

INTRODUCTION

Parmi les nombreuses branches sectorielles que recouvre le droit du marché intérieur de l'Union, les règles qui régissent la commande publique présentent un caractère central et incontournable. Depuis plusieurs années, les études économiques évaluent à 15 % du PIB de l'Union les montants couverts par la commande publique au sens large (1), marchés publics, concessions ou contrats de partenariat. Bien que ce chiffre renvoie à des réalités hétérogènes suivant les États, il rend toutefois compte de la centralité de l'achat public dans les politiques nationales et européennes, à la fois pour satisfaire les besoins des personnes publiques, mais également pour utiliser la commande publique comme levier pour la réalisation de nombreuses politiques publiques sectorielles.

Depuis plus de quatre décennies et l'adoption de la première directive sur les marchés de travaux en 1971, le droit communautaire, devenu droit de l'Union, a largement contribué à remodeler la commande publique et à lui donner de nouvelles impulsions. Avec l'adoption d'un nouveau cadre normatif en février 2014, constitué de deux directives sur les marchés publics (2014/24 et 2014/25) (2) et d'une directive sur l'attribution des contrats de concession (2014/23) (3), cette dynamique a été poursuivie et a conduit à des évolutions importantes dans les droits nationaux. La France a ainsi saisi le contexte de la transposition de ces directives pour procéder à une refonte importante du droit des marchés publics et des concessions, avec l'abrogation du Code des marchés publics au 1^{er} avril 2016 et l'adoption de deux grandes ordonnances, l'une sur les marchés publics, l'autre sur les contrats de concession (4).

(1) Voy. S. SAUSSIER et J. TIROLE, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Les notes du Conseil d'analyse économique*, n° 22, avril 2015.

(2) Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *JOUE*, n° L 94/65 du 28 mars 2014.

(3) Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, *JOUE*, n° L 94/1 du 28 mars 2014.

(4) La France a procédé à la transposition de ces directives par deux ordonnances, à savoir l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

Mais le droit européen de la commande publique va sûrement au-delà de ces directives ; bien qu'elles en constituent la traduction normative la plus connue et la plus accessible, la matière est également structurée par le droit primaire sous l'angle des principes fondamentaux d'égalité, de non-discrimination et de transparence, et par tout un ensemble de règles sectorielles. Cette diversité normative, qui s'accompagne d'une pratique et d'une jurisprudence particulièrement denses (5), conduit à faire du contentieux des contrats publics, une branche relativement homogène au sein du droit économique de l'Union, dotée de sa propre logique et traversée par des évolutions qui interfèrent avec des questions centrales, telles que la satisfaction des besoins des collectivités publiques, la délivrance d'activités liées à l'intérêt général, l'orientation des politiques d'achat en réponse à des besoins sociaux ou environnementaux, ou encore l'adaptation des exigences de mise en concurrence au regard de la spécificité de certains marchés.

Le présent manuel, qui s'inscrit dans la lignée de travaux antérieurs sur le droit de l'Union et les marchés publics (6), entend, à son échelle, contribuer à une compréhension de ce cadre normatif et de ses évolutions. Il propose une réflexion sur cette matière particulièrement dense, qui apparaît comme un point de rencontre entre des logiques propres à plusieurs ensembles normatifs, en droit de l'Union comme dans les droits nationaux : marché intérieur, droit de la concurrence, droit des contrats publics et privés, droit des marchés régulés, des collectivités, du service public ; plus largement « droit administratif européen » (7). Par ailleurs, cet ouvrage vise à rendre accessible, pour les avocats, les magistrats et les praticiens, en collectivité ou au

(5) Pour l'année 2015, le rapport annuel de la Cour de justice indique que 26 affaires ont été jugées par la Cour en matière de marchés publics, ce qui représente un volume certes inférieur à des matières telles que la concurrence (40 affaires), l'environnement (47) ou l'Espace de liberté, de sécurité et justice (47), mais supérieur aux contentieux liés aux différentes libertés de circulation (respectivement, 6 affaires en matière de capitaux, 12 pour la liberté d'établissement, 24 pour les services, 15 pour les personnes, 8 pour les marchandises), ainsi qu'aux litiges liés à la citoyenneté (6), à l'agriculture (17), voire au droit institutionnel (24).

(6) En français, voy. les ouvrages de L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, coll. Droit des affaires, Paris, LGDJ, 2009, et de J.-Fr. BRISSON, *Les fondements juridiques des marchés publics*, coll. Essentiel experts – marchés publics locaux, Paris, Imprimerie nationale, 2004 ; en langue anglaise, voy. C. BOVIS, *EU Public Procurement Law*, 2^e éd., Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012, et M. TRYBUS, R. CARANTA et G. EDELSTAM, *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, coll. Droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 2014.

(7) Voy. les ouvrages incontournables de J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, et de J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014.

sein d'entreprises, le contenu des règles européennes de commande publique ainsi que la jurisprudence, extrêmement dense, de la Cour de justice qui s'y rapporte.

Cette exigence de compréhension nécessite, à titre introductif, de revenir sur le mouvement croissant d'eupéanisation de la commande publique (§ 1) et sur les finalités de l'encadrement normatif de l'Union (§ 2).

§ 1. – *La commande publique saisie par le droit de l'Union*

1. Signification de la commande publique. La qualification de « commande publique » fait figure de terme générique qui s'est progressivement imposé dans la pratique et dans le droit (8) pour regrouper les instruments par lesquels les personnes publiques, au sens large, satisfont leurs besoins, assurent des missions ou associent les tiers à l'exercice d'un service d'intérêt général (9). Conçue de manière générale, la commande publique est plus large que le droit des contrats administratifs, qui se caractérise par des qualifications législatives (tels que les marchés publics) ou prétoriennes (suivant des critères organiques et matériels) et par un régime progressivement construit par le juge administratif. Elle suppose certainement de procéder à un dépassement des catégorisations usuelles des contrats administratifs (10).

De longue date, les achats des personnes publiques, de même que la délivrance d'activités d'intérêt général, renvoient à plusieurs dispositifs contractuels : les marchés publics, conclus à titre onéreux, les concessions, qui supposent que le prestataire assure un risque d'exploitation, mais également les contrats de régie, certains baux emphytéotiques, les contrats de partenariat ou encore des montages contractuels complexes. Compte tenu de ce foisonnement d'instruments, le qualificatif général de « commande publique » permet de les

(8) Dans sa décision n° 2003-473 DC du 23 juin 2003, le Conseil constitutionnel s'est pour la première fois référé au « droit commun de la commande publique » et aux « exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique ». Le Conseil d'État utilise également cette même expression : CE, 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563.

(9) Voy. la définition systématique proposée par C. MAUGUE, « Les EPIC face au droit de la commande publique », *JCP Adm. et coll.*, 2009, p. 2198.

(10) Voy. en ce sens les thèses de L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2010 ; G. KALFÈCHE, *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics*, thèse Paris II, 2004.

envisager de manière relativement unitaire, en retenant une formule qui « s'impose non seulement pour sa commodité, mais aussi par discipline et par raison » (11).

2. Encastrement européen des contrats publics. Au regard de cette diversité, le droit de l'Union a progressivement défini un noyau dur, un tronc commun pour l'ensemble de ces contrats de la commande publique (12). Leur nature juridique – contrats administratifs ou contrats de droit privé – est indifférente pour le droit de l'Union. Suivant une qualification retenue par certains auteurs, il s'agit le plus souvent de contrats publics (13), qui se caractérisent par la prévalence d'un critère organique lié à la présence d'une personne publique ou d'une personne privée sous influence publique au contrat. Les différents paquets législatifs qui se sont succédé depuis 1971, de même que l'influence grandissante des principes fondamentaux de la commande publique qui ont été systématisés par l'arrêt *Telaustria* (14), ont progressivement façonné ces contrats publics. On peut ainsi, à juste titre, considérer qu'un processus « d'européanisation » des contrats publics est à l'œuvre (15), non seulement avec la définition de notions structurantes, telles que le pouvoir adjudicateur, l'onérosité du marché, le risque dans la concession, mais également avec l'ébauche d'un régime commun pour la conclusion et l'exécution des contrats.

Dans une perspective juridique, l'influence du droit de l'Union est d'autant plus remarquable qu'elle repose sur différentes formes de relations entre les droits nationaux et le droit supranational. Celui-ci agit sur ceux-là par des relations d'uniformisation des droits (par exemple pour les seuils ou pour l'identification des procédures de passation, de leurs étapes et de leurs délais), par le recours à l'harmonisation (pour la

(11) P. DELVOLVÉ, « Les contrats de la "commande publique" », *RFDA*, 2016, n° 2, p. 200.

(12) Voy. Ph. TERNEYRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA*, 1996, n° 6, pp. 84-91.

(13) Voy. la thèse de Mathias AMILHAT, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, coll. Droit administratif, Bruxelles, Bruylant, 2014 ; également, Y. GAUDEMET, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, n° 2, p. 313.

(14) CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH*, aff. C-324/98, *Rec.*, p. I-10745.

(15) Voy. en ce sens, l'ouvrage de Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et Cl. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2004 ; R. NOGUELLOU, « L'européanisation du droit des contrats administratifs », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Traité de droit administratif européen*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 1163-1178.

définition des grandes notions, telles que le pouvoir adjudicateur, l'opérateur économique, l'exception public-public) ou encore par la coordination des droits nationaux (ainsi, sous les seuils de procédure formalisée, les principes fondamentaux permettent-ils de garantir des exigences minimales sans préjuger de l'application des droits nationaux).

Mais cette influence protéiforme doit composer avec des modèles juridiques très différents suivants les États. Bien que la Commission ait envisagé la refonte des directives en 2011 sous l'angle « de la modernisation de la commande publique » (16), celle-ci renvoie à des réalités hétérogènes. Les différences se vérifient, à la fois, sur le terrain de la qualification des contrats en cause (de droit privé en Allemagne ou aux Pays-Bas, de droit privé ou public selon la nature des clauses en Italie ou en Belgique, généralement de droit public en France ou au Portugal) (17), mais également au regard de leur régime juridique et du degré d'exorbitance qui les caractérise par rapport au droit commun des contrats.

Cette diversité que les règles et les principes qui forment le droit européen de la commande publique parviennent à un point d'équilibre ; qu'ils soient, d'un côté, suffisamment précis et homogènes pour former un socle normatif qui caractériserait un droit public européen des contrats publics (18) ; qu'ils soient, d'un autre côté, suffisamment souples pour préserver les spécificités et les identités propres à chaque État. Cette recherche d'équilibre, au-delà du contenu même des normes, nécessite de prendre en compte les finalités mêmes qui sont poursuivies par le droit de l'Union.

§ 2. – *Les finalités de la commande publique et le droit de l'Union*

3. Rattachement au marché intérieur. La réglementation européenne en matière de marchés publics puise son origine et sa rationalité dans le cadre de la réalisation du marché intérieur. La totalité du droit dérivé dans le champ de la commande publique a pour

(16) COM (2011) 15 final du 27 janvier 2011, *Livre vert sur la modernisation de la politique de l'Union en matière de marchés publics. Vers un marché européen des contrats publics plus performant*.

(17) Voy. le panorama dans l'ouvrage de R. NOGUELLOU et U. STELKENS (dir.), *Droit comparé des contrats publics. Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

(18) Le droit des contrats publics s'inscrit ainsi parfaitement dans le mouvement, plus général, de formation « d'un droit public européen », voy. B. STIRN, *Vers un droit public européen*, coll. Clefs, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2015.

base juridique la libre prestation de services et la liberté d'établissement. Ce rattachement au marché intérieur trouve sa justification dans la finalité intrinsèque des directives, suivant laquelle une coordination des procédures de passation est nécessaire pour supprimer les entraves à la libre prestation des services et à la liberté d'établissement et protéger, par là même, les opérateurs économiques établis dans d'autres États membres. En posant des règles de publicité et de passation, il s'agit d'exclure le risque que le pouvoir adjudicateur donne la préférence à certains soumissionnaires et se laisse guider par des considérations autres qu'économiques. Cette rationalité économique est régulièrement réitérée dans la jurisprudence de la Cour (19). Elle n'intervient toutefois qu'à la condition que les autorités publiques décident de confier une prestation de services, un marché de travaux ou de fournitures à un tiers à titre onéreux, mais non si elles le fournissent elles-mêmes.

4. Marchés publics et concurrence. Cette vocation première des directives, liée à la suppression des entraves aux libertés de circulation, nourrit un dessein plus général, qui vise à garantir l'accès aux différents marchés pour les opérateurs et à éviter les distorsions de concurrence. Aussi, bien que les directives ne soient pas formellement rattachées, par leur base juridique, au droit de la concurrence, elles constituent toutefois une matérialisation sectorielle des exigences concurrentielles. Ainsi que l'a souligné l'Avocat général Stix-Hackl, « les directives, tout comme le droit communautaire en général, ont pour objet, premièrement, les pratiques qui restreignent la concurrence et, deuxièmement, d'ouvrir le marché d'approvisionnement concerné à la concurrence, c'est-à-dire d'assurer un accès libre en particulier aux entreprises d'autres États membres. Le principe de concurrence remplit plusieurs objectifs de protection. En premier lieu, le principe de concurrence vise les relations des entreprises entre elles, c'est-à-dire entre candidats ou soumissionnaires. Une demande d'approvisionnement doit faire l'objet d'une concurrence parallèle entre eux. En second lieu, le principe de concurrence s'applique à la relation entre les pouvoirs adjudicateurs qui sont à qualifier d'entreprises et les entreprises, [...] en position dominante [...] au regard de l'article 82 CE [102 TFUE].

(19) CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding*, aff. C-360/96, *Rec.*, p. I-6821, pt 41 ; CJCE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, aff. C-380/98, *Rec.*, p. I-8035, pt 16.

En troisième lieu, le principe de concurrence est destiné à protéger la concurrence en tant qu'« institution » (20). Les règles européennes relatives aux marchés publics sont dès lors conçues comme des instruments essentiels pour garantir le fonctionnement d'un ordre concurrentiel. À travers elles, c'est bien la constitution économique de l'Union qui est mise en œuvre, en garantissant l'effectivité de lois d'accès et de fonctionnement du marché. Il est dès lors logique que l'encadrement des contrats publics accompagne les évolutions du droit économique de l'Union ; conçu initialement pour garantir l'accès aux marchés publics pour les opérateurs tiers, il est aussi envisagé comme un paramètre pour apprécier la légalité d'une intervention économique des personnes publiques. À ce titre, l'arrêt *Altmark* a conduit à établir un rapport systématique entre le droit des marchés publics et celui des aides d'État, en faisant du respect du processus d'attribution établi par les directives un critère central pour apprécier l'existence d'une compensation de service public (21).

5. Renouveau et enrichissement des finalités. Dans la période récente, l'encadrement européen des contrats publics s'est élargi, de manière significative, à d'autres finalités que celles qui résultent de sa matrice historique, droit du marché et droit de la concurrence. En cohérence avec l'évolution qui s'observe dans la plupart des États membres, l'Union envisage de plus en plus les règles de la commande publique à d'autres fins que la circulation des opérateurs économiques. Ainsi, les directives, essentiellement depuis 2004, se sont progressivement enrichies pour intégrer de nouvelles préoccupations, telles que les exigences liées aux achats responsables, la prise en compte de l'innovation dans le marché, les conditions de l'exécution des contrats publics, les impératifs de solidarité ou encore la préservation de la marge de manœuvre des collectivités locales dans le principe même de ne pas recourir aux marchés publics (ou aux concessions) pour satisfaire leurs besoins. Il en résulte que la compréhension des principes fondamentaux et des directives doit être envisagée dans une perspective plus générale,

(20) Conclusions de l'Avocat général Mme Christine STIX-HACKL dans l'affaire *Sintesi Spa* (C-247/02), présentées le 1^{er} juillet 2004, *Rec.*, p. I-9217.

(21) CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, *Rec.*, p. I-7747. Sur l'étude des relations entre marchés publics et droit de la concurrence, voy. A. SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2^e éd., Oxford, Hart Publishing, 2015.

celle de la constitution d'une politique européenne de la commande publique, conçue comme une composante d'une politique économique européenne qui demeure fragmentée (22).

Cette tendance est associée à des évolutions sur les terrains de la pratique, de la fabrique et de l'interprétation du droit. Les praticiens doivent évoluer dans un maquis normatif de plus en plus dense, avec une matière qui est presque totalement européanisée pour des marchés importants en volume, au-dessus des seuils de passation formalisée, et des règles qui sont fortement influencées par le droit de l'Union en dessous. De leur côté, les législateurs, européen ou nationaux, ont, dans un même mouvement, simplifié et complexifié le contenu des normes applicables. La rationalisation de la commande publique autour de deux grandes familles de contrats, marchés ou concessions, apporte certainement une meilleure lisibilité et permet d'envisager la matière sous l'angle de grandes catégories. Mais cette simplification poursuit des orientations contradictoires ; d'un côté, il s'agit de garantir le droit d'accès aux marchés, l'égalité entre opérateurs, de poursuivre un mouvement d'externalisation croissant des tâches assurées par l'administration ; d'un autre côté, l'achat public est de plus en plus instrumentalisé pour parvenir à des finalités économiques et sociales que les personnes publiques ne peuvent (ou ne veulent) plus assurer directement et se rattache à un objectif de rationalisation des dépenses. Enfin, à l'échelle du juge, ces évolutions sont susceptibles d'appuyer un ajustement du cadre de l'interprétation ; s'il demeure marginal, il peut prendre la forme d'un retrait de l'interprétation fonctionnaliste des grandes notions de la commande publique (23), ou encore d'un infléchissement du régime des libertés de circulation par l'élargissement des justifications aux restrictions (24).

*

* *

(22) Sur ce mouvement de renouvellement de la notion de constitution économique, voy. l'étude de F. MARTUCCI, « Constitution économique et concurrence. En quête d'une matrice constitutionnelle du droit de la concurrence », *Concurrences*, n° 1-2015.

(23) *Infra*, voy. dans la deuxième partie (n° 182), l'évolution de la définition du marché de travaux avec le critère de l'intérêt économique direct : CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH c. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, aff. C-451/08, *Rec.*, p. I-2673.

(24) *Infra*, voy. dans la première partie (n° 34), la prise en compte d'impératifs de solidarité pour justifier l'attribution d'un marché sans publicité à un opérateur non concurrentiel ; CJUE, 11 décembre 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino »*, *Associazione nazionale pubblica assistenza (ANPAS)*, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440.

6. Plan. Ces développements introductifs invitent à dépasser l'approche *a priori* technique, voire technicienne, qui caractérise trop souvent les règles européennes de la commande publique. Il s'agit ici de restituer leur compréhension dans un contexte plus général, à la lumière des spécificités du système juridique de l'Union, de son incorporation par les États membres et des lignes d'évolution de la commande publique. À cette fin, le présent ouvrage se structure en cinq parties, qui présentent, successivement, les sources du droit européen de la commande publique (partie I), le champ des règles harmonisées issues des directives (partie II), les règles qui encadrent la conclusion et la passation des contrats (partie III), celles qui portent sur l'exécution des contrats (partie IV), celles, enfin, qui sont relatives aux recours contre les contrats (partie V).