraphe II).

Paragraphe I : La faible présence de la coordination dans la directive

La coordination est une notion différente de celle d'harmonisation. Son étude est indispensable (A) pour comprendre les raisons qui ont conduit le législateur européen à privilégier l'harmonisation à la coordination. (B).

A - L'origine de la coordination : une définition distincte

197. Définition de la coordination. La coordination est une notion qui revêt plusieurs facettes et qui a été définie de nombreuses manières. En tant que définition principale nous pouvons retenir celle qui voit en la coordination, la situation « dans laquelle les droits nationaux demeurant ce qu'ils sont, le droit communautaire n'intervient qu'au plan de leurs effets pour les coordonner au bénéfice de sujets de droit susceptible de relever de plusieurs d'entre eux Montchrestien³³⁵. » Finalement l'idée de la coordination n'est pas tant d'influer sur la lettre d'une disposition, mais plutôt d'innover les effets de celle-ci vers une direction commune. Le but est d'assurer une meilleure intégration de certaines activités au marché intérieur et de supprimer les restrictions aux libertés d'établissement et de circulation. Dès lors il faut comprendre que la coordination « laisse les droits nationaux poursuivre leur finalité propre et vise seulement à réduire les effets négatifs que pourrait entraîner leur application isolée de toute considération extérieure³³⁶. » Aux vues de ces éléments et des intentions qui portent la directive marché public, il semblerait qu'une telle latitude soit un obstacle à la création d'un réel « marché des marchés publics. »

198. Présence de la coordination dans les anciens textes. Si les directives précédentes avaient pour ambition de coordonner les droits nationaux en la matière, leur portée était plus faible que la présente. Il est vrai que dès les directives de 1971, ces dernières ont été conçues comme des instruments de coordination³³⁷. Il paraît superfétatoire de s'arrêter sur toutes ces directives mais contentons-nous de rappeler que la directive 2004/18 avait également pour ambition de qualifier cette directive de coordination.

³³⁵ J. BOULOUIS « Droit institutionnel des communautés européennes ». 6^e édition Montchrétien, 2000, P. 253. in M.-C. PUJOL-REVERSAT, *Contribution à l'étude de l'harmonisation technique communautaire : l'exemple des véhicules à moteur...*, op. cit.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ CJCE 20/11/1988 *Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas Affaire 31/87...*, op. cit, point 9.

199. Une directive qualifiée de coordination. Le premier considérant de la directive énonce que « des dispositions nationales devraient être élaborées pour coordonner les procédures nationales de passation de marches (...). » Si nous nous en tenons aux définitions visées supra, il semble que pour la réalisation d'un marché commun, le fait de coordonner des procédures soit incompatible. On peut donc douter d'une qualification générale devant être appliquée à la directive. Puis il semblerait que le juge français se permette également de suivre cette logique quand bon lui semble. En témoigne la décision concernant la transposition des services juridiques en France qui a été traitée³³⁸. Toutefois nous pouvons accepter que certaines dispositions aient pour objectif une coordination. Cela peut être trompeur pour les juridictions nationales. Cela l'est d'autant plus que dans une décision Lombardini et Mantovani de 2001³³⁹, les juges ont admis 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. » Cependant, les juges dans cette affaire ajoutent que cette directive « ne prévoit pas un régime complet de règles communautaires en la matière. » C'est cet élément qui fait toute la différence entre les anciennes directives et la nouvelle. Retenir une telle définition de la coordination et l'appliquer à la directive est donc étonnant, en ce que l'objectif est de promouvoir « un équilibre de rapports » entre « des normes ou des systèmes juridiques qui peuvent rester complètement différents³⁴⁰. » Or la directive, comme nous l'avons mis en avant, contient des normes d'harmonisation maximale qui doivent être identiques dans tous les États membres.

200. L'objet des mesures de coordination. Finalement le but d'une telle disposition est de laisser « les droits nationaux poursuivre leur propre finalité et vise seulement à réduire les effets négatifs que pourrait entraîner leur application isolée de toute considération extérieure. » À travers ces dispositions il est reconnu aux États la possibilité de laisser subsister des différences³⁴¹. De plus nous pourrions critiquer l'application de ce terme en l'espèce. Comme cela ressort de la logique de la jurisprudence Pietro Pinna³⁴², une directive qui prévoit de coordonner ces dispositions ne doit pas en contenir certaines qui seraient d'harmonisation. Comme l'a interprété Madame PUJOL-REVERSAT, « le fait en outre, pour la Cour de refuser toute confusion entre ces deux concepts, de leur reconnaître des effets juridiques particuliers, corrobore ce raisonnement. » Dans cette perspective, il faut rappeler

³³⁸ Conseil d'État, 7ème - 2ème SSR, *le Conseil national des barreaux, la Conférence des bâtonniers et l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, 393589, du 09/03/2016..., *op. cit.*

³³⁹ CJCE 27/11/2001 *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni et ANAS - Ente nazionale per le strade, Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA* aff C-285/99, *et entre Impresa Ing. Mantovani SpA et ANAS - Ente nazionale per le strade, Ditta Paolo Bregoli* aff C-286/99,.

³⁴⁰ M. D. VAN LIEDEKERKE « harmonisation (des législations) » dictionnaire juridique des Communauté européennes, *Presses Universitaires de France*, 1993. P.556. *in* M.-C. PUJOL-REVERSAT, " Contribution à l'étude de l'harmonisation technique communautaire : l'exemple des véhicules à moteur "..., *op. cit.*, p.43.

³⁴¹ CJCE 15 janvier 1986 - *Pietro Pinna contre Caisse d'allocations familiales de la Savoie* c-41/84, 1986.

³⁴² *Ibid.*

que le fait de désigner une directive comme de coordination dans le considérant ou dans son intitulé n'est en rien contraignant.

Dans cette perspective il faut faire la différence entre les dispositions qui ont vocation à coordonner et la directive qui a une finalité coordinatrice. À la lecture de la proposition de la directive, on relève que celle-ci « porte sur un domaine dans lequel la législation adoptée par l'Union a une finalité de coordination (...). Nonobstant cette finalité de coordination, nombre de dispositions prévoient une harmonisation totale et de multiples obligations légales. » Dès lors, il est explicitement indiqué que ce n'est pas le fond de la directive qui contient des dispositions ayant cette ambition de coordonner mais ce sont les effets qui sont coordonnés.

Dès lors, s'il a été démontré tout au long du devoir les dispositions qui ont vocation à harmoniser les droits nationaux, nous verrons à présent de quelle manière la directive 2014/24/UE contient des éléments qui coordonnent ces législations. Pour cela nous allons nous baser sur les définitions qui ont été utilisées supra.

B - Le faible effet des dispositions couvertes par la coordination

Si nous nous arrêtons sur les définitions qui ont été précisées supra, la directive serait de coordination uniquement dans ses effets. Dès lors, il faudrait que les conséquences des dispositions soient de coordination. Finalement nous pourrions penser de droit que les mesures de coordination doivent aller dans le sens des politiques économiques et sociales que la directive souhaite insuffler. De ce fait, à la manière de l'insertion des PME dans les marchés publics qui a une valeur de coordination, coordination mise en œuvre par des mesures d'harmonisation, les préoccupations environnementales et sociales ont le même objectif.

La commission européenne voit dans les marchés publics un outil « au soutien d'objectifs sociétaux communs, par exemple protéger l'environnement, veiller à une meilleure utilisation des ressources et à une plus grande efficacité énergétique³⁴³(...)». Les objectifs environnementaux dans cette directive ne sont donc pas des moyens mais des finalités. Or les dispositions ayant une volonté de coordonner touchent aux finalités comme nous avons pu l'exposer. Cette idée découle également du considérant 37 de la directive. Les préoccupations environnementales sont déjà présentes dans les droits nationaux et internationaux. Dès lors, le considérant souligne que « les États membres et les pouvoirs adjudicateurs adoptent les mesures nécessaires » en la matière.

³⁴³ ADELPHI, Strategic Use of Public Procurement in Europe Final Report to the European Commission *MARKT/2010/02/C.*, *op. cit.*

Pour approfondir notre étude nous allons voir en quoi ces dispositions sont de coordination.

Pour cela il faut établir une distinction entre les critères d'attributions sociaux ou environnementaux et les conditions d'exécution poursuivant des objectifs sociaux ou environnementaux. Le premier est « un instrument de jugement » alors que l'autre est censé être rempli par tous les soumissionnaires.

Ces deux éléments guideront l'objet de notre recherche.

I - Les critères environnementaux et/ou sociaux

201. La position originelle. Les critères environnementaux ou sociaux sont considérés comme subjectifs. Les pouvoirs adjudicateurs disposent donc d'une large interprétation en la matière. Cette subjectivité était vue comme une source potentielle de discrimination et d'atteinte à la concurrence. Cependant, face à ces critères non économiques, la Cour de justice a fait évoluer sa jurisprudence. Il est désormais admis que ces éléments, sont autorisés « aux motifs qu'au-delà de leurs besoins ponctuels, les pouvoirs adjudicateurs poursuivent la réalisation de besoins d'intérêt général comme la sauvegarde de l'environnement ou de l'emploi³⁴⁴. » On note que le juge européen fait référence à la notion d'intérêt général pour qualifier ces préoccupations environnementales ou sociales. Cependant, la Cour a entendu encadrer l'introduction de ces critères par des conditions à remplir³⁴⁵. Pareillement, le juge français est peu enclin à accepter l'introduction de ces critères économiques ou sociaux³⁴⁶.

202. Des critères d'attributions environnementaux et/ou sociaux. Le considérant 92 de la directive autorise une pareille pratique. Cela est réitéré dans un considérant 97. D'ailleurs, il n'existe pas d'article spécifique à cette question dans la Directive. Cependant, en matière de critères d'attribution, il faut se référer à l'article 67. À sa lecture, on note que le pouvoir adjudicateur choisit l'offre économique la plus avantageuse et « peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix. » Or pour cela il est possible d'intégrer des enjeux environnementaux. Dès lors, l'enjeu environnemental est ici une fin déguisée, en ce que l'objectif est la détermination de la meilleure offre. Pour répondre à cet objectif les caractéristiques environnementales ou sociales peuvent être utilisées. En somme, ces éléments sont des facteurs favorables à la qualification d'offre économiquement la plus avantageuse. Par ce biais, l'objet principal est de répondre aux attentes du pouvoir adjudicateur tout en ayant

³⁴⁴ Ministre de la Fédération Wallonie-Bruxelles-Secrétariat général, « Syllabus - La réforme des marchés publics - Secteurs classiques - Première partie : La passation du marché - Septembre 2013 », p.157.

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ Nicolas CHARREL, « Ordonnance et décret marchés publics Commentés par Nicolas Charrel, avocat - Mise à jour 2017 » p.128 ; voir en ce sens CAA Douai, 29 novembre 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais*, req. n° 10DA01501

comme externalité positive le respect des conditions environnementales ou sociales. De plus, la coordination réside ici dans le caractère contraignant de cette disposition. L'intégration de ces critères ne sont pas des obligations mais des possibilités.

203. La transposition nationale de cette intégration. Les États étudiés n'ont pas entendu accorder le même effet aux critères environnementaux et / ou sociaux. En France, par exemple, l'article 62 paragraphe 2 alinéa 2 du décret marché public prévoit que le pouvoir adjudicateur peut, pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, par rapport au « critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. »

La France transpose correctement la directive en incluant une telle possibilité. Il en va de même pour l'Allemagne où les paragraphes 58 du VgV et 127 du GWB traduisent littéralement la disposition de la directive. En Belgique c'est l'article 81 de la loi qui transpose l'article 67 de la directive et en Espagne l'article 145 de la LCSP. Néanmoins alors que les autres États ont choisi la transposition de cette disposition dans un texte de valeur législative alors que les dispositions françaises sont essentiellement contenues dans un décret. Cela est source davantage en cas de modifications éventuelles de ce texte. Néanmoins la sécurité juridique d'un décret étant inférieure à celle de la loi on peut s'interroger sur ce choix.

La loi espagnole a toujours considéré les aspects environnementaux et sociaux comme des fins. La passation des marchés dans cette logique n'est pas une fin en soi mais doit être vue comme une possibilité ou un instrument juridique (*herramienta jurídica*) au service des pouvoirs publics pour le développement effectif de ses fins ou ses politiques publiques³⁴⁷

204. Des critères en lien avec l'objet du marché. Tout d'abord, il faut relever que ces critères environnementaux ou sociaux doivent être en lien avec l'objet du marché ou les conditions d'exécution du marché. À cet égard, le décret innove, puisque, l'ancien code des marchés publics faisait uniquement référence à l'objet du marché. Cette modification se fait le témoignage d'une plus grande souplesse d'appréciation de ces critères, ce qui est bénéfique à ceux environnementaux et sociaux. Parmi les États étudiés, la France est la seule à étendre la conformité des critères d'attributions à ces deux éléments. La jurisprudence administrative a une conception stricte de la notion d'objet du contrat. Cependant aux vues des différentes formulations nous pouvons penser qu'« il s'agit donc (...) d'une conception large de l'objet du marché excluant de se cantonner à la seule nature de la prestation ou produit acheté. »

³⁴⁷ « Informe 1/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón » p.3.

L'Allemagne dans son paragraphe 127 al 3 GwB fait uniquement référence à l'objet du contrat (subject matter of the contract). Il en va également de même pour la Belgique et l'Espagne. La directive, définit, à l'alinéa 3 de sa disposition les conditions dans lesquelles « les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché. » Il existe donc une présomption légale d'existence « d'un lien entre ces obligations et l'objet du contrat. » Cette disposition laisse paraître des similarités entre les États étudiés qui ne comportent aucune complexité. Il faut seulement comprendre que le fait de représenter ces préoccupations environnementales et/ou sociales en critères, donne aux pouvoirs adjudicateurs le pouvoir de mener des politiques environnementales subjectives.

En Belgique, l'introduction de clauses sociales était obligatoire « pour les marchés publics de travaux ou de construction ou de rénovation des bâtiments » lorsque le seuil était supérieur à 1,5 million d'euros. Cependant en Wallonie, une circulaire du 21 juillet 2016³⁴⁸ est venue modifier cela et a obligé l'insertion de ces clauses dès le franchissement du seuil de 1 million d'euros. Il aurait été imaginable de prévoir de telles obligations en droit français. D'une part cela oblige les opérateurs économiques au respect de ces conditions et d'autre part l'impact concurrentiel est amoindri en ce sens que cela ne concerne que les marchés publics de travaux et supérieurs à 1.000.000 d'euros.

L'Espagne va encore plus loin en prévoyant que ces considérations écologiques et sociales doivent être intégrées dans des critères de manière systématique et obligatoire (de manera transversal y preceptiva³⁴⁹). Il est donc dommageable que la France se soit limitée à ne retenir qu'une version minimale de la directive.

205. Une exclusion basée sur le non-respect de ces préoccupations. La proposition de la directive évoquait la possibilité pour un pouvoir adjudicateur d'exclure un opérateur économique de la procédure « s'il constate une infraction aux obligations consacrées par la législation de l'Union dans le domaine du droit social, du droit du travail ou du droit de l'environnement³⁵⁰(...) ». Dans le même sens, elle suggère le contrôle du respect de ces dispositions du droit environnemental social et du travail aux stades pertinents de la procédure de passation de marché.

Dans cette perspective, la directive prévoit à l'article 57 que les pouvoirs adjudicateurs peuvent « exclure ou être obligés par les États membres » d'exclure un opérateur économique qui aurait manqué aux obligations de l'article 18 paragraphe 2. Dès lors, la directive range le non-respect de ces obligations dans le champ des exclusions facultatives.

³⁴⁸ *Circulaire du 21 juillet 2016 marchés publics. - Insertion de clauses sociales dans les marchés publics. Obligation d'insérer des clauses sociales dans les marchés publics de travaux (bâtiments) > € 1 million H.T.V.A.*

³⁴⁹ *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014...*, op. cit, art 3-1.

³⁵⁰ *Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur la passation des marchés publics, 20.12.2011 COM(2011) 896 final.*

Parallèlement, les textes de transposition ont mis en place un système d'exclusion en cas de non-respect des conditions évoquées. Ce principe traduit la volonté d'intégrer ces préoccupations au cœur des marchés publics. L'article 59 du décret qui traite par exemple de l'examen des offres, indique à propos des offres irrégulières, que ce sont celles qui ne respectent pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elles sont incomplètes, ou qu'elles méconnaissent la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.

En Belgique, l'article 66 de la loi de transposition dispose que, si un pouvoir adjudicateur constate que l'offre d'un soumissionnaire ne respecte pas les conditions environnementales et sociales, il décide de ne pas lui attribuer le marché. De plus il est possible d'exclure cet opérateur pour non-respect des conditions environnementales ou sociales selon l'article 69 de la loi belge. C'est une exclusion facultative qui suppose donc l'application du principe de proportionnalité avant de prendre une décision d'exclusion. D'ailleurs cette idée selon laquelle l'exclusion est obligatoire, mais soumise à une étude de son admissibilité, découle d'un Guide belge³⁵¹ où les pouvoirs adjudicateurs fédéraux « s'engagent à envisager la possibilité d'écarter l'offre du soumissionnaire auquel ils se proposent d'attribuer lorsque cette dernière ne respecte pas le droit environnemental (...) et que ladite violation n'est pas sanctionnée pénalement. » Cette exclusion peut être réalisée « à tout moment de la procédure. »

Cependant il faut différencier la violation des obligations pénales et non pénales. Les premières sont facultatives et a contrario les secondes obligatoires.

Toutefois comme cela déjà été rappelée, une exclusion facultative est tout de même obligatoire. La différence réside en ce que la première doit être soumise au principe de proportionnalité alors que la seconde non. Dès lors, l'article 66 de même que l'article 69 invoquent un principe d'exclusion obligatoire soumise à étude de proportionnalité quand elle n'est pas pénale, et automatique quand elle va contre une disposition pénale. Il est par exemple nécessaire de s'attarder sur les dispositions du Code pénal social belge. Cependant seules les dispositions de deuxième, troisième et quatrième catégorie sont soumises à une exclusion obligatoire. Les violations de premier niveau sont seulement sanctionnées par des amendes administratives et ne sont donc pas concernées³⁵². L'attribution d'un salaire horaire inférieur à la législation est par exemple sanctionné pénalement³⁵³ / En Belgique le salaire horaire minimum n'est pas uniforme et dépend de la catégorie professionnelle. Par exemple dans le secteur de la construction il est de 14 euros³⁵⁴.

³⁵¹ « Guide : Lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions »..., *op. cit.*

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ Article 162 Code pénal du 8 juin 1967, p. 3133.

³⁵⁴ « Guide : Lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions »..., *op. cit.*, p.6.

Si les États ont prévu des dispositions promouvant un respect des conditions environnementales et sociales, il semble que les conditions d'exécution sont aussi encadrées en la matière. Là encore les dispositions se font le témoignage d'une ambition de coordination sur ces matières.

II - L'appréhension des préoccupations environnementales et sociales dans les conditions d'exécution du marché

206. Le principe tel qu'issu de la directive. Le principe est évoqué au considérant 97 d) la directive qui autorise les pouvoirs adjudicateurs à intégrer des considérations environnementales et sociales dans les conditions d'exécution du marché. Cela est réitéré par l'article 18.2 de la directive où l'obligation incombe aux États membres de prendre « les mesures appropriées pour veiller à ce que, dans l'exécution des marchés publics les opérateurs économiques » se conforment à ces règles. Quant aux pouvoirs adjudicateurs, l'article 70 leur accorde la possibilité de prévoir des conditions particulières pouvant « prendre en compte des considérations relatives (...) à l'environnement, au domaine social. »

L'article 38 de l'ordonnance marchés publics prévoit que les « conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement au domaine social (...) à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché. »

En Espagne le principe est transposé à l'article 201 de la LCSP qui oblige les pouvoirs adjudicateurs à prendre les mesures pertinentes. Les moyens pour y parvenir sont présentés à l'article 202. A cet article, les rédacteurs ont indiqué toute une liste de moyens. Cette liste n'est pas exhaustive. Mais ce qui est intéressant en la matière contrairement au système français est que tout d'abord, les conditions d'exécution dans le système espagnol sont prises conformément à l'objet du marché au sens de l'article 145. La loi espagnole modifie sa perception car la précédente disposition faisait référence à l'objet du marché et les juges espagnols en avaient une stricte interprétation. La disposition française de l'article 38 fait uniquement référence à l'objet du marché. Or si les juges tendent à accorder une interprétation de plus en plus large, il aurait été intéressant pour faciliter une meilleure appréhension des conditions environnementales et sociales à travers les conditions d'exécution, d'utiliser une référence similaire à celle espagnole. À ceci, en matière de conditions d'exécution, la loi espagnole prévoit à l'alinéa 2 du paragraphe 1 de cet article, que dans tous les cas, il faudra établir dans les plis de clauses administratives particulières, au moins une des conditions spéciales d'exécutions parmi celles énumérées. Néanmoins quatre conditions doivent être respectées :

- Cela est possible. Pour autant que cela soit lié à l'objet du contrat.
- Que de telles conditions ne soient pas directement ou indirectement discriminatoires.
- Que ces conditions sont compatibles avec le droit européen.

- Que de telles conditions soient indiquées dans l'avis de passation.

Il aurait donc été intéressant que la loi française prenne exemple sur celle espagnole. Cela aurait obligé les pouvoirs adjudicateurs à insérer des clauses environnementales.

Concernant la transposition belge, le principe découle de l'article 7 qui impose aux opérateurs économiques, de respecter le droit environnemental social et du travail. Si les obligations sociales et en droit du travail existaient, c'est la première fois que la loi belge fait référence à des obligations environnementales³⁵⁵. Son emplacement à cet article est intéressant. Alors que dans la loi de 2006, ces obligations étaient consignées dans le chapitre 5 relatif aux conditions d'exécution, sa place actuelle permet de soumettre ces obligations à toutes les dispositions de la loi. D'ailleurs cette disposition indique que ces obligations doivent être respectées à quelque stade que ce soit. Plus spécifiquement il faut se référer à l'article 87 de la loi pour que soit explicitement mentionnées les considérations relatives à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi.

La loi espagnole paraît donc plus stricte en la matière d'intégration.

Toutefois un instrument existe dans l'arrêté belge et mérite attention. En effet, figurait à l'article 14 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 que, le pouvoir adjudicateur peut indiquer « dans les documents du marché auprès de quels organismes les soumissionnaires peuvent obtenir les informations pertinentes sur les obligations relatives à (...) la protection de l'environnement, à la protection du travail et aux conditions de travail en vigueur (...) ». Ce faisant les soumissionnaires devront déclarer dans leur « offre que lors de l'élaboration de celle-ci ils ont tenu compte des obligations relatives à la protection du travail (...). » C'est donc une manière de contrôler les opérateurs économiques et d'éviter toute forme de détournement. Cette idée est intéressante et il serait opportun de s'en saisir. Cela garantit la protection des règles environnementales et sociales et donc participe à l'effort de coordination qui est engagé.

Concernant l'Allemagne, le défaut de traduction rend encore une fois le travail de comparaison moins efficient. Il faudra s'en tenir aux paragraphes 127 du GWB et 58 du VgV qui ont déjà été évoquées supra. Cependant, à défaut de pouvoir étudier les textes réglementaires de transposition il a été possible de relever quelques informations pratiques. Le caractère fédéral de nombreuses conséquences. Face à la dissension politique entre le SPD (Sozialdemokratische Partei Deutschlands) et la CDU (Christlich Demokratische Union Deutschlands) les rédacteurs ont décidé de ne pas créer une obligation d'intégration des considérations environnementales et / ou sociales mais plutôt de permettre aux autorités infra-fédérales de les utiliser de manière volontaire. On note là aussi que ces dispositions revêtent bien un caractère coordinateur. L'idée est de considérer ces préoccupations comme une des finalités des marchés publics. De ce fait les États ont une large marge de manœuvre. L'Allemagne

³⁵⁵ *Exposé des motifs - Projet de loi relatif aux marchés publics du 04/01/2016...*, op. cit, p.21.

n'est donc pas une grande promotrice des intérêts environnementaux et sociaux. Cela découle de certains exemples que l'on peut citer. Il existe donc un droit social fédéral et un droit social spécial des Länder appelé *Sonderrechtsénat*³⁵⁶. Dès lors, ces différences engendrent des incertitudes juridiques qui affaiblissent la participation des PME aux marchés publics. De même le respect de ces considérations sera respecté en parcimonie. Cela va donc contre l'idée d'harmonisation et davantage vers celle de coordination.

En somme, il découle de tout ce qui précède que, les mesures environnementales et sociales sont des outils mis en œuvre pour garantir le respect des politiques européennes et nationales. Les États n'ont pas de consignes définitives, exceptées celles relatives aux sanctions et des exclusions même si le droit allemand en la matière ne laisse pas transparaître de grandes pénalités en la matière. Finalement les États doivent prendre les mesures qu'ils estiment appropriés pour garantir les dispositions relatives au droit européen. De plus les droits en cette matière sont différents. Le droit français environnemental est plus protecteur que celui allemand ou espagnol, ce qui n'empêche pas les dispositions espagnoles de la LCSP d'être plus protectrices.

Ces mesures ont des conséquences sur les PME. En effet, elles peuvent permettre leurs insertions si certaines d'entre elles sont innovantes sur ces points comme elles peuvent les exclure. Cependant les transpositions françaises constituent un bon compromis entre protection et liberté. Néanmoins on peut tout de même préférer la précision espagnole de même que son étendue qui permet une meilleure intégration de ces préoccupations.

Si ces éléments ont une vision coordinatrice, il n'en reste pas moins que toutes les distinctions qui viennent d'être étudiées sont en perte de vitesse. En effet, les textes, de même que la jurisprudence tendent à réunir les notions de coordination et d'harmonisation.

Paragraphe II : Une obsolescence en cours de la coordination

Les dispositions dont l'objectif est d'assurer une coordination sont minoritaires dans la directive. En raison des objectifs confiés à la discipline des marchés publics, ces derniers ont opté pour l'harmonisation. Cependant, lorsque le fond de la notion de coordination est étudié, il apparaît que les juridictions et les rédacteurs tendent à mêler ce principe avec d'autres. Pour illustrer ce propos, l'exemple de la directive recours est à développer (A). Vu ce contexte et les ambitions des institutions européennes, il serait nécessaire de développer de nouvelles techniques. Ainsi, faudrait-il davantage encourager les juges nationaux à collaborer et pourquoi pas, utiliser le droit comparé (B).

³⁵⁶ « Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME - IV. Compte rendu du déplacement de quatre membres de la mission en Allemagne (3-4 septembre 2015) ».

A – L’entretien d’un contexte définitionnel brumeux

La vision de la Cour. Une décision de la Cour de justice de l’Union Européenne présentait la directive recours comme une directive d’harmonisation minimale mais dont « le but (...) est de coordonner les dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l’application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics³⁵⁷ ». Nous aurions pu prendre l’exemple de certaines dispositions de la directive 2014/24/UE. Pour autant en se saisissant de l’exemple de la directive recours, nous faisons face à une directive entière qui est qualifiée d’harmonisation minimale et non pas seulement certaines dispositions. En outre, il ne peut pas être étudié tous les recours contentieux en la matière. L’objet de ce mémoire n’étant pas de réaliser une étude comparée du contentieux des marchés publics, il semblait plus opportun de se concentrer sur une voie de recours. Le choix du référé précontractuel semble le plus évident en ce que c’est le premier recours qui s’offre aux opérateurs économiques qui souhaiteraient mettre fin à une violation des droits avant la conclusion du contrat. C’est aussi à ce moment que ces derniers ont le plus de chance de supprimer tous les vices existants. De plus c’est une procédure qui d’un point de vue numéraire est supérieure à toutes les autres et qui offre le plus de chances d’accès aux PME en rétablissant les droits antérieurs.

Comme cela a pu être esquissé, l’harmonisation minimale et la coordination possèdent des définitions distinctes. Pour autant les juges se sont permis de faire ce rapprochement. S’il est possible de fusionner certaines techniques comme l’harmonisation partielle et optionnelle, cela reste dans le cadre de l’harmonisation.

207. Une directive d’harmonisation minimale. Cette directive recours qui fait suite à deux précédentes directives, intervient pour garantir aux participants à un marché public, un recours effectif pour protéger leurs droits. Comme cela a été mainte fois rappelé, le droit à un recours effectif est un principe général du droit³⁵⁸. Pour autant, il semblerait, contrairement à l’affirmation du premier considérant de la directive recours³⁵⁹, que, ces dispositions soient d’harmonisation minimale. En effet, si parfois sont énumérées des conditions limitatives à respecter la majorité des dispositions fixes des conditions minimales. En ce sens, le considérant 5 souligne par exemple, que la directive fixe uniquement des délais de suspension minimaux. « Les États membres ont la faculté d’instaurer ou de

³⁵⁷ CJCE 8 septembre 2016 *Marina del Mediterráneo SL e.a. contre Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía e.a.*, Aff C-391/15 considérant 38.

³⁵⁸ *Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l’efficacité de la directive 89/665/CEE et de la directive 92/13/CEE, telles que modifiées par la directive 2007/66/CE, en ce qui concerne les procédures de recours dans le domaine des marchés publics - 24/01/2017 COM(2017) 28 final.*

³⁵⁹ *Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil 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.*, 2007, vol.OJ L.

maintenir des délais supérieurs à ces délais minimaux. » Comme la directive régit majoritairement (pas uniquement) le cas des délais de recours, il est fortement possible d'en déduire qu'elle est d'harmonisation minimale en ce qu'elle répond aux conditions esquissées dans les développements précédents. De plus l'intention des rédacteurs est de renforcer l'efficacité « des recours nationaux » en promouvant la voie du référé. Dans cette perspective, plus les délais sont longs, plus les requérants ont de chance d'introduire ces recours. Or la directive fixe des délais planchers et les États ne peuvent qu'en proposer des supérieurs. Ainsi, cela promeut davantage le recours au référé et donc cela va dans la perspective des rédacteurs. Dès lors l'intention des rédacteurs est de considérer ces dispositions comme harmonisation minimale. Dans cette perspective, le rapport de la Commission européenne relative à cette directive³⁶⁰, met en avant que « l'objectif de ces directives (recours), est de veiller à ce que, sur la base de critères de recours minimaux fixés à l'échelle de l'Union, les opérateurs économiques aient accès, partout dans l'Union, à des procédures rapides et efficaces (...). » Dès lors, l'idée est bien de fixer des conditions minimales que les États peuvent modifier mais sans aller contre l'objectif mentionné. D'ailleurs le même rapport va dans ce sens en faisant référence au « niveau minimal d'harmonisation garanti par les directives recours ».

208. Exclusion de l'idée de coordination. La coordination intervient sur les effets. Ici on évoque bien l'ouverture des recours aux plus grand nombre. Cependant les dispositions n'évoquent pas seulement les effets mais fixent des conditions minimales à respecter. Cette directive régit aussi bien les moyens que les effets.

209. Les mesures de transposition. Les États nous intéressant ont là encore transposé utiliser des outils différents pour transposer cette directive. La France a préféré la voie de l'ordonnance³⁶¹ et du décret³⁶², alors que l'Allemagne³⁶³, l'Espagne³⁶⁴ ont préféré la voie législative.

³⁶⁰ *Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'efficacité de la directive 89/665/CEE et de la directive 92/13/CEE, telles que modifiées par la directive 2007/66/CE, en ce qui concerne les procédures de recours dans le domaine des marchés publics - 24/01/2017 COM(2017) 28 final..., op. cit.*

³⁶¹ *Ordonnance No 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.*

³⁶² *Décret No 2009-1456 du 27 novembre 2009 relatif aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.*

³⁶³ *Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts.*

³⁶⁴ *Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.*

Concernant la Belgique cette directive a fait l'objet d'une transposition tout d'abord législative³⁶⁵, complétée par la suite par un arrêté royal³⁶⁶.

210. L'environnement juridique de ce recours. En France, comme nous l'avons déjà mentionné, les marchés peuvent être des contrats administratifs, et donc soumis au droit public, s'ils relèvent de l'ordonnance marché public et sont « passés » par des personnes morales de droit public. Dans la majorité, tel sera le cas. Les règles en la matière ne seront donc pas celles de droit commun. En Belgique comme cela a déjà été présenté, ces marchés peuvent être de droit public comme de droit privé et il en va de même en Espagne, où la LCSP énonce les contrats qui seront de droit privé. Le droit public semble donc le principe et le droit privé l'exception.

En Allemagne, ce marché sera de droit privé et la part de droit administratif est réduite. Cela est lié au fait que l'administration est soumise au droit privé lorsqu'elle agit comme une personne privée. Si pour les marchés au-dessus des seuils, la GWB et le VgV ont prévu des règles spécifiques, pour les marchés en deçà des seuils c'est le code civil allemand qui s'applique. Si cette division a été critiquée en Allemagne, le juge constitutionnel fédéral³⁶⁷ a pour autant considéré que, bien qu'existe un principe d'égalité devant la loi, cette division est acceptable en ce que « les économies ainsi réalisées et la sécurité juridique pour l'entreprise gagnant est légitime, et ne porte pas une atteinte démesurée et injustifiable au principe d'égalité³⁶⁸ ». Il faut donc retenir selon les juges que le droit civil est suffisant pour protéger les concurrents. A ceci s'ajoute l'idée que, ces marchés publics étant des contrats de droit privé, le principe *pacta sunt servanda* s'applique et donc, « le respect des règles de passation n'est conçu comme condition de validité de l'acte qui résulte de cette passation³⁶⁹. » Le risque est que l'invocabilité de certains moyens auront une moindre effectivité devant le juge civil.

211. Des organes administratifs en guise de tribunaux. Ces différents états de droit ont des conséquences sur la juridiction à saisir. Comme cela a été mis en exergue précédemment, les États étudiés ont des systèmes juridiques en matière de marchés publics différents. Il semble dès lors pas opportun de les rappeler. Indiquons tout de même que l'Allemagne et l'Espagne ont fait le choix de créer des organismes, des autorités qui ne sont pas des juridictions classiques à proprement parler mais qui peuvent être qualifiés de tribunaux. Les décisions qui sont rendues sont contraignantes. En matière de recours précontractuel, il faudra que les requérants saisissent tout d'abord ces cours en Espagne et

³⁶⁵ *Loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.*

³⁶⁶ *SERVICE PUBLIC FEDERAL CHANCELLERIE DU PREMIER MINISTRE — 10 FEVRIER 2010. — Arrêté royal modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.*

³⁶⁷ *Leitsatz zum Beschluss des Ersten Senats vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03.*

³⁶⁸ Hanna SCHRÖDER et Ulrich STELKENS, « Le contentieux des contrats publics en Europe », *Revue française de droit administratif*, p. 16, coll. « Dalloz ».

³⁶⁹ *Ibid.*

en Allemagne. Il aurait été intéressant que la France puisse créer de tels organismes. Si dans le cas de l'Allemagne cela peut être justifié car le juge applique des règles en matière de marchés publics qui sont différentes pour les contrats au-dessus des seuils, cela n'est pas forcément le cas en Espagne. Dès lors il aurait été possible que la France se dote de ces organismes. Cela déchargerait les tribunaux administratifs de certains contentieux en matière de marchés publics et accélérerait le traitement des dossiers. L'ambition de cette directive recours étant entre autres de réduire le délai de recours, ces organes auraient pu permettre la réalisation de tels objectifs. Cela n'apporterait pas de grands bouleversements. Le tribunal du commerce français est par exemple une forme de cette émanation. Ici il conviendrait de suivre les exemples espagnols et allemands et de nommer des juges à la cour de ces organismes administratifs.

212. L'exposé des différentes procédures. Il découle de ce qui vient d'être exposé que le référé précontractuel et ses équivalents nationaux sont différents. En France, le référé précontractuel est encadré par l'article L 551-1 du Code de justice administratif³⁷⁰ (CJA). C'est un recours prévu « 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 (...). Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. » Ce recours est donc limité matériellement. En Allemagne, une action à la fin de la procédure de passation étant inconcevable³⁷¹, l'équivalent du référé précontractuel consiste en « une simulation d'une prolongation de la procédure de passation au-delà de la signature du contrat.³⁷² » Dès lors c'est une fiction juridique qui permet un recours après la procédure de passation tout en la considérant comme toujours en cours. Cette action tend à « empêcher la conclusion d'un contrat en violation de ces dispositions³⁷³. »

En Belgique ce recours est une demande dite de suspension qui vise « à voir neutraliser les effets de la décision d'attribution et, le cas échéant, d'autres décisions prises dans le cadre de la procédure³⁷⁴ (...) ». Devant le Conseil d'État, cette demande de suspension prend la forme d'une procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire d'une procédure de référé ordinaire. La première est régie par l'article 65/15 de la loi de transposition qui renvoie à l'article 17 § 4 de la loi sur le Conseil d'État de 1973. Cette disposition permet l'introduction d'une demande de suspension alors même qu'un recours en introduction n'a pas été réalisé. Toutefois, il semble nécessaire, selon l'alinéa 3 de ce paragraphe d'introduire une requête en annulation par la suite, faute de quoi, cette suspension sera immédiatement levée. Concernant le référé ordinaire, il est réalisé selon les conditions de l'article 584

³⁷⁰ *Code de justice administrative - Article L551-1 - 19/08/2015*, vol.L551-1.

³⁷¹ H. SCHRÖDER et U. STELKENS, « Le contentieux des contrats publics en Europe »..., *op. cit.*

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ David RENDERS, « Le contentieux des contrats publics en Europe - Belgique - 2011 », *Revue française de droit administratif*, p. 25, coll.« Dalloz ».

du code judiciaire³⁷⁵. La requête en annulation qui a été évoquée doit remplir les conditions de l'article 65/14 de la loi de transposition³⁷⁶ et doit être introduite dans un délai soixante jours selon l'article 65/24. Il est probable que d'un point de vue pratique, des différences sont à noter entre ces deux procédures. Toutefois, la référence à l'extrême urgence n'est qu'une superposition de la théorie du référé de suspension ordinaire. La sémantique est ici différente mais non le fond³⁷⁷. L'idée qui ressort de ces deux procédures est qu'il n'est pas obligatoire de traiter préalablement le recours en annulation en raison de l'urgence. Celui-ci peut intervenir après. Toutefois le fait de soumettre ces recours à un régime général et de ne pas créer un régime propre aux marchés publics est contestable. Il semblerait donc que l'accession à ce recours soit plus stricte que celui français.

Enfin la procédure espagnole est, elle, différente. Sous l'empire du TRLCSP³⁷⁸, l'équivalent du référé précontractuel prenait la forme de la question de nullité (cuestion de nullidad). Ce recours devant les organes du tribunal administrativo de recursos contractuales était défini par l'article 39 de la loi de transposition de la directive recours. Cependant ce recours a été modifié en profondeur et a laissé place au recours spécial (recurso especial) en matière de contrat du secteur public. Pour certains ce nouveau recours a perdu son caractère de recours précontractuel³⁷⁹. En effet, à la lecture de ce nouvel instrument tel qu'il est expliqué par l'article 44 de la LCSP, on relève que son champ d'application a été fortement étendu. A présent, sont susceptibles de recours, les actes et décisions indiquées au paragraphe 2 de cet article quand il s'agit des contrats relatifs au paragraphe 1. On relève donc que ce recours s'applique aux avis de passation, aux plis et documents contractuels qui établissent les conditions qui doivent régir la passation mais encore aux modifications reposant sur la non-conformité de ce qui est établi aux articles 204 et 205 pour que la modification soit objet d'une nouvelle attribution. Pour autant, même si les éléments susceptibles d'être contestés sont élargis, ce recours doit être vu comme l'équivalent du référé précontractuel français. Cet élargissement, est toutefois compensé par des limites. Par exemple, selon le premier paragraphe alinéa a) de l'article 44 LCSP, le contrat de travaux doit être supérieur à trois millions d'euros et ceux de services et de fournitures à cent mille euros. Cela est un fort obstacle à l'introduction de ce recours, d'autant plus pour les contrats de travaux qui atteignent rapidement des sommes élevées. Pour l'instant, il semblerait que le recours français soit le plus ouvert. Là encore toutes ces différences qui émergent sont synonymes

³⁷⁵ *CODE JUDICIAIRE 10 OCTOBRE 1967 - Troisième partie : DE LA COMPETENCE. (art. 556 à 663) - Section II. Des présidents des tribunaux.*, vol.1967101054.

³⁷⁶ *Loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.*

³⁷⁷ Maxime, VANDERSTRAETAN ; François TULKENS. " *Urgence, extrême urgence, mesures provisoires et balance des intérêts devant le Conseil d'Etat*". In: *La justice administrative*, Larcier : Bruxelles 2015, p. 129-162 ».

³⁷⁸ *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público...*, op. cit.

³⁷⁹ José María GIMENO FELIU, « Principales novedades del Proyecto Ley Contratos Sector Público », *Aranzadi digital*, 1/2016 p.2,

d'harmonisation minimale. En effet une marge de manœuvre est accordée aux États membres qui ne doivent toutefois pas aller en deçà des conditions minimales d'introduction des recours.

213. Les titulaires de cette action. Les ambitions de cette directive seraient davantage atteintes, si les requérants étaient plus nombreux à pouvoir saisir le juge du référé précontractuel. En France, les personnes habilitées à saisir le juge du référé précontractuel sont selon l'article L 551-10 « celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...). » La décision SMIRGEOMES³⁸⁰ du Conseil d'État est venue imposer une interprétation stricte et la décision SYVADE³⁸¹ de la même Cour est venue préciser que toute personne est recevable à agir, « lorsqu'elle a vocation, compte tenu de son domaine d'activité, à exécuter le contrat, y compris lorsqu'elle n'a pas présenté de candidature ou d'offre si elle en a été dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque. » En Allemagne, selon le § 162 du GWB, les tiers pouvant requérir, sont les entreprises qui sont gravement affectées (*severely affected*) par la décision d'attribution. Celles-ci sont donc admises par le tribunal des marchés publics, étant entendu que selon cette disposition la décision d'admission par le tribunal est incontestable.

En Belgique, l'intérêt en matière de demande de suspension est similaire à celui de la requête en annulation de l'article 65/14 de la loi de transposition. Dès lors sont concernées les personnes « ayant un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée. » En Espagne, la loi se montre plus précise. Tout d'abord l'article 48 de la LCSP prévoit à son alinéa 1 que pourra réaliser un recours n'importe quelle personne physique ou juridique dont les droits ou intérêts légitimes, individuels ou collectifs ont été préjudiciés ou peuvent être affectés de manière directe ou indirecte par les décisions qui font l'objet dudit recours. Cet intérêt légitime, doit être propre au requérant et exige que la résolution contestée ait des répercussions non hypothétiques, potentielles ou futures³⁸². Cet intérêt légitime englobe « tout intérêt matériel ou moral³⁸³ ». Finalement l'intérêt légitime se caractérise comme une relation matérielle univoque entre le sujet et l'objet de la prétention. Ensuite le second alinéa de cet article autorise les organisations syndicales à réaliser ce recours si elles répondent aux conditions énoncées. A la lumière de cette étude, il semblerait que la loi espagnole accorde plus de latitude aux requérants. De ce point de vue, il est plus aisé de saisir le juge espagnol que français et ceci depuis que la jurisprudence française encadre de manière plus stricte ces règles. Il semblerait que la loi espagnole encourage davantage ce recours. L'état du droit français est donc améliorable car ces dispositions auraient pu permettre d'élargir l'admission de l'intérêt à agir.

³⁸⁰ Conseil d'État, Section du Contentieux, 03/10/2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur EST de la Sarthe*, n° 305420, 2008.

³⁸¹ Conseil d'État, 29/04/2015, *syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe (SYVADE)*, aff n° 386748 2015.

³⁸² *Resolución n° 305/2016 del Tribunal Administrativo De Recursos Contractuales De La Junta De Andalucía, de 02 de Diciembre de 2016.*

³⁸³ *Resolución n° 2/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 9 de enero de 2015.*

214. La nécessaire conformité aux délais. Les délais constituent une part importante de la directive recours de 2007. Comme cela a déjà été évoqué, la directive fixe un délai de suspension minimum qui peut être augmenté par les États membres. Dès lors la directive a fixé un délai minimal de dix jours à compter du lendemain « du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concerné. » En France le délai de standstill commence à courir au moment de la date d'envoi de la notification. Il est de seize jours et rapporté à onze en cas de communication par voie électronique. En Allemagne, l'intéressé a dix jours pour contacter l'administration et lui faire état de son intention et de ses requêtes. Si l'administration ne cède pas à ses demandes et les rejette, il est alors possible d'intenter un recours dans un délai de 15 jours selon le § 160 du GWB.

En Belgique selon l'article 65/23 de la loi de transposition de la directive recours, la demande de suspension doit être introduite dans un délai de quinze jours à compter de la publication et dans un délai soixante jours pour la requête en annulation. La loi espagnole fait là encore preuve de précision. Comme nous l'avons indiqué, le champ des documents pouvant être contesté a été élargi. Dès lors, la LCSP prévoit tout d'abord un délai général de quinze jours ouvrables, le samedi étant compté également. Ensuite un délai de trente jours est fixé à compter de la publication de la conclusion (formalización) du contrat pour les lettres c), d), e), ou f) de l'article 39 alinéa 2 LCSP. Concernant le délai de quinze jours la loi revient sur tous les cas évoqués pour préciser si le délai commence à courir à partir du jour suivant de sa publication sur le profil du cocontractant comme dans le cas des avis d'appel d'offre ou encore à partir du jour suivant auquel le requérant a eu connaissance de la possible infraction dans l'hypothèse d'un acte résultant de l'application de la procédure négociée. Il y a des différences selon les alinéas. Cela peut être source d'opacité. Outre ces délais, la directive recours fixe un délai de six mois si aucune mesure de publicité n'a été prise. Ce délai ne peut pas être modifié. Face à ces éléments, nous ne pouvons qu'encourager le délai le plus long pour saisir le juge et donc favoriser les PME dans l'introduction de leurs recours.

215. Les pouvoirs du juge. En France le juge dispose de pouvoir d'injonction et de suspension qu'il utilise en mettant en balance les intérêts des particuliers et l'intérêt public. Il dispose par ailleurs d'un pouvoir d'annulation de l'ensemble de la procédure de passation. Cependant ils ne peuvent pas prescrire des mesures indemnitaires. En Belgique la demande de suspension n'offre pas la possibilité de demander aux juges une annulation du contrat. Comme nous l'avons expliqué, à la suite de cette demande de suspension dans le cas d'un recours en extrême urgence, ou en même temps, il faut que le requérant introduise sa requête. Toutefois dans le contentieux de suspension et de l'annulation le juge peut prendre des mesures conservatoires pour corriger l'irrégularité, de même que des astreintes. L'article 57 espagnol fixe un délai de cinq jours ouvrables pour que le juge statue. La décision (resolución) sera conforme aux demandes des requérants. Il pourra selon les cas annuler les décisions non conformes au droit, incluant la suppression des caractéristiques techniques,

économiques ou financières discriminatoires contenues dans l'avis de passation (...). À ceci s'ajoute selon l'article 58 des possibles indemnisation aux personnes intéressées pour les dommages et les préjudices que cela a pu occasionner.

Toutefois le requérant peut également être puni selon l'alinéa 2 de l'article 58 espagnol. Cette punition se traduit par une amende pouvant aller de mille à trente-milles euros, selon l'appréciation de l'organe compétent du recours. Pour cela, le juge se base sur la mauvaise-foi du requérant mais également sur le préjudice que cela peut occasionner à l'organe de passation et aux soumissionnaires restants. Cette amende ne leur revient pas mais est adressée au trésor public. Cependant le juge doit justifier les causes qui motivent cette amende et les circonstances déterminantes de son montant³⁸⁴.

Il découle donc de tout ce qui précède que la directive est bien d'harmonisation minimale contrairement à son intitulé. Ce mélange traduit tout d'abord une présomption simple de l'intitulé d'une directive qui peut être contesté. Par ailleurs c'est également le signe que l'essence de leurs définitions est en train de disparaître. Or le fait de porter telle qualification à une directive contribue à renseigner le lecteur sur sa portée et ses effets. Si nous nous basons sur des définitions originelles comme celles qu'on a utilisé tout au long de ce développement pour finalement que les juges les fusionnent, cela peut créer des divergences entre la lettre et les effets.

À présent, une nouvelle problématique peut nous intéresser. Il a sans cesse été rappelé précédemment, la nécessité d'inclure les marchés publics dans un marché intérieur. Certes cet outil n'est pas un pur produit de consommation en ce qu'il répond aux besoins d'autorités publiques ou privées et que sont concernées des missions d'intérêt général ou de service public. Cependant, il serait opportun de s'interroger sur l'efficacité de ces règles communes. En support de celles-ci, il serait tout à fait imaginable d'encourager les juridictions à utiliser les décisions nationales issues d'autres d'États, toutefois de manière contrôlée.

³⁸⁴ *Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, art 31.2.*

B – Un rapprochement jurisprudentiel, une suite au rapprochement des législations

Le principe de ce développement repose sur un constat. Quand bien même une directive voudrait promouvoir une harmonisation ou une coordination dont la marge interprétative des États est faible, il n'en reste pas moins que les juges ont une influence sur le degré final de cette directive. Pour illustrer ce propos prenons en exemple une note adressée aux États membres³⁸⁵ avant la convention de Bruxelles³⁸⁶ :

« Un véritable marché intérieur entre les six États ne sera réalisé que si une protection juridique suffisante est garantie. Des perturbations et des difficultés dans la vie économique de la Communauté sont à craindre si on peut au besoin par voie judiciaire, faire constater et exécuter les droits individuels qui naîtront des multiples relations juridiques. Le pouvoir judiciaire, tant en matière civile que commerciale, relevant de la souveraineté des États membres et les effets des actes judiciaires restant limités au territoire national, la protection juridique et, partant, la sécurité juridique dans le Marché commun sont essentiellement fonction de l'adoption entre les États membres d'une solution satisfaisante en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires. »

Si cette convention concerne la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, nous pourrions nous interroger sur une telle possibilité en matière de marchés publics. Pour les constructeurs de l'Europe, il semblait important de privilégier cet aspect. Or « Si la reconnaissance et l'exécution des jugements ne peuvent progresser d'un même pas dans tous les domaines du droit, cela tient sans doute aux propriétés intrinsèques des matières concernées, mais également à des contingences politiques³⁸⁷ (...) ». Les premières directives en matière de marchés publics avaient pour ambition uniquement de coordonner ces disciplines. Aujourd'hui, émane une volonté de tendre vers un marché commun en la matière. Il serait peut-être intéressant de se pencher sur cette problématique. De plus, de nombreux traités de nouvelle génération régissent plusieurs pans du droit et s'accordent sur des procédures communes, un tribunal commun et une réciprocité en matière de protection juridique. Ainsi face à de nombreuses interdépendances la « circulation des jugements » est sans doute l'avenir.

Sans pour autant convenir d'une systématisation de l'utilisation du droit comparé dans les décisions rendues par les juges compétents, ce principe suscite réflexion. En effet, dans certains domaines il

³⁸⁵ Jean-Pierre PUISSOCHET, « La libre circulation des jugements : réalités et perspectives », in " Les effets des jugements nationaux dans les États membres de l'Union européenne ", Bruylant., Lyon, 2001, voir note du 22 octobre 1959 adressée aux États.

³⁸⁶ Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (72/454/CEE).

³⁸⁷ J.-P. PUISSOCHET, « La libre circulation des jugements : réalités et perspectives »..., op. cit.2

serait possible que les juges traitant de litiges relatifs aux marchés publics soient influencés par le droit étranger. Cette technique favoriserait l'harmonisation ou la coordination des dispositions en matière de marchés publics car en sus des dispositions européennes et nationales, les juges nationaux tendraient à créer un cadre commun pour certaines matières. En l'espèce, le droit européen a prévu de nombreux instruments telle que la question préjudicielle pour créer un corpus jurisprudentiel européen. De plus, il est admis de longue date que les décisions des juridictions nationales doivent être compatibles à celles européennes³⁸⁸. Pour autant, à défaut de renvoi préjudiciel ou de contestation d'une décision nationale, il n'en ressort aucun autre outil. De ce fait, il serait bon de conférer aux juges nationaux, d'autres moyens issus du droit comparé pour répondre aux litiges se posant devant eux.

Dès lors plusieurs outils peuvent être exposés.

La technique du cherry-picking. Tout d'abord, il serait compatible de voir les juges utiliser la technique du « cherry-picking ». Cet outil est utilisé par les juges des cours constitutionnelles de manière implicite en France, mais plus explicitement en Afrique-du-Sud ou aux États-Unis. En matière de marchés publics ce mécanisme pourrait être utile pour les dispositions d'harmonisation totale ou maximale. L'idée serait que le juge national puisse utiliser des éléments d'interprétation ou des données jurisprudentielles étrangères. Nous pourrions alors penser que cette technique devrait se développer en matière définitionnel. Comme cela a été mis en exergue supra, la loi espagnole fournit de nombreuses définitions. Quand les juges nationaux ont des doutes, il serait encourageant de les pousser à analyser la jurisprudence étrangère. Toutefois, quand les directives européennes renvoient aux dispositions étatiques ou accordent une marge d'interprétation, cette mesure n'est pas conseillée. Enfin pour prendre un dernier exemple, il a été indiqué que la junta consultiva espagnole³⁸⁹, a qualifié d'effet direct, de nombreuses dispositions de la directive. Ces informations pourraient être utiles dans le contrôle du juge national. Cela l'est d'autant plus que les juges espagnols ont à de nombreuses reprises utilisés la technique de l'effet direct en raison de la transposition tardive de la directive.

Cependant, cette pratique devrait être encadrée. En effet, le risque serait que les juges nationaux se livrent à des pratiques hasardeuses et que les décisions prises soient discrétionnaires.

La procédure d'exequatur. La procédure d'exequatur pourrait s'ajouter comme technique de droit comparé. Cette procédure est essentiellement appliquée en droit privé et spécifiquement en matière de divorce mais aussi de contrats commerciaux ou civils. L'idée est qu'un demandeur qui obtient une décision de justice dans un État peut par cette procédure faire produire des effets dans un autre État.

³⁸⁸ CJCE 9 mars 1978. - *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal* aff C-106/77.

³⁸⁹ Generalitat de Catalunya, *Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)*., *op. cit.*

De nombreux auteurs ont douté de son utilité en droit public. Il a été mis en avant que face à l'existence de techniques créées par la loi, il était superfétatoire d'utiliser cette procédure³⁹⁰.

Cependant imaginons le cas d'une administration créancière d'un opérateur économique étranger. Le principe en matière de contentieux est que le tribunal saisi est celui « dans le ressort duquel se trouve le lieu prévu pour l'exécution du contrat » selon l'article R. 312-11 du code de justice administratif. Cette précision s'applique en matière « précontractuelle, contractuelle et quasi contractuelle. » Toutefois des exceptions existent comme en cas d'exécution sur plusieurs ressorts ou de défaut de mention du lieu d'exécution dans les contrats. Auxquels cas, le tribunal compétent est celui dans « le ressort duquel l'autorité publique compétente pour signer le contrat ou la première des autorités publiques. Dénommées dans le contrat a son siège (...). » Maintenant admettons que cette Cour ait rendu une décision obligeant un opérateur économique étranger à verser une somme en guise d'indemnisation. Nous pourrions imaginer qu'en cas de défaut, l'administration puisse saisir, la Cour étrangère d'une requête pour faire exécuter sa décision. Nous pourrions citer d'autres exemples où cette procédure pourrait être utilisée. D'ailleurs comme nous l'avons souligné, les marchés publics peuvent être des contrats de droit privé et le sont dans la majorité des cas en Allemagne. Ainsi, est-il loisible de penser que cette procédure puisse être mise en place plus aisément. Le risque est que cette pratique conduise à un « forum shopping. » Cela annihilerait tout effet utile de cette procédure.

Cependant, cette procédure est soumise à de nombreuses conditions. Le juge de l'exequatur a deux missions. Tout d'abord il est nécessaire de déterminer la juridiction compétente et de reconnaître le jugement étranger. Ensuite le juge doit autoriser l'exécution du jugement.

La Cour de cassation³⁹¹ est venue encadrer la possibilité de recourir à l'exequatur. Premièrement, le juge français doit s'assurer que la « compétence indirecte du juge étranger (soit) fondée sur le rattachement du litige au juge saisi.

Il est donc nécessaire de déterminer les tribunaux car tous ne sont pas compétents. En matière judiciaire, le tribunal allemand compétent est le tribunal de grande instance appelé le Landgericht, en Belgique c'est le tribunal de première instance, en Espagne le tribunal suprême et en France le tribunal de grande instance. Toutefois des adaptations sont requises quant à la spécificité des marchés publics. Prenons en exemple français, le cas du syndicat mixte des aéroports de Charente et les sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited qui ont conclu une convention. À la suite d'une sentence arbitrale, dont le siège était fixé à Londres, les sociétés ont souhaité mettre en œuvre cette procédure d'exequatur devant le TGI. Le syndicat a fait appel de cette acceptation d'exécution, devant la Cour d'Appel de Paris. Cette dernière a préféré sursoir à statuer en interrogeant le tribunal

³⁹⁰ Michel COSNARD, " Circulation des jugements et immunité d'exécution de l'Etat " in " Les effets des jugements nationaux dans les autres États membres de l'Union européenne ", Bruylant Lyon, 2001.

³⁹¹ Cour de cassation, civile, *Chambre civile 1*, 20 février 2007, n°05-14.082, 2007.

des conflits³⁹² sur son aptitude. La décision rendue par ce tribunal ôte la compétence en la matière à la juridiction judiciaire pour l'attribuer à la juridiction administrative car « l'arbitre s'est prononcé est soumis aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique. » Le tribunal des conflits nous permet donc de penser qu'une telle procédure est transposable en matière de marchés publics. Cependant, il est nécessaire de s'accorder sur les tribunaux compétents. Cette tâche sera plus délicate dans les cas allemands et Espagnols où des organes administratifs ont pour mission de régler ces litiges.

Après avoir déterminée la juridiction, il faut que le juge français veille « à la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure » de même qu'à ce qu'aucune fraude à la loi n'ait été désignée.

Concernant la réception de ce jugement étranger, il n'existe aucune formalité déterminée à respecter en droit privé. Il est des cas de présomption en matière de droit privé comme pour les divorces. Cependant il semble plus opportun de ne pas prévoir ces présomptions en matière de marchés publics et d'obliger le juge à intégrer dans son jugement les motifs soulevés par les parties et la décision du juge étranger. Celle-ci n'aura pas force exécutoire automatiquement car cela reviendrait à conférer au juge étranger « un pouvoir de commandement sur le territoire français³⁹³. » Ainsi, est-il nécessaire qu'une décision étrangère régulière soit reprise par la juridiction française pour que celle-ci lui octroi « une force exécutoire, d'efficacité substantielle et d'autorité de chose jugée. »

L'objet de cette procédure est « de faciliter l'exécution concrète d'un jugement rendu sur le territoire d'un État membre dans un autre État membre. » Implicitement cela permet également d'harmoniser davantage les droits nationaux en appliquant sur les territoires nationaux des décisions étrangères. Une rencontre des droits est permise. Cette méthode peut être assimilée à un dialogue des juges.

Les conventions interétatiques. Enfin les conventions interétatiques par exemple permettent d'harmoniser le droit des marchés publics à travers l'outil jurisprudentiel. Prenons comme illustration la convention de Bruxelles qui a été citée supra. Sur le fond, il ne serait pas possible d'aller en profondeur à sa manière. En effet, sont concernées des autorités publiques, qui remplissent des missions d'intérêt général et en raison de toutes les règles protectrices qui les entourent il serait difficile de les considérer comme de simples cocontractants, même si en Allemagne cela est plus aisé de le concevoir. Dès lors, les règles de fond devraient être matérielles et non organiques. On pourrait imaginer qu'y figurent celles dont l'harmonisation est totale et maximale. Par exemple en matière de DUME, ou de règles procédurales. Dans ces cas, il serait utile de prévoir de telles règles

³⁹² Tribunal des Conflits, 24/04/2017, *syndicat mixte des aéroports de Charente et les sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited*, aff C-4075, 2017.

³⁹³ André HUET, « Fasc. 584-50 : Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale – Résultats du contrôle de la régularité internationale », *JurisClasseur Droit international*, coll.« Lexis 360 ».

d'équivalences juridictionnelles permettant à une Cour d'accepter la position d'un juge étranger. De même manière, il serait envisageable de prévoir dans cette convention le défaut du respect de délai de suspension en matière de référé précontractuel par exemple. En effet, la directive recours encadre les règles relatives aux délais. Une convention pourrait alors délimiter les litiges concernés et autoriser les juges étatiques à se prévaloir des arguments étrangers. Ainsi dans la convention de Bruxelles les juges sont exonérés de cette procédure d'exequatur. Cela accélérerait la procédure en évitant également d'étudier le fond de l'affaire.

D'un point de vue formel, la convention de Bruxelles est intéressante en ce qu'elle sépare son titre III en trois sections : « la première consacrée à la reconnaissance, la deuxième à l'exécution, la troisième, enfin, aux dispositions communes. » Cette séparation est alors bienvenue « car elle permet de poser comme règle de principe que les jugements européens bénéficient d'une reconnaissance de principe que les jugements européens ce qui permet à une personne qui se prévaut d'un jugement étranger de faire valoir l'autorité de chose jugée ou l'efficacité substantielle du jugement étranger sans procédure particulière. »³⁹⁴

Ces outils, une fois adaptée à la matière des marchés publics pourraient devenir essentiels aux juges nationaux. De même, ils seraient vecteurs d'une harmonisation plus poussée. C'est pourquoi il est envisageable à terme d'imaginer un tel rapprochement jurisprudentiel. Cependant, les marchés publics ne sont pas des biens ou services ayant une simple valeur marchande. L'idée est de répondre aux besoins d'autorités contractantes publiques ou privées remplissant des missions d'intérêt général. Face à cela, la voie conventionnelle semble davantage adaptée.

³⁹⁴ Rouchaud ANNE-MARIE, *Le renforcement de la coopération judiciaire in Les effets des jugements nationaux dans les autres États membres de l'Union européenne*, Bruylant Bruxelles, 2001.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 :

À la lecture de ce qui précède, se dégage l'image d'une directive dont les contours sont dans la majorité des cas d'harmonisation minimale, optionnelle. Un constat doit être tiré. L'essentiel des dispositions favorisant l'intégration des PME revêtent ces caractères. Les États ont donc certaines latitudes pour mettre en œuvre ces objectifs. D'un point de vue européen, l'usage de l'harmonisation minimale reste acceptable en ce qu'il fixe des normes qui peuvent être davantage améliorées par les États membres. Or d'un point de vue national, un État qui souhaiterait rendre plus stricte certaines normes pourraient se voir pénaliser par le jeu du dumping social. C'est donc une situation à double tranchant.

À propos des thèmes que nous avons étudié, les dispositions françaises semblent être un bon compromis entre intégration des PME, garantie des préoccupations environnementales et sociales d'une part, puis le maintien d'une certaine compétitive et d'une logique commerciale d'autre part. Néanmoins, certaines normes, telle que l'allotissement, mériteraient de s'inspirer des transpositions voisines. L'exemple espagnol est frappant de clarté par exemple. Dès lors, certaines dispositions devraient davantage être obligatoire pour permettre une meilleure insertion des PME.

Face à de telles libertés, le juge national doit se doter de certains outils. L'utilisation du droit comparé en terme juridictionnel ne contribue pas à accorder aux décisions étrangères un pouvoir mais seulement une place. Il serait possible de créer des conventions en la matière ou de prévoir des mécanismes pour éviter que la liberté des États membres ne contribuent pas à la création de discrimination dans le marché intérieur. Le cas des consultations et participations préalables au marché sera source de contentieux à l'avenir et il serait utile de créer des limites et un vocabulaire commun.

CONCLUSION GÉNÉRALE :

La directive européenne ne voit plus dans le droit des marchés publics, un unique moyen de répondre aux attentes des acheteurs. Ce droit est devenu un outil pour les politiques économiques et sociales de l'Union Européenne et nationale. L'Union Européenne tend à insérer dans les droits nationaux, une logique « d'économie sociale de marché » dans les marchés publics. Cela s'exprime notamment par le biais des dispositions environnementales, mais également de l'effort d'insertion des PME dans les marchés publics.

Finalement, la directive 2014/24/UE ne fait qu'écho de l'article 3 § 3 du TUE qui dispose que : « 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 au niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. »

Des outils sont intégrés dans la directive et a fortiori dans les transpositions nationales. En raison de l'étendue du sujet, il était impossible d'en traiter tous les aspects. Mais nous aurions pu évoquer le cas du coût du cycle de vie qui par sa nouvelle définition et la latitude accordée aux pouvoirs adjudicateurs nationaux, quant à leurs définitions, permettent de réaliser ces missions. Il est vrai que cette notion prend aussi bien en compte, le prix que les considérations environnementales et sociales. Dès lors, les États membres peuvent mener une politique déterminée par le coût du cycle de vie. De plus, il est prévu en la matière que, si l'Union Européenne établit une méthode commune de calcul, celle-ci devient obligatoire, ce qui permettrait d'éviter tout détournement et d'assurer que soit sélectionnée l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces idées sont des arguments utilisés par la commission dans sa communication du 03 octobre 2017³⁹⁵.

On relève de nombreuses mentions associant les marchés publics à des outils. Par exemple, il est noté que « les pouvoirs publics disposent d'un instrument puissant leur permettant de dépenser l'argent du contribuable d'une manière efficient, durable et stratégique » ou encore que « la passation de marchés publics est un instrument stratégique. »

216. Néanmoins, ces ambitions sont facteurs de la volonté des États membres à les concrétiser. En effet, s'il a pu être démontré que la France était respectueuse de ces préoccupations, l'Allemagne en revanche ou la Belgique possèdent des dispositions moins contraignantes. La transposition espagnole est un bon exemple dont il faut s'inspirer. Sa clarté et ses précisions

³⁹⁵ *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des Régions - Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe - 03/10/2017 COM (2017) 572 final.*

permettent d'encadrer le travail du juge. De plus, l'intégration des définitions dans la loi, leur accorde une valeur législative. Cette idée pourrait être utilisée en France. Cela sécuriserait cette discipline. Toutefois pour éviter de leur conférer un caractère immuable, il serait convenable de les intégrer dans le décret, modifiable plus aisément.

217. Ensuite, concernant la portée des dispositions de la directive, tout dépend des effets qu'ont souhaité leur accorder les rédacteurs européens. Si de prime abord le premier considérant de la directive semblait leur accorder une valeur de coordination, il a été démontré tout au long des précédents développements qu'il était nécessaire d'appréhender la portée de cette directive, en traitant les dispositions de manière individuelle plutôt que d'une manière générale. À ceci, il faut ajouter que les États doivent être respectueux de la lettre de ces textes. C'est souvent le cas. Néanmoins alors même que la directive semblait limiter la place des États membres, ces derniers, guidés par des traditions juridiques, ont mélangé les nouvelles dispositions, aux anciennes. Alors que se dessine la volonté de créer un marché commun, ces différentes interprétations peuvent être vues comme des obstacles. Face à cette situation, plusieurs propositions se dessinent. Soit, les États modifient leurs mesures de transposition pour se diriger vers des éléments communs. Il faudrait par exemple autoriser les juges nationaux à s'inspirer des décisions étrangères en la matière, ou alors créer une convention traitant de dispositions d'harmonisation maximale ou totale.

En somme, d'un point vu uniquement français, il a été mis en avant que, la transposition a été correctement réalisée. Toutefois, comme cela a été mis en relief, sa transposition n'est pas innovante en ce que parfois elle se limite au minimum imposé par la directive par rapport aux dispositions espagnoles qui doivent être sources d'inspiration. Les dispositions belges quant à elles reprennent essentiellement le contenu de la directive. Toutefois le droit belge entourant ces dispositions peut être utilisé en France. Il en va de même en Allemagne. En effet, comme cela a été esquissé, les ambitions de la directive d'intégration des PME, par exemple, font parties des moyens pouvant permettre une telle politique. Or si les dispositions de droit interne et extérieures à cette discipline, qu'elles soient fiscales ou bancaires, ne sont pas avantageuses, cela freinera leurs insertions. Un droit des marchés publics performant est un droit des marchés publics influencé positivement par toutes les disciplines les entourant.

En outre, davantage de transparence en la matière serait la bienvenue et contribuerait à harmoniser davantage les droits nationaux. De plus cela inciterait les échanges transfrontaliers à tendre vers la recherche d'une meilleure offre économiquement la plus avantageuse. Dans cette perspective la proposition de la directive³⁹⁶ évoquait l'idée d'un centre de connaissances. Cela permettrait d'assister les pouvoirs adjudicateurs, en leur apportant une assistance professionnelle appropriée et indépendante

³⁹⁶ Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur la passation des marchés publics, 20.12.2011 COM(2011) 896 final..., *op. cit.*

par des structures administratives. « Ces structures administratives, pourraient, d'une part, permettre aux acheteurs publics d'élargir leur socle de connaissances et de gagner en professionnalisme et, d'autre part, aider aussi les entreprises et notamment les PME. » Nous pourrions imaginer, que face aux problèmes linguistiques, ces centres permettent aux PME de les accompagner dans leur échange lors d'une demande de participation ou d'offres dans un autre État.

Il ressort de ce qui précède que le droit des marchés publics est en voie d'harmonisation. L'État français, semble cohérent dans sa transposition mais pourrait accentuer le caractère contraignant de certaines dispositions.

Cependant, à une échelle macroscopique, nous pourrions douter de l'effectivité des dispositions visant à intégrer davantage les PME dans les marchés publics. Finalement comme cela a déjà été évoqué, la directive entreprend des changements non pas en amont mais en aval. Pour créer un réel marché commun, il serait opportun de rendre obligatoire la définition de la PME dans l'Union Européenne par exemple. Enfin, afin de mener à bien cette mission d'intégration, il serait bon d'initier les pouvoirs adjudicateurs et les associations d'entreprises, à la mise en place de plateformes de communication ou d'information. On peut par exemple imaginer qu'une association d'entreprise produise un « annuaire » des PME innovantes. Par ailleurs, les pouvoirs adjudicateurs pourraient tenir une liste des entreprises qui ont été sourçées. Cela profiterait à d'autres pouvoirs adjudicateurs étrangers notamment.

BIBLIOGRAPHIE

DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIES

- Dictionnaire Juridique des Communautés européennes, Presses Universitaires de France, 1993, p 556.

OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET TRAITES

Allemagne :

- Niels Petersen « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et l'intégration européenne, (part 1 : introduction historique) ».
- Claude WITZ, « Le droit allemand », *Dalloz.*, 2018.

Belgique :

- Claude DARDENNE, Maurice-André FLAMME et Philippe FLAMME, « Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique, » *Larcier.*, 2005.
- Yves LEJEUNE, « Droit Constitutionnel Belge - Fondements et institutions », *Larcier*, 2010.
- Vanderstraeten, Maxime VANDERSTRAETEN ; François TULKENS, « Urgence, extrême urgence, mesures provisoires et balance des intérêts devant le Conseil d'État ». *In* : « La justice administrative », *Larcier* : Bruxelles 2015, p. 129-162

France :

- Nicolas CHARREL, « Ordonnance et décret marchés publics Commentés par Nicolas Charrel, avocat - Mise à jour 2017 ».
- Nicolas CHARREL, « Code pratique des marchés publics », 10e édition., *Le Moniteur*.
- Hélène HOEPFFNER, « Droit des contrats administratifs », *Dalloz.*, coll.« *Cours Dalloz* », 2016.
- Christophe LAJOYE, « Droit des marchés publics » 6e édition, *Gualino.*, coll. *Lextenso* , 2017.

Général :

- Jean-Bernard Auby, « EU Public Contract Law : Public Procurement and Beyond », *Bruylant*, 2001.
- Stéphane DE LA ROSA, « Droit européen de la commande publique », *Bruylant.*, coll. « *Droit de l'Union Européenne* », 2017.
- Denys SIMON, « La directive européenne », *Dalloz*, 1997.

- Ann Lawrence DRUVIAUX, « La passation des marchés publics dans la directive 2014/24/UE : amplification et réduction » in « EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets ? », *Larcier.*, 2016.
- François LICHÈRE, « L'accès des PME dans la directive 2014/24 », in « Eu directive 2014/24 on public procurement », *Larcier.*, 2016.
- Yseult MARIQUE, « EU directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets », *Larcier*, 2016.
- Gerhard ROBBERS, « Constitutional law in Germany », *Wolters Kluwer*, 2017.
- Jean-Luc SAURON, « L'application du droit de l'Union européenne en France, » 2e éd., *la documentation française, coll. « réflexe europe »*, 2000.
- Kris WAUTERS, « A new generation of public procurement Directives : background, objectives and results in EU Directive 2014/24 on public procurement A new turn for competition in public markets ? », *Larcier.*, 2016.

OUVRAGES SPECIALISES, THESES ET MEMOIRES

- Marie-Christine PUJOL-REVERSAT, « Contribution à l'étude de l'harmonisation technique communautaire : l'exemple des véhicules à moteur », Thèse, *Université Toulouse 1 capitole*, 2005.
- Pauline CHATELET, « Le contrôle des mesures nationales d'application du droit de l'Union européenne. Bilan et perspectives à partir du cas français », Thèse, *Poitiers*, 2015.
- Célia ZOLYNSKI, « Méthode de transposition des directives communautaires : Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins », Thèse, *Université Panthéon Assas*, 2005.

ARTICLES

Allemagne :

- « Pouvoirs adjudicateurs : Allemagne », 25, coll. « Le moniteur ».
- Gerald LANG « Une spécificité allemande : le mittelstand », *Réalités industrielles*, août 2013.
- Karl-Peter SCHACKMANN-FALLIS et Traduit par Isabelle BOURGEOIS, « Le Mittelstand et son financement », *Regards sur l'économie allemande*, avril 2013, coll. « CIRAC ».
- Hanna SCHRÖDER et Ulrich STELKENS, « Le contentieux des contrats publics en Europe », *Revue française de droit administratif*, p. 16, coll. « Dalloz ».
- Isabelle VERDIER-BÜSCHEL « Après ses infidélités avec le droit de l'UE, le juge constitutionnel allemand se retourne sur « Solange » en la précisant (Cour constit. all., Ord., 4 octobre 2011, BVerfG, 1 BvL 3/08) ».

Belgique :

- Frederik DHONT « L'agrégation des sous-traitants en 10 questions - 13/07/2017 - <http://www.securexblog.be/entreprendre/lagregation-traitants-10-questions/> ».
- David RENDERS, « Le contentieux des contrats publics en Europe - Belgique - 2011 », *Revue française de droit administratif*, p. 25, coll « Dalloz ».

Espagne :

- Jose María BAÑO LEÓN, « Jordana sobre la nueva ley de contratos del sector público : Luces y sombras – vídeo A. Sesión de mañana – LCSP y *gestión de lo público ¿Regulación o sobre-regulación ?* »
- Francisco BLANCO LÓPEZ, « División del objeto contractual en lotes. Delimitación de los lotes a los que se puede licitar y de los que se puede resultar adjudicatario. Medidas a favor de las PYME - Observatorio de Contratación Pública ».
- Elisabet COTS, « Dos años después llega la nueva Ley de Contratos del Sector Público | Aranzadi », *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 935/2017,
- , « Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida? », *Revista española de Derecho Administrativo*, 182/2017,
- José María GIMENO FELIÚ, « Principales novedades del Proyecto Ley Contratos Sector Público », *Aranzadi digital*, 1/2016,
- Foix MONTSERRAT CUCHILLO et Mateo MONTSERRAT, « Pouvoirs adjudicateurs : Espagne », *Contrats publics*, 25 septembre 2003, coll.« Le moniteur ».
- José Antonio, *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0, Univerisad de Castilla-La Mancha*, 2015.
- María Teresa RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, « Contratación pública y subcontratación - 2015 », *Anuario Aragonés del Gobierno Local*
- Wolters Kluwer « Adaptación de las contrataciones de un poder adjudicador no administración pública a la LCSP », *Contratación Administrativa Práctica*, 155.
- « El Derecho de la Unión Europea y la nueva Ley de Contratos del Sector Público », *Editorial Aranzadi*, Enero de 2017,
- « Los criterios de adjudicación del contrato. Definición y aplicación práctica », *Editorial Aranzadi*, Enero de 2017,
- « Los presupuestos de la adjudicación de los contratos públicos: objeto y duración », *Editorial Aranzadi*, Enero de 2017,
- « Los procedimientos de adjudicación de los contratos de las administraciones públicas », *Editorial Aranzadi*, Enero de 2017,
- « Normas generales de adjudicación de los contratos de las administraciones públicas », *Editorial Aranzadi*, Enero de 2017,

France :

- François BRENET, *Dalloz, Actualité juridique du droit administratif*, 2014, « Dalloz.fr | AJDA » p. 848.
- Christophe CABANES et Vincent MICHEL, « Opportunités et modalités de présentation d'un sous-traitant lors de la passation de marchés publics », *Contrats publics*, 152, mars 2015, coll. « Le moniteur ».
- Brigitte CLAVAGNIER, « Associations pouvoirs adjudicateurs : définition et spécificités », *Juris associations*, n° 576, 2018, p. 24, coll. « Dalloz ».

- Michel CRAHÈS, « Précieux et délicat sourçage des marchés publics », *Le moniteur*, 170, 2016.
- Philippe COSSALTER « Les modèles de contractualisation », *Revue française de droit administratif*, 2018, p. 15, coll. « Dalloz ».
- Philippe COSSALTER, « Droit de l'Union européenne - Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *Contrats et Marchés publics*, 1er juin 2014,
- Samuel COUVREUR et Guillaume GAUCH, « Interrogations et incertitudes soulevées par l'ordonnance du 23 juillet 2015 », *Contrats publics*, 158, octobre 2015, p. 84, coll. « Le moniteur ».
- Samuel DYENS, « Définition préalable du besoin et sourcing, la responsabilisation des acheteurs publics dans le nouveau droit des marchés publics », *Actualité juridique des collectivités territoriales*, 13 septembre 2016, p. 422, coll. « Dalloz ».
- Maxime GARDELLIN Marie-Hélène PACHEN-LEFÈVRE et, « Les clauses de modification du contrat : recours et limites », *Contrats publics*, n° 183, janvier 2018, coll. « Le moniteur ».
- Bertrand GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire », *Revue française de droit administratif*, 14 mars 2005, p. 239, coll. « Dalloz ».
- Hélène HOEPFFNER, « La modification des contrats », *Revue française de droit administratif*, 2016, coll. « Dalloz ».
- Hélène HOEPFFNER, « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation ? », *Revue Europe*, 2014.
- Pascale IDOUX, « Les considérations sociales et environnementales », *Dalloz, Revue française de droit administratif*, 2016, p. 260.
- Florian LINDITCH, « Contrats / Marchés publics - Contentieux du sourçage : les débuts », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 12 mars 2018,
- Karine MELIN, « Le sourcing, un outil au service de la performance de l'achat public », *Contrats et Marchés publics*, 185, mars 2018, coll. « le moniteur ».
- Lucien RAPP, « Qu'est-ce qu'une "entreprise publique" ? », *Dalloz, Actualité juridique du droit administratif*, 2017, p. 1993.
- Laurent RICHER, « L'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 sur la cession de contrat Quinze ans après. », *Actualité juridique des collectivités territoriales*, 2014, p. 1925, coll. « Dalloz ».
- Benoît SCHMALTZ, « Limiter la sous-traitance dans les marchés publics des personnes privées », *Dalloz, Actualité juridique du droit administratif*, 2016, p. 1669.
- Thierry KIRAT, Laurent Vidal, André Delion, Dionysios Kelesidis, Didier Uri, Frédéric Marty, « De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics », *La Documentation française*, 13 juin 2007, p. 165- 252, coll. « perspectives sur la justice ».
- Marion UBAUD-BERGERON, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 218, coll. « Dalloz ».
- Antoine WOINMANT, « Périmètre de la sous-traitance dans le cadre des marchés publics », *Contrats publics*, 179, septembre 2017, coll. « Le moniteur ».
- Willy ZIMMER, « Droit de l'Union européenne - Un an de droit de l'Union européenne de la commande publique », *Contrats et Marchés publics*, 1 juillet 2016.

- « Contentieux du sourcing : les débuts », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°10-11, 12 mars 2018, coll . « JCP ».

Général :

- Andrecka MARTA et Trybus MARTIN, « Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU ? », *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2017, coll « Lexxion ».

CONTRIBUTIONS AUX MELANGES ET ACTES DE COLLOQUES

- Anne-Marie Rouchaud, « Le renforcement de la coopération judiciaire in Les effets des jugements nationaux dans les autres États membres de l'Union européenne », *Bruylant*, Bruxelles, 2001.
- Cosnard Michel, Circulation des jugements et immunité d'exécution de l'Etat in Les effets des jugements nationaux dans les autres États membres de l'Union européenne, *Bruylant*, Bruxelles, 2001.
- Jean-Pierre PUISSOCHET, « La libre circulation des jugements : réalités et perspectives », in « Les effets des jugements nationaux dans les États membres de l'Union européenne », *Bruylant*, Lyon, 2001.

TEXTES LEGISLATIFS, REGLEMENTAIRES ET TEXTES INTERNATIONAUX

TEXTES LÉGISLATIFS FRANÇAIS :

- « Constitution du 4 octobre 1958 », Conseil constitutionnel, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>.
- Code de justice administrative - Article L551-1 - 19/08/2015, vol. L551-1.
- Loi n° 2016-1691 du 09/12/2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, 2016.
- Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.
- Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.
- LOI n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives.
- LOI n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, 2008.
- 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.
- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF).

- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, 1993.
- Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.
- Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.
- LOI n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JORF du 18 janvier 1975 page 739

TEXTES LÉGISLATIFS ALLEMAND :

- Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 (Journal officiel fédéral, p. 1).
- « Das Gesetz Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), Loi sur les marchés publics, 12 avril 2016 ». (Act against Restraints on Competition (GWB) 18 April 2016, 2016.)
- German Civil Code BGB § 21 ; BGBl. I S. 3719.
- Ordinance on the Award of Public Contracts (Procurement Ordinance (Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – VgV).
- Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergRModGof 17 February 2015, Federal Law Gazette I of 23 February 2016, p. 203, 2016. (Ordinance on the Award of Public Contracts (Procurement Ordinance) (Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – VgV) du 12 avril 2016, 2016.

TEXTES LÉGISLATIFS BELGES :

- La Constitution Belge 7 février 1831.
- Code Civil - 21 mars 1804 - Livre III : Manières dont on acquiert la propriété TITRE VI à XIII Section III Des devis et des marchés Article 1798, 2017.
- Article 162 Code pénal du 8 juin 1967.
- Code judiciaire 10 octobre 1967 - Troisième partie : De la compétence. (art. 556 à 663) - Section II. Des présidents des tribunaux., vol.1967101054.
- Loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.
- Lois sur l'emploi des langues en matière administrative du 18 juillet 1966, 1966.
- Lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973, 1973.
- Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 modifiée par la loi spéciale du 6 janvier 2014.
- Loi relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions du 17 juin 2013.
- Loi du 23/12/2009 introduisant un nouveau livre relatif a la motivation, a l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marches publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, 2009.

- Loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.
- Loi relative aux marchés publics du 17 juin 2016 n°2016021053 p. 44219
- Loi 31 juillet 2017 portant des dispositions financières et fiscales diverses et portant des mesures en matière de contrats de concession.
- Loi du 02 octobre 2017 règlementant la sécurité privée et particulière n°2017031388

TEXTES LEGISLATIFS ESPAGNOL :

- Constitution Espagnole du 27 décembre 1978.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014., 2017.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público., 2015.
- Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, 2015.
- Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones, 2015.
- Ley 5/2014, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2015.
- Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, 2014.
- Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial., 2012.
- Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.
- Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción - 19/10/2006.
- Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.
- Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones., 2002.
- JEFATURA DEL ESTADO, Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 1998.
- Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general., 1994.

TEXTES RÈGLEMENTAIRES FRANÇAIS :

- Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, 2016.
- Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession.

- Arrêté du 12 avril 2018 relatif à la signature électronique dans la commande publique et abrogeant l'arrêté du 15 juin 2012 relatif à la signature électronique dans les marchés publics, 2018.
- Arrêté du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique.
- Arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics.
- Décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique, 2008.

TEXTES RÉGLEMENTAIRES ALLEMAND :

- Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen et DIN Deutsches Institut für Normung (éd.), VOB 2016 edition in English : German construction contract procedures-parts A, B and C, translations of all VOB 2016 standards, 1st edition 2017., Berlin, Beuth Verlag GmbH, 2017.

TEXTES RÉGLEMENTAIRES BELGES :

- Arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.
- Arrêté royal modifiant plusieurs arrêtés royaux en matière de marchés publics et de concessions et adaptant un seuil dans la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, 2018.
- Arrêté Royal du 13 mai 2016 modifiant l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, 2016.
- Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.
- Arrêté royal du 22 juin 2017 Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics MB 27/06/2017, 2017.
- Arrêté royal du 15 avril 2018 modifiant plusieurs arrêtés royaux en matière de marchés publics et de concessions et adaptant un seuil dans la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, 2018.
- Circulaire du 21 juillet 2016 marchés publics. - Insertion de clauses sociales dans les marchés publics. Obligation d'insérer des clauses sociales dans les marchés publics de travaux (bâtiments) > € 1 million H.T.V.A.

TEXTES RÉGLEMENTAIRES ESPAGNOL :

- Diario oficial de Castilla-La Mancha, Decreto 28/2018, de 15 de mayo, por el que se regula la contratación electrónica en el sector público regional 2018/6073, 2018.

- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social., 2015.
- Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Circular 4/2013, de 27 de septiembre, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 3/2008, de 22 de mayo, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos., 2013.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, 2016.

TEXTES INTERNATIONAUX :

- Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur la passation des marchés publics, 20.12.2011 COM (2011) 896 final.
- Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micros, petites et moyennes entreprises C-2003 1422, 2003.
- Directive 2004/17/CE du Parlement européen 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, 2004.
- Règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen, 2016, vol.003.
- Résolution législative du Parlement européen du 29 mai 2018 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services COM (2016)0128 – C8-0114/2016 – 2016/0070(COD).

JURISPRUDENCE

Jurisprudence française :

- Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies *communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre*, 11/07/2018, n°418021, 2018.
- CAA Nantes, 24/11/2017, *Groupement société Dynamiques foncières*, n° 16NT02706.
- Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, *commune d'Aix-en-Provence et la société d'économie mixte d'équipement du Pays d'Aix (SEMEPA)* 15/11/2017, n°409728, 2017.
- Conseil d'État Assemblée, 09/11/2016, *société Fosmax A*, n°388806, 2016.
- Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 09/06/2017, *commune de Montereau-Fault-Yonne* n°396358, 2017.
- Tribunal des Conflits, 24/04/2017, *syndicat mixte des aéroports de Charente et les sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited*, C4075, 2017.

- Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 27/01/2017, *société Baudin Châteauneuf Dervaux*, n°397311, 2017.
- Conseil d'État, 7ème - 2ème SSR, 09/03/2016 *le Conseil national des barreaux, la Conférence des bâtonniers et l'Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, n°393589, 2016.
- Décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016.
- Décision n° 2015-726 DC de la loi de finance rectificative pour 2015, 2015.
- Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies 29/04/2015, *syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe (SYVADE)* n°386748, 2015.
- Cour Administrative d'Appel de Marseille, 18/02/2013, *société Les Charpentiers des Alpes et Provence* n°10MA00902, recueil Lebon.
- Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies 27/10/2011 *Département des Bouches-du-Rhône*, n°350935, 2011.
- Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies 24/06/2011, *Commune de Rouen*, n°347840, 2011.
- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 27/05/2011, 09-13.524, 2011.
- Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 05/01/2011, *Société technologie Alpine Sécurité*, n°343206, 2011.
- Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, 3ème chambre 07/12/2010, 09BX01024, (SARL) société étape recueil Lebon.
- Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies 21/05/2010, *Commune d'Ajaccio*, n°333737, 2010.
- Conseil d'État 7ème et 2ème sous-sections réunies, 11/08/2009, *Communauté urbaine de Nantes métropole*, n°319949, 2009.
- Conseil d'État, Section du Contentieux, 03/10/2008 *Syndicat mixte intercommunal mixte de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures. Ménagères du secteur EST de la Sarthe* n°305420, 2008.
- Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 30/01/2008, 06-14.641, 2008.
- Cour de cassation, Chambre mixte, 30/11/2007, 06-14.006, 2007.
- Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 20 février 2007, 05-14.082, 2007.
- Décision n° 2006-540 DC relative à la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, 2006.
- Conseil d'État, 7èmes et 2èmes sous-sections réunies, du 11 septembre 2006, , *commune de Saran*, n°257545.
- Décision n° 2004-497 DC du 1 juillet 2004 Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, 2004, vol. JORF.
- Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française, 1984.
- Avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 n° 364803.
- Conseil d'Etat, 7 /10 SSR, du 29 juillet 1998, n°177952.

Jurisprudence étrangère

Allemagne :

- Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne du 18 novembre 2004 affaire C-126/03, 2004.
- DFR - BVerfGE 89, 155 - Maastricht, 1993.
- DFR - BVerfGE 22, 293 - EWG-Verordnungen, 1967.

Belgique :

- Avis du Conseil d'État n°58.235/1 du 17 novembre 2015.

Espagne :

- Recurso de inconstitucionalidad n.o 739-2018, contra el artículo 289.2, disposición adicional 43a y las disposiciones finales 9a, 11a y 12a de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, 2018.
- Acuerdo 117/2017, de 21 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, 2017.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales Resolución n° 776/2017 du 08/09/2017, 2017.
- Consejo Consultivo de Castilla y León Dictamen n°131/2017 de du 11 mai 2017 mayo JUR\2017\210232, 2017.
- Tribunal Català de Contractes del Sector Públic Resolución n° 62/2017 03/04/2017, 2017.
- Resolución no 54/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta De Andalucía, de 24 de Marzo de 2017.
- Resolución no 305/2016 del Tribunal Administrativo De Recursos Contractuales De La Junta De Andalucía, de 02 de Diciembre de 2016.
- Resolución no 530/2016 del Tribunal Administrativo Central De Recursos Contractuales, de 08 de Julio de 2016, C.A. Galicia.
- Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales Resolución 9 octubre de 2015 n°918/2015.
- CJCE *Consorti Sanitari del Maresme c/ Corporació de Salut del Maresme i la Selva* aff. C-203/14 du 02/10/2015, 2015.
- Resolución n° 2/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, du 9 janvier de 2015.
- Resolución del tribunal administrativo de recursos contractuales 20/11/2013 Resolución n°527/2013.

- « Resolución C.N.C. de 11 de junio de 2012. Defensa de la competencia. Retrasos en el suministro eléctrico. Falseamiento por actos desleales. - Portal Asesoría y Empresas Thomson Reuters »,
- Tribunal Constitucional de España, DECLARACIÓN 1/2004, de 13 de diciembre 2004 BOE n°3.

Générale :

- Conclusions de l'Avocat général M. Maciej SZPUNAR présentées le 26 juin 2018 CJUE 20 septembre 2018, *Montte SL contre Musikene*, C- 546/16 2018.
- CJUE 4 mai 2017, *Esaprojekt sp. z o.o. contre Województwo Łódzkie*, aff. C- 387/14
- CJUE 5 avril 2017 « *Borta* » *UAB contre Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija V*, C- 298/15, 2017.
- CJUE 27 octobre 2016 *Hörmann Reisen GmbH contre Stadt Augsburg, Landkreis Augsburg*, C- 292/15, 2016.
- CJUE 8 septembre 2016 *Affaire Marina del Mediterráneo SL e.a. contre Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía e.a.*, C-391/15, 2016.
- CJUE 7 septembre 2016 *Finn Frogne A/S contre Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, aff. C- 549/14, 2016.
- CJUE 12 mars 2015 *eVigilo Ltd c/ Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, aff. C- 538/13, 2015.
- CJCE 13 avril 2010, *Wall AG c/ La ville de Francfort-sur-le-Main*, aff. C- 91/08
- CJCE 11 juin 2009 *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik contre AOK Rheinland/Hamburg*, C-300/07, 2009.
- CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, aff C- 454/06, 2008.
- CJCE (deuxième chambre) du 3 mars 2005, *Fabricom SA contre État belge*, Affaires jointes C- 21/03 et C-34/03.
- CJCE du 29 avril 2004 *CAS Succhi di Frutta SpA c/ Commission des Communautés européennes*, aff.C-496/99, 2004.
- CJCE du 18 mars 2004 *Siemens AG Österreich, ARGE Telekom & Partner et Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger*, C-314/01.
- CJCE du 27 novembre 2001 *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni et ANAS - Ente nazionale per le strade, Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99), et entre Impresa Ing. Mantovani SpA et ANAS - Ente nazionale per le strade, Ditta Paolo Bregoli C-286/99.*
- CJCE 12 juillet 2001 *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi* aff. C-399/98,
- CJCE du 17 décembre 1998 *Baustahlgewebe GmbH c/ Commission des Communautés européennes*, aff. C-185/95 P.
- CJCE 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden et BFI Holding BV*, C-360/96, 1998.
- CJCE 19 mars 1998 *The Queen contre Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, C-1/96.

- CJCE 15 janvier 1998 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. contre Strohal Rotationsdruck GesmbH* aff. C-44/96, 1998.
- CJCE 12 novembre 1996 *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union européenne* C-84/94, 1996.
- CJCE 19 octobre 1995 *Hans Hönig contre Stadt Stockach* C-128/94, 1995.
- CJCE 20/11/1988 *Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas* aff C-31/87, 1988.
- CJCE 22 octobre 1987 *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*, C-314/85.
- CJCE 15 janvier 1986 *Pietro Pinna contre Caisse d'allocations familiales de la Savoie* C-41/84, 1986.
- CJCE 5 avril 1979 *Ministère public contre Tullio Ratti* C-148/78, 1979.
- CJCE 9 mars 1978 *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, C-106/77.
- CJCE 23 novembre 1977 *Enka BV contre Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen Arnhem*, Aff C-38-77, 1977
- CJCE 4 décembre 1974 *Yvonne van Duyn contre Home Office*, C-41/74, 1974.

RAPPORTS, ETUDES, TRAVAUX ET AVIS

Allemagne :

- Die Bundesregierung, Monitoring-Bericht der Bundesregierung zur Anwendung des Vergaberechts 2017, 2017.
- « Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME - IV. Compte rendu du déplacement de quatre membres de la mission en Allemagne (3-4 septembre 2015) ».
- « SME-definition of IfM Bonn », <https://en.ifm-bonn.org/definitions/sme-definition-of-ifm-bonn/>.

Belgique :

- Conseil d'État Belge, Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires - Belgique, 2008.
- FABA, « Agréation des entrepreneurs : le gouvernement supprime l'indexation-octobre2016 <http://www.fegc.be/Newsletter.asp?id=1452&lng=fr> ».
- SPF, Chancellerie du Premier Ministre, « Guide : Lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions ».
- « NOTE DE POLITIQUE GÉNÉRALE (*) Classes moyennes, Indépendants, PME, Agriculture et Intégration sociale du 23 octobre 2017 DOC 54 2708/022 ».
- Premier ministre Charles Michel, Accord de Gouvernement du 09/10/2014, 2014.
- Rapport de contrôle concernant les marchés publics et les concessions, Belgique, 2018.
- Service public fédéral Économie, Charte Accès des PME aux marchés publics, 2018.
- Union des villes et des communes de Wallonie, « Fiche 10 – L'exécution des marchés publics - mis à jour 1er septembre 2017 ».
- Urbain BRUGGEMAN, Manuel pour les marchés de fournitures et de services dans les secteurs classiques sur base de la loi du 15 juin 2006, 2016.

Espagne :

- Agencia Sanitaria Costa del Sol - Consejería de Salud, Instrucciones de cumplimentación del Documento Europeo Único de Contratación.
- Generalitat de Catalunya, Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente), 2016.
- Informe 1/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- Ministerio de hacienda y función pública, Informe relativa a la contratación pública en España - 2017, Espagne, 2018.
- Observatorio de Contratación Pública « Contratación Pública Electrónica VS. Contratación Pública y Electrónica », 27 février 2007,
- Observatorio de Contratación Pública, « Criterios para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes 10/11/2015 », <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.301/chk.ed9591956cbf488acd67af7db6e1c471>.
- Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública.

France :

- Conseil d'État, « Étude du Conseil d'État Directives européennes : anticiper pour mieux transposer », 2015.
- Direction des Affaires Juridiques, « Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution - Mis à jour le 21/02/2017 ».
- Caroline DE PRÉMONVILLE et Yann FROGER, « Le contrôle des directives communautaires par le juge national : évolution ou révolution ? » in « Étude : Le contrôle des directives communautaires : évolution ou révolution ? », coll « Courrier juridique des finances et de l'industrie », 2008.
- « Direction des Affaires juridiques - FICHE Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution - Mise à jour le 11 juillet 2018 ».
- « Fiche Direction des Affaires juridiques - Allotissement - Mise à jour le 27/10/2017 ».
- Guide légistique 3e édition, mise à jour 2017, la documentation française.
- Haut Conseil à Vie Associative, « Avis du HCVA sur le projet d'ordonnance de transposition de la partie législative de la directive marchés publics ».
- Ministère de l'économie et des finances et Ministère de l'économie et des finances, Rapport à la Commission européenne relatif à l'application de la réglementation en matière de marchés publics pour la période 2014-2016.

Général :

- ADELPHI, Strategic Use of Public Procurement in Europe Final Report to the European Commission », MARKT/2010/02/C, 2011.
- « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des Régions - Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe », 03/10/2017 COM (2017) 572 final
- « Commission européenne, Rapport de la Commission au Parlement Européenne et au Conseil sur l'évaluation de l'application pratique du document européen de marché unique DUME » du 17/05/2017.
- « COMMUNICATION DE LA COMMISSION EUROPE 2020 Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive ».
- « Déclaration politique commune des États membres et de la Commission sur les documents explicatifs 2011/C 369/02 du 28 septembre 2011 ».
- Ministre de la Fédération Wallonie-Bruxelles-Secrétariat général, « Syllabus - La réforme des marchés publics - Secteurs classique - Première partie : La passation du marché - Septembre 2013 ».
- Union européenne, « Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne », 2015.
- SIGMA, « Brief 38 Public Procurement Contract Modifications - September 2016 ».
- Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'efficacité de la directive 89/665/CEE et de la directive 92/13/CEE, telles que modifiées par la directive 2007/66/CE, en ce qui concerne les procédures de recours dans le domaine des marchés publics - 24/01/2017 COM (2017) 28 final.

JURISCLASSEURS, ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES ET REPERTOIRES

France :

- André HUET, « Fasc. 584-50 : Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale. – Résultats du contrôle de la régularité internationale », *JurisClasseur Droit international*, coll. « Lexis 360 ».

SITES INTERNET

Belgique :

- « La relation entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage : Actualités du droit belge », <https://www.actualitesdroitbelge.be//droit-immobilier/construction/la-sous-traitance-dans-le-domaine-de-la-construction/la-relation-entre-le-sous-traitant-et-le-maitre-de-l-ouvrage>
- Verjus Jean-Marc, « L'action directe du sous-traitant en droit Belge – une arme redoutable, 02/02/2016 », <https://fr.linkedin.com/pulse/laction-directe-du-sous-traitant-en-droit-belge-une-verjus>

France :

- Frédéric, GUILLAUMOND, « Fusion et marché public : la nécessité d'un d'accord de la personne publique, une pratique contestable au regard de la jurisprudence communautaire - 25/03/2016 », <https://www.village-justice.com/articles/necessite-accord-personne-publique,21786.html>.
- Marie LHERITIER, « Le sourcing : mode d'emploi - 22 février 2017 - EFE - <https://droit-des-contrats-publics.efe.fr/2017/02/22/le-sourcing-mode-demploi/> ».
- Hervé PIELBERG, « Fasc. 180 : SOUS-TRAITANCE du 08/04/2014 mis à jour 05/06/2017 », Contrats et marchés publics.

TABLE DES MATIERES

| | |
|--|-----------|
| Remerciements | 3 |
| Sommaire | 4 |
| Liste des abréviations | 5 |
| Introduction | 6 |
| Chapitre 1 : L'enjeu d'harmonisation au cœur de la transposition | 23 |
| Section I : Une harmonisation garantie par des contrôles de transposition | 24 |
| Paragraphe I : L'intensification des contrôles nationaux | 24 |
| A – Le rôle traditionnel des cours constitutionnelles | 24 |
| B – L'émergence d'autorités nationales de contrôle | 30 |
| Paragraphe II : Un cadrage européen indispensable..... | 33 |
| A – Des techniques de transposition pléthoriques..... | 33 |
| B – Un monitoring rendu obligatoire par la Commission européenne | 40 |
| Section 2. Un objectif d'harmonisation partiellement abouti | 47 |
| Paragraphe I : Portées et limites du processus d'harmonisation | 47 |
| A - Harmoniser pour fonder un marché public commun..... | 47 |
| I – Le format du DUME. | 48 |
| II- La production du DUME | 51 |
| B - Un risque de surtransposition inhérent à l'harmonisation | 61 |
| Paragraphe II : Une difficile transposition de l'harmonisation maximale..... | 67 |
| A - La modification du contrat couverte par une harmonisation maximale | 67 |
| I – La forme de la transposition | 69 |
| II – La transposition des clauses de réexamen..... | 71 |
| III- Les modifications du contrat extérieures aux clauses de réexamen | 76 |
| B– Une mauvaise réception de l'harmonisation définitionnelle..... | 82 |
| Conclusion du chapitre 1. | 97 |
| Chapitre 2 : Une décentralisation des compétences vers le législateur national. | 98 |
| Section I : La latitude du législateur dans la transposition. | 98 |
| Paragraphe I : L'harmonisation minimale : un obstacle à une transposition littérale. | 98 |
| A – L'harmonisation a minima de l'allotissement : un outil perfectible. | 99 |
| I- Les différentes perceptions de l'allotissement | 102 |
| II- Les exceptions à l'allotissement | 106 |
| B– La liberté encadrée du législateur : Le cas du sourcing | 111 |
| I- Le principe du sourcing | 112 |
| II- Mesures contre les atteintes portées à la concurrence | 113 |
| Paragraphe II : L'étendue de la notion d'harmonisation optionnelle. | 118 |
| A – Une soumission inconsciente à l'harmonisation optionnelle..... | 119 |
| B – La mince frontière entre harmonisation minimale et optionnelle | 128 |
| I – Le contrat de sous-traitance..... | 128 |
| II- L'annonce de la sous-traitance au pouvoir adjudicateur..... | 130 |
| III- Le paiement direct..... | 133 |
| IV- Les limites à la sous-traitance | 135 |
| V- La responsabilité du pouvoir adjudicateur..... | 137 |
| Section II : L'avenir incertain de la gradation coordination / harmonisation | 140 |
| Paragraphe I : La faible présence de la coordination dans la directive | 141 |
| A - L'origine de la coordination : une définition distincte | 141 |
| B - Le faible effet des dispositions couvertes par la coordination..... | 143 |
| I - Les critères environnementaux et/ou sociaux | 144 |
| II - L'appréhension des préoccupations environnementales et sociales dans les conditions d'exécution du marché | 149 |

| | |
|---|------------|
| Paragraphe II : Une obsolescence en cours de la coordination | 151 |
| A – L’entretien d’un contexte définitionnel brumeux | 152 |
| B – Un rapprochement jurisprudentiel, une suite au rapprochement des législations | 160 |
| <i>Conclusion du chapitre 2.</i> | 165 |
| <i>Conclusion générale.</i> | 166 |
| <i>Bibliographie</i> | 169 |
| <i>Table des matières</i> | 186 |



Collection des mémoires de l'IFR

Copyright et diffusion 2018

© IFR

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty, 31042 Toulouse cedex 9

ISSN : 2557-4779

Réalisation de la couverture :
www.corep-impression.com