

Le code des marchés publics français dans son contexte européen

Résumé

Malgré les efforts d'anticipation du droit européen, le droit des marchés publics ne l'intègre pas toujours ni totalement.

Mots clés

Code des marchés publics | Droit européen | Transposition | Avis de préinformation | Marché négocié | Variante | Critère environnemental

La publication récente du Code des marchés publics modifié par le décret du 7 janvier 2004 était attendue au regard des objectifs gouvernementaux d'assouplissement des règles internes de la commande publique, mais également au regard des difficultés soulevées par la question de l'incompatibilité avec le droit européen, de certaines dispositions du code dans ses versions antérieures⁽⁹⁾.

En 2002, la Commission européenne avait adressé à la France un avis motivé, préalable à la saisine de la Cour de justice des Communautés européennes, relevant onze points d'incompatibilité entre le code issu de la réforme de 2001 et les directives Marchés en vigueur⁽¹⁰⁾. Cette situation était bien entendu source de difficultés pour les acheteurs publics compte tenu de la primauté du droit européen⁽¹¹⁾, et il convenait d'y remédier. Tel a notamment été l'objet du décret du 7 janvier 2004, qui a cependant laissé subsister, selon la Commission, trois points d'incompatibilité.

Entre-temps, la Commission européenne avait adressé un courrier confidentiel aux autorités françaises tendant à lui faire part de son analyse quant au projet de réforme porté à sa connaissance.

Parallèlement, les positions communes du Conseil arrêtées le 20 mars 2003 en vue de l'adoption des directives du Parlement européen et du Conseil relatives « à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services », et « dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux », ont été soumises au Comité de conciliation⁽¹²⁾ et ont donné lieu à l'approbation de textes en décembre 2003. Leur publication au JOUE, qui devrait intervenir au printemps 2004, n'est plus subordonnée

qu'à leur finalisation dans les diverses versions linguistiques. Le décret du 7 janvier 2004 constitue un progrès dans la transposition du droit européen, en faisant un effort d'alignement de plusieurs dispositions du code sur les directives Marchés, et en anticipant partiellement sur les directives Coordination des procédures (I). Mais cette transposition demeure encore insatisfaisante, ainsi qu'en témoigne l'avis motivé récemment adressé à la France par la Commission européenne, et des compléments de transposition encore à venir (II).

Pierre Pintat

Avocat à la Cour,
Cabinet Matharan-Pintat

I. DES PROGRÈS DANS LA TRANSPOSITION DU DROIT EUROPÉEN

Le nouveau décret procède à un effort d'alignement de plusieurs dispositions du code sur les directives Marchés (A), et anticipe partiellement sur les directives Coordination des procédures (B).

A) Un effort d'alignement sur les directives Marchés

Le relèvement des seuils internes par rapport aux seuils communautaires est une première illustration du rapprochement qu'opère le Code de 2004 par rapport aux Directives « Marchés », même si cela ne procède pas d'une logique de mise en compatibilité des dispositions nationales avec le droit européen mais d'une volonté d'assouplir les règles applicables (et alors même que les seuils de publicité et de mise en concurrence retenus par le décret de 2004 ne sont pas identiques à ceux figurant dans la Directive « Coordination des procédures » à venir⁽¹³⁾).

(9) Voir rép. min., aff. europ. (JOS du 1^{er} mai 2003).

(10) Directives Travaux (n° 93/37 du 14 juin 1993), Fournitures (n° 93/36 du 14 juin 1993) et Services (n° 92/50 du 12 juin 1992), modifiées par la directive n° 97/52 du 13 octobre 1997 intégrant l'Accord sur les marchés publics ; directive applicable dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications dite Secteurs spéciaux (n° 93/38 du 14 juin 1993), modifiée par la directive n° 98/04 du 16 février 1998 intégrant l'Accord sur les marchés publics ; IP/02/1507 du 23 octobre 2002.

(11) Récemment illustré par l'annulation partielle de l'article 3 du Code des marchés publics 2001 (CE ass. du 5 mars 2003, Unspic, req. n° 233372 : « Les effets des arrêts CE du 5 mars 2003 », dossier collectif, CP-ACCP, n° 22, mai 2003, p. 31 et s. — CE du 28 avril 2003, Fédération française des courtiers d'assurance et de réassurance et a., req. n° 233343 et 233474 : « Marchés publics : une intégration laborieuse des principes communautaires », M. Berbari, CP-ACCP, n° 24, juillet-août 2003, p. 57).

(12) Prévu par l'art. 251-§ 4 du Traité CE.

(13) Fournitures et services : 162 000 € HT pour les autorités centrales et 249 000 € HT pour les autres pouvoirs adjudicateurs pour la nouvelle directive Secteurs classiques ; 499 000 € HT pour la nouvelle directive applicable aux opérateurs de réseaux ; travaux : 6 242 000 € HT.

Le Conseil d'État, en annulant l'article 3-7° par sa décision Union nationale des services publics industriels et commerciaux précitée, avait déjà contribué à apporter une réponse au grief de la Commission tiré de ce que cet article excluait du champ d'application du code les **contrats de mandat sans distinction**, et notamment les mandats dits « loi MOP », qui avaient fait l'objet d'un avis motivé spécifique de la part de la Commission⁽¹⁴⁾.

La défaillance du titulaire d'un marché précédent ne constitue plus un cas de recours aux marchés négociés.

Le décret de 2004 a remédié à d'autres points d'incompatibilité entre la version 2001 du code et les directives Marchés.

On citera en premier lieu la précision relative au contenu de l'avis de préinformation. Le code 2001 ne précisait pas que pour pouvoir bénéficier des délais réduits en cas de publication d'un avis de préinformation, le contenu de celui-ci devait répondre à une exigence, à savoir contenir autant de renseignements que ceux énumérés dans l'avis d'appel public à la concurrence. Cette précision est désormais apportée (art. 57-II-a ; art. 62-II-a du Code des marchés publics respectivement en appel d'offres ouvert et restreint). Le code précise cependant que cette exigence ne vaut que « pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis de préinformation ».

On citera également certains cas de recours au marché négocié sans publicité préalable (mais avec mise en concurrence), ouverts par le code 2001, et qui ont disparu dans le code 2004, dont en particulier celui des marchés faisant suite à la défaillance du titulaire d'un marché précédent (ancien art. 35-II-3°).

Un autre grief portait sur l'impossibilité, pour les candidats ressortissants européens, d'établir la régularité de leur situation fiscale et sociale au moyen d'une déclaration sous serment ou solennelle. Cette faculté, précédemment ouverte au profit des ressortissants non communautaires, est désormais étendue aux ressortissants européens (art. 46-II).

Un autre grief portait sur le régime des variantes, pour lesquelles le code 2001 ne comportait pas l'obligation de mentionner dans l'avis de publicité si elles n'étaient pas autorisées. Cette information pouvait ne figurer que dans le règlement de la consultation. Le code 2004 comporte désormais l'exigence de mention dès l'avis de publicité (art. 50).

D'autres ajustements ont été opérés par rapport aux directives Marchés ; tel est le cas de la précision apportée à l'article 3-2° (compatibilité avec le Traité des « droits

exclusifs » justifiant l'exclusion du champ d'application du code). Tel est également le cas de l'exigence de publication de l'avis d'attribution, pour les marchés dont le montant dépasse les seuils européens, dans le même organe ayant assuré la publication des avis d'appel public à concurrence (art. 80-al. 2). Cette disposition découle directement des termes des directives communautaires.

B) Une anticipation partielle sur les directives Coordination des procédures

La directive Coordination des procédures comporte, sous l'appellation « dialogue technique » ou encore « dialogue compétitif », la faculté de solliciter ou d'accepter un avis pouvant être utilisé pour l'établissement du cahier des charges dès lors que cela n'a pas pour effet d'empêcher la concurrence⁽¹⁵⁾. Il s'agit, grâce au dialogue avec les candidats admis à cette procédure, de pouvoir développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre aux besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats seront invités à remettre une offre⁽¹⁶⁾.

Cette procédure permet le déroulement de la procédure en phases successives de manière à réduire progressivement le nombre d'offres qui continueront à être discutées⁽¹⁷⁾.

Les articles 36 et 67 du code 2004 anticipent sur la transposition de la directive Coordination des procédures en instaurant la procédure du « dialogue compétitif ».

Le Code autorise également le critère environnemental dans l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse (« performances en matière de protection de l'environnement » ; art. 53-II du code), ainsi que le prévoit la future directive (art. 53-1-a).

Suivant en cela la future directive applicable aux opérateurs de réseaux (art. 5.1), le code 2004 étend la définition des opérateurs de réseaux de transport aux pouvoirs adjudicateurs qui assurent « la mise à disposition » de tels réseaux, et plus seulement leur « exploitation » comme dans le code 2001 (art. 82-5°), ce qui étend ainsi le champ du recours à la procédure négociée après publicité préalable en matière de services.

Même si la Commission européenne, dans son avis motivé, a limité ses griefs dirigés contre le texte de 2004 à ceux qu'elle estime encourus au regard de la Directive Coordination des procédures, les collectivités publiques ne sauraient, avant la publication de cette nouvelle directive au-dessus des seuils européens actuellement applicables, mettre en œuvre sans risque juridique les dispositions issues de la réforme de 2004 qui anticipent sur ce texte.

(14) IP/02/1165.

(15) 8° et 16° considérants ; art. 29 de la directive.

(16) Art. 1°-11°-c.

(17) 41° considérant.

II. UNE TRANSPOSITION DU DROIT EUROPÉEN ENCORE INSATISFAISANTE

La transposition du droit européen dans le Code des marchés publics français demeure encore insatisfaisante, ainsi qu'en témoigne l'avis motivé récemment adressé à la France par la Commission européenne (A), et des compléments de transposition à venir (B).

A) L'avis motivé de la Commission de février 2004

La Commission a adressé un nouvel avis motivé à la France faisant état d'incompatibilités avec les directives Marchés non encore levées (voir extrait, p. 20.).

Il s'agit, en premier lieu, des exceptions à toute obligation de publicité préalable et de mise en concurrence en matière de services, figurant à l'article 30 du Code des marchés publics. Dans sa version précédente, cet article énumérait certaines catégories de services (services juridiques ; services sociaux et sanitaires ; services récréatifs, culturels et sportifs ; services d'éducation, de qualification et d'insertion professionnelle, visés par l'annexe I-B de la directive Services n° 92/50 du 18 juin 1992 modifiée). Un décret précisait les services concernés. Le code 2004 n'a pas repris cette énumération, et procède désormais par exception aux services visés par l'article 29, lequel reprend la liste des services énumérés dans l'annexe I-A de la directive Services. La Commission fait grief à la France de ne pas prévoir, pour ces marchés, l'exigence d'un « degré de publicité adéquat » dégagée par la jurisprudence *Telaustria* sur le fondement du principe de transparence du Traité CE⁽¹⁸⁾.

Un autre grief adressé par la Commission au code 2004 porte sur le nombre minimal de candidats admis à remettre une offre en appel d'offres restreint. Selon la jurisprudence de la CJCE⁽¹⁹⁾, ce nombre ne saurait être inférieur à 5, même lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas limité par avance le nombre de candidats susceptibles d'être sélectionnés.

Selon la Commission, le code 2004 ne reprendrait pas cette exigence. Pourtant, si l'article 60-I envisage bien l'hypothèse dans laquelle l'avis de publicité fixe un nombre minimal de candidats admis à remettre une offre, et qui ne saurait être inférieur à 5, l'article 61-II in fine reprend de façon plus générale l'exigence de retenir au minimum 5 candidats en appel d'offres restreint.

Enfin, un grief majeur est formulé par la Commission relativement aux contrats d'emprunt, exclus du champ

d'application du code, et donc en particulier de toute publicité et mise en concurrence, par l'article 3-5° du code 2004 comme du code 2001⁽²⁰⁾.

La Commission estime que les contrats qui ont pour objet soit des emprunts, soit d'autres engagements financiers, relèvent des procédures préalables de publicité et de mise en concurrence prévues par les directives Services et Secteurs spéciaux⁽²¹⁾.

Par ailleurs, si le Code des marchés publics n'exclut pas formellement les conventions d'aménagement, aux termes de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme, ce type de conventions est susceptible d'échapper à toute mise en concurrence.

Or la Commission fait valoir, dans son récent avis motivé, que les conventions d'aménagement relèvent, lorsqu'elles ont principalement pour objet la réalisation de travaux, de la directive Travaux, et qu'elles sont assujetties à des obligations de publicité préalable et de mise en concurrence, y compris lorsqu'elles sont attribuées à des sociétés d'économie mixte ou à des organismes publics susceptibles de bénéficier d'expropriations, dans la mesure où des personnes privées peuvent tout aussi bien en bénéficier.

Lorsque ces conventions ont principalement pour objet la gestion d'activités économiques ou le développement des loisirs et du tourisme, la Commission considère qu'elles constituent des « concessions de services » dont la passation doit obéir au principe de transparence dégagé par la jurisprudence *Telaustria* précitée.

Il en va de même des mandats d'études préalables à une opération d'aménagement, dont la Commission estime qu'ils relèvent des obligations de publicité préalable et de mise en concurrence de la directive Services.

B) Des compléments de transposition à venir des directives Coordination des procédures

Force est de constater que plusieurs points de la nouvelle directive n'ont pas été anticipés par le code 2004, et qu'il faudra donc bien, avant l'expiration du délai de transposition (21 mois à compter de l'entrée en vigueur de la directive : art. 80-1), modifier à nouveau le code pour procéder à cette transposition.

La directive Coordination des procédures rend obligatoire la pondération, sauf impossibilité démontrée ; l'article 53-II est moins rigoureux puisqu'il paraît laisser le choix : les critères sont « pondérés ou, à défaut, hiérarchisés ».

La nouvelle directive Secteurs spéciaux vise les services postaux (art. 6), et ne vise plus les télécommunications, ce qui n'est pas le cas du code 2004 (art. 82).

(18) CJCE du 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/Telekom Austria AG*, aff. C-324/98 : Rec. 2000, p. I-10745 ; BJCP, n° 11, juillet 2000, p. 296 et n° 13, novembre 2000, p. 458.

(19) CJCE du 26 septembre 2000, *Commission c/France*, aff. C-225/98 : M. Barbari et C. Bréchon-Moulènes. CP-ACCP, n° 1, juin 2001, p. 68.

(20) Ces contrats d'emprunts sont à distinguer, selon le code, des « services financiers » visés à l'article 29, parmi lesquels figurent notamment les « contrats de service financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location » visés à l'article 3-3°. Sur l'interprétation française de la directive Coordination des procédures : rép. min., Eco. (JO du 28 avril 2003).

(21) Annexe I-A de la directive n° 92/50 du 18 juin 1992 modifiée, et annexe XVI-A de la directive n° 93/38 du 14 juin 1993 modifiée.

Enfin, on peut également relever que, par arrêté du 30 janvier 2004 pris en application des articles 40 et 80 du code, le ministre de l'Économie et des Finances a fixé les modèles de formulaires pour la publication des avis relatifs à la passation et à l'attribution de marchés publics⁽²²⁾.

La circulaire d'application du code 2004 avait attiré l'attention sur le fait que les collectivités devraient, pendant une période transitoire, utiliser deux modèles de formulaires distincts selon qu'il s'agissait de la publicité européenne (arrêté du 4 décembre 2002, reprenant les modèles européens dont on sait qu'ils s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs français⁽²³⁾) ou nationale (arrêté du 30 janvier 2004), alors même que les avis doivent comporter les mêmes renseignements⁽²⁴⁾.

CONCLUSION

Malgré les progrès réalisés, on peut regretter que l'effort d'alignement du Code des marchés publics sur le droit européen n'ait pas été plus radical, tant sur le fond que sur la forme, compte tenu de la primauté du droit européen et de la complexité du droit en la matière pour les acheteurs publics.

On peut surtout s'interroger sur l'opportunité d'avoir procédé à la réforme du code à contretemps de la refonte des directives Marchés, ajoutant ainsi l'instabilité des règles à une insécurité juridique qui n'est pas abolie. ■

(22) JO du 5 février 2004, p. 2493 : voir analyse de M. Barbari et modèles d'avis (respectivement p. 44 et 51 du présent numéro).

(23) CE du 19 octobre 2001, Sté Alstom, req. n° 233173 — CE du 27 juillet 2001, Compagnie Générale des Eaux, req. n° 229566.

(24) Point 8-2-3 de la circulaire.

ANNEXE (extrait)

Marchés publics : la Commission agit pour faire appliquer le droit européen en France et en Italie

Bruxelles, le 4 février 2004.

La Commission européenne a décidé de saisir la Cour européenne de justice contre la France pour non-conformité de son Code des marchés publics avec les directives « marchés publics » et avec le traité CE. [...] Les demandes de la Commission prendront la forme d'avis motivés, deuxième étape de la procédure d'infraction prévue à l'article 226 du traité CE. En l'absence de réponse satisfaisante à ces avis motivés, la Commission pourra saisir la Cour.

Les procédures d'appels d'offres ouvertes et transparentes exigées par la législation de l'UE en matière des marchés publics signifient davantage de concurrence, de meilleures garanties contre la corruption, ainsi qu'un meilleur service aux contribuables et un meilleur usage des deniers publics. Ainsi, une étude récente (voir IP/04/149) a démontré que l'application des directives a réduit d'environ 30 % les prix payés par les pouvoirs adjudicateurs pour les travaux, les fournitures et les services. L'UE vient d'adopter définitivement un paquet législatif destiné à clarifier, à moderniser et à simplifier les directives afin de permettre des économies encore plus importantes (voir IP/04/150).

France : code des marchés publics

[...] La Commission a constaté que le nouveau code adopté le 7 janvier 2004 ne prend toujours pas en compte trois des onze griefs que la Commission avait soulevés dans son avis motivé du 23 octobre 2002 relatif à la version précédente du code qui datait du 7 mars 2001 (voir IP/02/1507).

Premièrement, le nouveau code, tout comme celui

de mars 2001, soumet à des procédures "allégées" certains marchés publics de services figurant dans l'annexe IB de la directive 92/50/CEE. Il s'agit notamment des services juridiques, des services sociaux et sanitaires, des services récréatifs, culturels et sportifs, des services d'éducation ainsi que des services de qualification et d'insertion professionnelles.

Pour ces services, les collectivités publiques ne sont pas obligées par le code français d'assurer un degré de publicité adéquat, ce qui, selon l'arrêt *Telaustria* de la Cour de justice (aff. C-324/98), est en revanche tout à fait nécessaire pour que la passation d'un marché soit conforme au principe de transparence exigé par le traité.

Deuxièmement, le code maintient l'exclusion des contrats d'emprunt des obligations de publicité et de mise en concurrence, alors que la Commission considère qu'en général les contrats qui ont pour objet soit des emprunts soit d'autres engagements financiers sont visés par l'annexe IA de la directive 92/50/CEE (marchés publics de services) et l'annexe XVII de la directive 93/38/CEE (marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications) et donc soumis aux obligations de transparence prévues par ces Directives.

En dernier lieu, la Commission considère que le nouveau code continue de violer les directives Marchés publics en ce qui concerne le nombre minimal de participants à inviter dans une procédure restreinte (c'est-à-dire non ouverte à tout soumissionnaire souhaitant présenter une offre). En effet, selon la jurisprudence de la Cour de justice, même en l'absence de fourchette fixée dans l'avis de marché publié au Journal officiel de l'Union européenne, le nombre

minimum de candidats invités à soumissionner ne saurait être inférieur à cinq (voir l'arrêt *Commission c/France*, aff. C-225/98). Or, le code applique ce nombre minimum uniquement dans l'hypothèse où l'avis de marché fixerait une fourchette.

France : conventions d'aménagement
La Commission a adressé un avis motivé aux autorités françaises en raison de l'incompatibilité avec le droit européen de l'article L. 300-4 du code français de l'urbanisme. Cet article permet l'attribution sans publicité ni mise en concurrence de conventions d'aménagement et de contrats de mandat de suivi d'études préalables à une opération d'aménagement.

La France utilise les conventions d'aménagement notamment pour des opérations globales incluant la réalisation d'équipements collectifs destinés à être remis au pouvoir adjudicateur ainsi que de bâtiments destinés à être revendus ou loués, par exemple dans le cadre de la mise en œuvre d'un projet urbain et d'une politique locale de l'habitat ou du renouvellement urbain.

[...] D'autres types de conventions d'aménagement peuvent avoir pour objet la gestion d'activités économiques ou le développement des loisirs et du tourisme, auquel cas la Commission considère qu'elles doivent être assimilées à des concessions de services dont la passation, selon le traité, doit garantir un degré adéquat de publicité en faveur de tout candidat potentiel (voir l'affaire C-324/98, *Telaustria* de la Cour de justice).

En ce qui concerne les mandats d'études préalables nécessaires à la définition des caractéristiques d'une opération d'aménagement, la Commission considère que ces contrats doivent être passés conformément aux règles de publicité et de mise en concurrence prévues par la directive 92/50/CEE relative aux marchés publics de services.