

J.L. Dewost
Président de Section honoraire au Conseil d'Etat

LE DROIT DES CONTRATS ET L'APPROCHE COMMUNAUTAIRE

UDK: 35.073.53 (44)

Izlaganje sa znanstvenog skupa

Primljeno: siječanj 2011.

Ne može se raspravljati o ugovornom pravu, bez da se diskutira o Europi. Cjelokupna građa EU, koja se odnosi na ugovorno pravo, obuhvaća: prvo, tzv. primarni zakonodavni okvir, drugo, tzv. sekundarni zakonodavni okvir, treće, praksu Europskog suda, te četvrto, odluke Europske komisije. Dosljedna primjena načela u ugovornom prava (načelo nediskriminacije, jednakog tretmana, transparentnosti, proporcionalnosti i uzajamnog priznavanja), ide u prilog slobodnog natjecanja na tržištu EU i učinkovite javne nabave, a suprotstavlja se mogućim zlouporabama zbog ostvarivanja vlastitih interesa i probitaka.

Ključne riječi : *ugovorno pravo, pravo europske unije*

1. INTRODUCTION

Comme l' a souligné le Vice-Président Sauvé dans son éditorial introduisant le Rapport 2008 du Conseil d' Etat, « l' ascension du contrat comme mode de production de normes et comme procédé d' action publique, constitue l' un des traits les plus remarquables des dernières décennies » ; il relevait un peu plus loin qu' « on ne saurait parler de contrat sans parler d' Europe..... » On doit donc féliciter les organisateurs de ces quatrième journées franco- croates d' avoir choisi ce thème de réflexion au moment où l' adhésion de la Croatie à l' Union Européenne se prépare activement.

Si l' irruption du droit communautaire dans une sphère longtemps considérée par les Etats comme relevant de leur « pré carré » a suscité de nombreux commentaires –pas toujours positifs...- force est de reconnaître que cette évolution était inévitable ,le risque de mise en cause du Marché Intérieur par des procédures nationales « protectionnistes » étant apparu évident dès les années 1960. Or nous savons tous que la définition des contrats administratifs, en France comme dans d' autres Etats de droit romano- germanique a été pendant longtemps essentiellement fondée sur des critères « organiques »(nature et qualité des contractants , référence au service public, mode de financement)) même si une place croissante avait déjà été faite ces derniers temps à « l' objet du contrat ». Cette évolution s' est accélérée sous l' influence de la législation communautaire et de la jurisprudence de la CJUE qui' tout en s' efforçant de tenir compte de spécificités des traditions juridiques des 27 Etats membres, privilégient sans aucun doute , en recourant à des critères fonctionnels, la réalisation effective des libertés protégées par les Traités.

Vous n' attendez sûrement pas de moi un exposé exhaustif du droit positif applicable en la matière .Le titre choisi par les organisateurs (« l' approche communautaire ») m' incite donc à organiser mon propos autour de deux axes principaux :

- 1/ un droit des contrats complexe et de nature essentiellement procédurale
- 2/ une conception extensive du « marché public » tempérée au nom de la subsidiarité.

2. UN DROIT DES CONTRATS COMPLEXE ET DE NATURE ESSENTIELLEMENT PROCÉDURALE

Dès les années 1970, les institutions communautaires se préoccupent de ce sujet, craignant déjà des entraves au bon fonctionnement du marché intérieur. Une première série de Directives voit le jour , relayée par une nouvelle vague de textes fin des années 1980/ début des années 90 ; le Conseil des Communautés d' alors prend toutefois soin d' isoler de cette harmonisation législative certains secteurs sensibles ou la puissance publique est encore l' acteur principal (transports, télécommunications etc... : les secteurs baptisés « secteurs exclus »)

En 2004, ces textes sont à nouveau délibérés, à la lumière notamment de la libéralisation de certains secteurs, et « refondus » , cette fois en co- décision avec le parlement européen, en deux directives : la Directive 2004/18 du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux de fournitures et de services, et la Directive 2004/17 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l' eau, de l' énergie, des transports et des services postaux. (ci- après dénommées la Directive 2004/17 et la Directive 2004/ 18). On notera au passage que, bien que son titre n' y fasse aucune allusion, la Directive 2004/18 comporte un Titre III relatif aux « concessions de travaux publics »

Ce droit des marchés publics et des concessions de travaux publics est selon la belle formule de l' Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer, la « clef de voûte de l' ordre administratif européen » ; il relève par ailleurs- et ceci n' est pas étranger à cela- que ces contrats représentaient en 2008 environ 16 % du produit intérieur brut de l' Union. Ce droit est le fruit d' une « interaction » entre l' activité du législateur et celle de la Cour.

A titre d' illustration de cette interaction, je citerai l' arrêt TELAUSTRIA du 7 décembre 2000, dont nous reparlerons, dans lequel la Cour aboutit à l' affirmation selon laquelle la concession de services n' est pas couverte par les Directives à partir d' une analyse précise de l' évolution législative ; en sens inverse, c' est la jurisprudence « Théâtre de la SCALA » du 12 juillet 2001, dont nous reparlerons également, qui est directement à l' origine de l' article 1.2 d/ de la Directive 2004/18 concernant la qualification des « marchés mixtes » (travaux et services)

a/ la complexité des Directives 2004/17 et 2004/18

Cette complexité, fruit, comme beaucoup de textes communautaires, de la négociation au Conseil et de la procédure de co-décision ,est particulièrement frappante, en ce qui concerne le **champ d' application de la Directive** .

En effet, la délimitation de ce champ résulte à la fois du jeu des seuils chiffrés, de la délimitation « fonctionnelle » de certaines notions , et enfin d' énumérations figurant dans de longues annexes techniques ! Je vous ferai grâce de ces dernières et me concentrerai sur les seuils et les définitions fonctionnelles.

Les seuils

Pour des raisons évidentes de « subsidiarité », (et aussi pour alléger la tâche de contrôle de la Commission...) les deux directives fixent des seuils à partir desquels elles s' appliquent :

Ainsi l' article 7 de la Directive 2004/18 (modifié pour la dernière fois en 2010) retient les seuils hors TVA de 125000 euros et de 193000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services ; toutefois ces deux chiffres comportent par renvoi aux annexes des exceptions pour certaines catégories de marchés et/ou de « pouvoirs adjudicateurs »..... En revanche le seuil de 4845000 euros pour les marchés de travaux ne comporte pas d' exceptions.

L' article 16 de la directive 2004/17 retient un seuil identique pour les travaux et fixe un seuil (sans exceptions) de 387000 euros pour les marchés de fournitures et de services

Les définitions « fonctionnelles »

La complexité s' accroît avec les définitions, données par les deux Directives, des parties aux contrats, définitions à caractère « fonctionnel » .

Je choisirai trois exemples :

- le « pouvoir adjudicateur » :

Face à la réalité plurielle de 27 droits administratifs, il a bien fallu imaginer un concept permettant d' articuler de manière équivalente la notion d' « autorité publique » : c' est le « pouvoir adjudicateur » défini à l' article 1 paragraphe 9 de la Directive 2004/18 , comme recouvrant l' Etat, les collectivités territoriales et tout « organisme de droit public » présentant certaines caractéristiques ...La plus difficile à cerner est celle qui concerne son financement.....qui doit être majoritairement public .

- l' « opérateur économique » :

C' est l' autre partie au contrat, définie à l' article 4 de la Directive 2004/18 , d' abord « candidat » ,puis « soumissionnaire habilité » car répondant à certaines

exigences objectives...

Cependant la frontière est mouvante entre ces acteurs privés et les « pouvoirs adjudicateurs » : dans les « secteurs exclus » (couverts par la directive 2004/17), une entreprise peut être qualifiée de « pouvoir adjudicateur »....(voir ci- après)

- l' « entité adjudicatrice » :

telle que définie à l' article 2 de la Directive 2004/17 , elle recouvre, non seulement le « pouvoir adjudicateur » défini lui même par la directive 2004/18, mais également « l' entreprise publique » définie de manière extensive comme « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer.....une influence dominante..... », et enfin, les entités qui ne sont ni l' un ni l' autre, mais qui « exercent....l' une des activités visées aux articles 3 à 7 » (gaz, eau, électricité, transports etc...) et « bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente.... » : cette troisième catégorie peut donc inclure des entreprises privées !

Les entités adjudicatrices doivent , en application de l' article 10 de la Directive 2004/17, traiter les opérateurs économiques « sur un pied d' égalité , de manière non discriminatoire, et agissent avec transparence »

A noter également le « caractère évolutif » de la notion de « secteur exclu » au fur et à mesure de la libéralisation et de l' introduction de davantage de concurrence dans certains domaines, tels que les télécommunications qui sont « sorties » de cette catégorie en 2004 .

b/ et leur caractère essentiellement procédural.

L' analyse du droit positif de l' Union européenne dans ce domaine montre que ce dernier se préoccupe moins du contenu que de la forme des contrats.

A titre anecdotique, la Directive 2004/18 comporte 46 articles sur 84 consacrés à la procédure.....avec un luxe de détails extraordinaire !

Deux exemples :

- la liberté de choix des procédures

La Directive 2004/18 laisse aux pouvoirs adjudicateurs une grande liberté (encadrée...) dans le choix des procédures : les articles 28 à 32 distinguent ainsi la procédure « ouverte », la procédure « restreinte » , le « dialogue compétitif » et la « procédure négociée » avec ou sans avis de marché.....sans compter les « accords- cadres », les « systèmes d' acquisition dynamique » et les règles spéciales pour la réalisation de logements sociaux.

Insistant sur la transparence, la directive prévoit des règles détaillées en matière de publication des avis de marché dans ces différents cas.

-les critères d' attribution des marchés

L' article 53 de la Directive définit les critères d' attribution des marchés : soit le critère du « prix le plus bas », soit « lorsque l' attribution se fait à l' offre

économiquement la plus avantageuse » un système multi- critères : qualité, prix, valeur technique, caractère esthétique et fonctionnel, protection de l' environnement...

Soucieux d' éviter une utilisation protectionniste détournée de cette flexibilité, le législateur communautaire prévoit la « pondération » obligatoire des critères, et à défaut leur hiérarchisation..

A noter, que dans le cadre de la Directive 2004/17, une plus grande souplesse est admise puisqu' il s' agit des secteurs exclus: l' article 40 de la directive prévoit que dans toute une série d' hypothèses « les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants..... »

3. UNE CONCEPTION « EXTENSIVE » DE LA NOTION DE MARCHÉ PUBLIC, TEMPÉRÉE AU NOM DE LA SUBSIDIARITÉ

Nous l' avons déjà dit: au nom de l' objectif de suppression des entraves à la libre prestation des services et de l' effet utile des directives en la matière, la Cour de Justice a très tôt développé une jurisprudence marquée par une conception extensive de la notion de marché public .

a/ une conception « extensive » de la notion de marché

Quelques **exemples** vont illustrer cette attitude :

a/ une législation d' urbanisme, fondement d' une opération de reconversion et d' une convention de lotissement, est contraire à la Directive marchés publics de travaux, dans la mesure où elle permet l' attribution directe d' un ouvrage sans appel à la concurrence

C' est ce qui résulte de l' arrêt du 12 juillet 2001 de la Cour dans l' affaire C-399/98 « Ordre des architectes de la province de Milan » appelée familièrement « projet SCALA ». La reconversion urbanistique d' une ancienne zone industrielle avait été entreprise par la Ville de Milan en coopération avec l' entreprise Pirelli propriétaire lotisseur qui devait restaurer le théâtre de la Scala en déduction des charges d' équipement dues à la Ville . Dans le cadre d' un litige opposant un architecte soutenu par l' Ordre, la CJUE , tout en reconnaissant que la convention de lotissement en cause participe de l' exercice de la puissance publique, est d' avis que l' attribution de l' ouvrage au mandataire du lotisseur ne pouvait être faite directement et aurait du être faite dans le cadre des procédures prévues par la Directive 93/37 /CEE ancêtre de la directive 2004/.

b/ une concession qui prévoit la rémunération du concessionnaire par les paiements des usagers doit être requalifiée « marché de services », et donc soumise à appel à la concurrence, dès lors que le cocontractant n' assume pas une « part significative du risque » d' exploitation

Depuis l'arrêt TELAUSTRIA du 7 décembre 2000 (Affaire C-324/98), il est confirmé que les **contrats de concession de service** ne relèvent pas du champ d'application des Directives marchés ; ceci a été confirmé expressément à l' article 17 de la directive 2004/18. Celle ci définit en son article 1.4 la concession de services comme un contrat se différenciant du marché par le fait « que la contrepartie..... consiste, soit uniquement dans le droit d' exploiter le service, soit dans ce droit assorti d' un prix. »

Néanmoins, en doctrine, cette définition continuait de susciter un débat.....

Dans l' arrêt EURAWASSER du 10 septembre 2009 (Affaire C-206/08) la Cour était confrontée à une situation dans laquelle une intercommunalité allemande, le WAZV Gotha avait décidé de confier le service des eaux (distribution de l' eau et évacuation des eaux usées) à un tiers par voie de concession de services ; dans le cadre d' un recours intenté par un soumissionnaire évincé, la Cour juge que la circonstance que le « concessionnaire » est rétribué par une redevance perçue sur les usagers ne suffit pas à caractériser l' existence d' une concession laquelle exige le « transfert de l' intégralité ou d' une part significative du risque encouru ».

c/la relation entre le « marché de définition » et le « marché d' exécution » prévue par le Code des marchés français, bien que proche du « dialogue compétitif » prévu par la directive 2004/18, est contraire à celle ci car restreignant l' appel public à la concurrence

C' est ce qui résulte de l' arrêt Commission c/France du 10 décembre 2009 (Affaire C-299/08) dans lequel la Cour juge que la procédure des **marchés de définition** prévue au Code des marchés publics n' est pas conforme à la Directive, et ce bien qu' elle ait été modifiée en cours d' instance ,la nouvelle version imposant la mise en concurrence du marché d' exécution entre les titulaires du marché de définition . Malgré la proximité de la réglementation française avec le **dialogue compétitif** prévu par la directive, la Cour estime qu' elle n' est pas conforme , des opérateurs qui n' étaient pas titulaires de marchés de définition pouvant être « intéressés à participer aux marchés d' exécution » .

Ainsi, bien que la directive soit une directive de coordination et non d' harmonisation complète, la Cour affirme que la liste des procédures prévues par celle ci est exhaustive.

b/tempérée au nom de la subsidiarité.

La Cour elle même n' a jamais fait référence au concept de subsidiarité dans les développements jurisprudentiels que je me propose maintenant d' analyser. Madame Trstenjak, Avocat Général dans l' affaire Coditel Brabant, a en revanche, fait appel au concept d' «autonomie communale» et aux nécessités de la « coopération intercommunale», considérée comme une valeur politique et comme un «moyen....d' accomplir de manière efficace et bon marché des missions de service public».

Il n'empêche que dans l'opinion de ceux qui suivent de manière « informée » l'actualité communautaire, la jurisprudence rapportée précédemment qui mettait l'accent sur le « marché » méritait d'être balancée par le rappel de la notion (plus politique que juridique) de subsidiarité. La Cour, toujours à l'écoute....a dû entendre le message...

Trois « lignes de jurisprudence » méritent d'être évoquées dans ce contexte :

a/ le marché « in house »

C'est avec l'arrêt TECKAL du 18 novembre 1999 (Affaire C-107/98) qu'apparaît la notion de « mission (de service public) quasi-interne » selon l'expression de Madame Trstenjak, par suite popularisée sous l'appellation de marché « in house ». La Cour admet dans cet arrêt que certains marchés échappent par nature au champ d'application des Directives marchés dès lors que deux conditions sont réunies :

- que la collectivité publique en cause contrôle la société cocontractante comme ses propres services (en en détenant le capital ou l'essentiel de celui ci)
- que l'essentiel de l'activité de cette société soit réservé à la collectivité.

*

Cette jurisprudence a connu plusieurs développements.

Le plus important est l'arrêt CODITEL BRABANT S.A du 13 novembre 2008 (Affaire C-324/07) dans lequel la Cour juge qu'en s'affiliant directement à Brutélé, société coopérative intercommunale en vue de lui transférer son réseau de télédistribution sans faire appel à la concurrence, la commune d'Uccle a respecté les deux conditions de l'arrêt Teckal. Si la seconde condition ne faisait pas problème en l'espèce, en revanche on pouvait s'interroger sur la satisfaction du premier critère (le « contrôle analogue »).

Faisant un « effort d'interprétation » la Cour juge que si le contrôle doit être « effectif », « il n'est pas indispensable qu'il soit individuel ».

Elle admet donc, et c'est une évolution importante, qu'un « contrôle conjoint » par l'intercommunalité bruxelloise est suffisant, même si comme en l'espèce ce contrôle fait appel à un vote majoritaire.

b/ l'attribution directe d'un marché à une société d'économie mixte

Sur le terrain la frontière entre une société privée possédée par une collectivité publique et une société d'économie mixte peut être ténue.....

Or un des points fondamentaux de la jurisprudence « in house » est que le capital de la société qui est le « prolongement » de la collectivité ne comporte pas de participation même minoritaire à caractère privé : ceci figurait déjà dans l'arrêt Stadt HALLE du 11 janvier 2005 (affaire C-26/03) confirmé par l'arrêt AUROUX du 18 janvier 2007 (affaire C-220/05).

Un « glissement » doctrinal semble apparaître dans des arrêts plus récents de 2009.

Dans l' affaire SEA du 10 septembre 2009 (affaire C-573/07), la Cour juge en effet que l'attribution sans appel d' offres d' un marché (déchets urbains) à une société par actions dont le capital est entièrement détenu par des collectivités publiques mais dont les statuts prévoient l' ouverture au capital privé ne s' oppose pas à l' application de la jurisprudence CODITEL BRABANT....Un mois plus tard, dans l' affaire ACOSSET du 15 octobre 2009 (Affaire C-196/08) elle jugera compatible avec le traité et les Directives l' attribution directe d' un marché (eau) à une société d' économie mixte dans laquelle l' associé privé a été sélectionné sur appel d' offres , en considérant que la sélection du concessionnaire résulte indirectement de cet appel d' offres....

c/ la « coopération public public »: l' arrêt Commission c/ Allemagne dit « Ville de Hambourg »

Cet important arrêt vient ajouter à « l' exception in house » une nouvelle exception à l' application des Directives marchés publics .

Dans cet arrêt du 9 juin 2009 (Affaire C-480/06), la Cour était confrontée à un contrat passé par la Ville de Hambourg avec quatre Landkreise voisins en vue de mutualiser le traitement de leurs déchets : s' agissait il comme la Commission Européenne le soutenait d' un marché qui aurait dû obéir à la directive marchés publics en vigueur à l' époque des faits, ou comme le soutenait l' Allemagne d' une « opération interne » ?

Après avoir écarté l' exception « in house », la Cour juge que s' agissant d' un contrat conclu par des autorités publiques sans participation d' un partenaire privé en vue de mettre en œuvre une « mission de service public » (l' élimination des déchets) « commune » à ces autorités ce dernier était conforme au traité.

Il est intéressant de noter que la Cour souligne que ce contrat « ne prévoit ni ne préjuge la passation des marchés éventuellement nécessaires pour la construction et l' exploitation de l' installation de traitement des déchets » .

Sur le plan politique, cet arrêt a immédiatement été salué par les représentants des collectivités locales (en Allemagne et ailleurs !) et des interprétations extensives en ont été développées : or la Cour pose plusieurs conditions à l' application de cette nouvelle « exception » : l' existence d' une mission de service public, la souscription par les parties à des obligations réciproques traduisant une « démarche de coopération intercommunale » (allant au delà de la simple prestation de services) ainsi que l' absence de partie privée au contrat .(la Cour évoque expressément l' absence de « montage » destiné à contourner les règles des marchés publics)

4. CONCLUSION

Je voudrais en terminant ce parcours à la fois trop long et trop impressionniste... dire un mot d'un sujet qui n' a été abordé que de manière accessoire, je veux dire les concessions, avant d' essayer de porter un jugement global sur l' état actuel du droit communautaire dans cet important domaine des marchés publics .

1/ le droit communautaire des concessions

J' ai deux bonnes raisons de l' avoir seulement abordé de manière incidente : d' une part, il est fort peu développé (7 articles concernant la concession de travaux publics – sur 84 articles...- dans la Directive 2004/18) , d' autre part la jurisprudence concernant la « transparence » requise en matière de concessions de services sera abordée cet après- midi et demain par plusieurs collègues.

Je me bornerai à signaler un arrêt récent de la Cour (Wall AG c/Ville de Francfort du 13 avril 2010 –AffaireC-91/08) qui concerne le changement de sous-traitant dans une concession de services, changement auquel elle applique également l' obligation de transparence.

2/ Appréciation d' ensemble

Le corpus de droit communautaire (législation et jurisprudence) en matière de marchés publics est impressionnant.

La matière est sensible, car placée au carrefour des prérogatives régaliennes des Etats et de leurs entités subordonnées quant à l' organisation de leurs services publics d' une part, et de la sauvegarde du marché intérieur ,principal acquis de l' Union, d' autre part . Après une période marquée par la prééminence donnée systématiquement au marché (en contredisant parfois le législateur...), la Cour de justice, dans sa sagesse, a pris en considération les impératifs politiques de l' autonomie communale et régionale. Mon jugement personnel est que le point d' équilibre paraît atteint . Les tentations actuelles de certains milieux politiques d' additionner les exceptions « in house » et « de coopération public/public » , outre qu' elles pourraient conduire économiquement à la création d' un « marché parallèle » au marché intérieur, se heurteraient clairement sur le plan juridique aux principes fondamentaux du Traité.

CONTRACTUAL LAW AND EUROPEAN ASPECTS

Contractual law cannot be discussed without mentioning Europe. The entire make-up of the EU related to contractual law, includes: firstly, the so called primary legislative framework, secondly, the so-called secondary legislative framework, thirdly, European court practice, and fourthly, decisions of the European Commission. Faithful application of the principles in contractual law (the principle of non-discrimination, equal treatment, transparency, proportionality and mutual recognition), supports free competition in the EU market for effective public procurement, and opposes several possible abuses occurring due to trying to attain individual interests and benefits.

Key words: *contractual law, European Union law*