

**LA TRANSPOSITION EN FRANCE
DE LA DIRECTIVE 89/440 C.E.E.
DU 18 JUILLET 1989 PORTANT
COORDINATION DES PROCÉDURES
DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS
DE TRAVAUX**

Par

Jean-Yves CHEROT,
Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Le marché intérieur ne peut être achevé sans que les achats publics, qui représentent plus de 10% du PNB de la Communauté européenne, ne soient réellement ouverts à la concurrence des entreprises dans toute la Communauté. En 1985, 2% seulement des marchés publics étaient accordés à des ressortissants appartenant à d'autres États membres que la collectivité publique adjudicatrice. Le livre blanc de la commission des Communautés sur "l'achèvement du marché intérieur" (1) fait donc avec raison de l'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire un de ses enjeux principaux.

L'application directe des articles 30 (pour les marchés de fourniture) et 59 (pour les marchés de travaux et les marchés de service) du traité C.E.E. ne suffit pas pour assurer, à elle seule, le jeu plein et entier de la libre circulation des marchandises et des services en matière d'achat public. Il faut prévoir, pour garantir l'ouverture des marchés, des règles assurant la transparence des procédures et un choix objectif des titulaires des marchés parmi les concurrents. Les États membres possèdent en général de telles réglementations sur les modes de passation des marchés. Mais, outre le fait que ces règles ne prévoient pas une publication des avis de marché sur le plan communautaire, elles sont d'inégale rigueur et doivent être coordonnées.

Les directives adoptées respectivement en 1971 et 1976 et portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et de

(1) "L'achèvement du marché intérieur", Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen, juin 1985.

fournitures étaient insuffisantes et incomplètes (2). Aussi le livre blanc a prévu, parmi d'autres actions à mener, un vaste programme de directives nouvelles. Sa réalisation a été facilitée par l'adoption de l'article 100 A du traité C.E.E. (résultant de la réforme du traité par l'Acte unique de 1987).

Le programme de directives nouvelles est largement avancé. La directive "marchés publics de fourniture" a été modifiée le 22 mars 1988. La directive sur les marchés publics de travaux de 1971 a été modifiée profondément par une nouvelle directive du 17 juillet 1989. Une directive dite "recours", améliorant les moyens de faire valoir les droits nés des directives précédentes a été adoptée le 21 décembre 1989. Une directive sur les marchés de services est en préparation (3).

La France a transposé la directive marchés publics de fourniture. Le décret du 18 septembre 1990 a opéré la transposition (4) de la directive "marchés publics de travaux" pour les marchés entrant dans le champ d'application du code des marchés publics. La loi du 3 janvier 1991, titre 2, "soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence", a entamé le processus de transposition de la directive marchés de travaux pour les contrats qui n'entrent pas dans le champ d'application du code des marchés publics (5). Les réflexions ont été engagées sur la transposition de la directive "recours" (6).

Les circulaires jouent un rôle important -plus ou moins développé selon les États membres- dans la réglementation des modes de passation et

(2) "Afin de promouvoir l'ouverture des marchés à un plus grand nombre de soumissionnaires, il est absolument nécessaire d'améliorer d'urgence les directives pour assurer davantage de transparence", livre blanc, p. 23. Il faut par ailleurs assurer un meilleur contrôle de l'application des directives. Si l'on s'en tient à un critère purement théorique de mise en concurrence, en 1985, moins d'un écu sur quatre de dépenses publiques dans les domaines relevant des directives de coordination des marchés faisait l'objet d'une publication au Journal officiel des Communautés.

(3) Les deux directives de coordination sur les marchés de fourniture et les marchés de travaux maintiennent toujours en dehors de leur champ d'application matériel les marchés passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports et (pour la directive fourniture) les marchés dans le secteur des télécommunications. Ces secteurs sont ainsi dits "exclus". En réalité ces marchés sont le plus souvent dans tous les États membres des marchés passés par des entreprises publiques ou des concessionnaires et auraient été automatiquement exclus de ce fait du champ d'application rationae personae des directives. L'ouverture des marchés dans ces secteurs où les pouvoirs publics sont en situation de monopsonne, situation qui a longtemps été mise à profit pour utiliser la commande publique à des fins de dirigisme, pose des problèmes particuliers qu'une autre directive du 17 septembre 1990 a tenté de résoudre (directive dite "secteurs exclus").

(4) Le terme de *transposition* est celui retenu dans cette étude comme dans les travaux de l'atelier de méthodologie juridique. Parfois le législateur ou le Conseil d'État utilisent le terme de *transcription*.

(5) Le Conseil d'État a été saisi par le gouvernement pour avis sur la transposition en droit interne de la directive relative aux marchés publics de travaux. Son rapport, remis en 1990, n'a pas été rendu public. On peut néanmoins se reporter utilement aux considérations générales du Conseil d'État sur "le droit communautaire et les exigences de sa transcription en droit interne", faites dans son rapport public pour 1990, E.D.C.E. 1991, n° 42, pp. 11-15.

(6) Un projet de rapport concernant la directive du 21 décembre 1989 sur les procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fourniture et de travaux est en cours d'étude devant le Conseil d'État (source : "rapport public du Conseil d'État pour 1990"). Sur les problèmes posés par la transposition de cette directive, voir l'article de Philippe Temeyre, Le droit du contentieux des marchés publics dans la perspective de leur ouverture aux opérateurs communautaires, *Les petites affiches*, 10 décembre 1990, n° 148.

des règles de procédures des marchés publics dès lors que cette réglementation n'impose d'obligations qu'à l'administration. Néanmoins dès lors qu'en droit national les circulaires ne pourraient pas être invoquées devant les juges par les entreprises ayant intérêt à l'application de la mise en concurrence dans les marchés publics, une transposition des directives "marchés publics" par voie de simple circulaire serait insuffisante et fautive. Il n'y a aucun motif particulier d'abandonner, à propos des directives "marchés" la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés pour laquelle selon les termes d'Yves Galmot et de Jean-Claude Bonichot si les États membres ont le choix des instruments juridiques de nature à permettre l'application en droit interne d'une directive, "ils ne sauraient s'abstenir de prendre des mesures ayant un véritable caractère juridique, c'est-à-dire, posant des droits et des obligations pouvant faire l'objet d'une sanction juridictionnelle, ce qui exclut la *transposition par de simples circulaires*" (souligné par nous) (7). D'ailleurs, la commission des Communautés a fait des observations à la France pour avoir transposé certaines dispositions de la directive de coordination des marchés de fourniture dans une circulaire et non dans le code des marchés publics qui, lui, a valeur réglementaire.

Cette remarque étant faite de façon préliminaire, la transposition de la directive "marchés publics de travaux", à laquelle ces observations seront limitées, soulève d'intéressantes questions de méthodologie législative.

1.- LA VOIE DE L'ÉCONOMIE DE MOYENS DANS L'OPÉRATION DE TRANSPOSITION

La transposition des nouvelles directives, et notamment de la directive marchés publics de travaux aurait pu être l'occasion de repenser le code des marchés publics, d'élargir son champ d'application et de le restructurer en partie législative et partie réglementaire.

Or, le champ d'application du code a été laissé intact. Le gouvernement a traité par des textes distincts ce qui, dans la directive, relevait de son champ d'application inchangé (transposition réalisée par le décret du 18 septembre 1990 codifié) et ce qui n'en relevait pas (titre 2 de la loi du 3 janvier 1991, non codifiée). Dans l'opération même de transposition des règles pour les marchés relevant du code, le gouvernement a encore fait usage, pour les marchés des collectivités locales (titre 3 du code), des habilitations législatives datant d'avant 1958 et dont la survie, malgré la jurisprudence du Conseil d'État, est douteuse (8). Bien évidemment il n'a pas été question, à

(7) "La C.J.C.E. et la transposition des directives en droit national", R.F.D.A., 1988, p. 8. Voir notamment les arrêts du 6 mai 1980, commission c/ Belgique, du 15 mars 1983, commission c/ Italie, Rec 711 et, en dernier lieu du 30 mai 1991, commission c/ R.F.A., condamnant une transposition dans une circulaire alors que la R.F.A. n'a fait état d'aucune jurisprudence nationale reconnaissant explicitement à cette circulaire un effet direct à l'égard des tiers au-delà de son effet obligatoire pour l'administration.

(8) Au titre des articles 34 et 72 de la Constitution la loi détermine les principes fondamentaux et prévoit les conditions de la libre administration des collectivités locales. La réglementation des marchés des collectivités locales relève donc de la compétence parlementaire. Mais le Conseil d'État, semble-t-il dans un souci pratique et en attendant une réforme difficile du code, a fait prévaloir sur le texte de la Constitution de 1958 des dispositions antérieures fixant différemment la répartition des compétences loi / règlement en matière de marchés publics des collectivités locales. Le décret loi du 12 novembre 1938 relatif aux marchés des collectivités locales et des établissements publics et l'article 21 de la

l'occasion de cette transposition, de créer cette partie législative du code que l'on attend.

La méthode suivie illustre parfaitement le souhait du Conseil d'État pour lequel il convient "d'éviter qu'à l'occasion d'une opération de transcription qui correspond à une logique autonome mais n'exige parfois que des textes courts, les administrations engagent une réforme en profondeur d'une législation, d'une profession ou d'un secteur qui ne peut entraîner que retards et complications dommageables du point de vue des opérations de transcription" (9).

Pour autant, si une réforme en profondeur du code des marchés publics a été remise à plus tard et, en tous cas, sans doute légitimement dissociée de l'opération de transposition, l'unité de la législation dans un seul code profondément restructuré peut être considérée comme déjà annoncée dans le fait que c'est la commission centrale des marchés qui a préparé la transposition pour les marchés qui ne relèvent pas du champ d'application actuel du code.

La transposition de la directive pour les marchés publics "classiques" n'a pas posé les mêmes problèmes (ni les mêmes difficultés) que la transposition de la directive pour les contrats nouvellement concernés par une procédure formelle de passation.

2.- LA MÉTHODE DE TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE DANS LE CODE DES MARCHÉS PUBLICS

Tous les marchés actuellement soumis au code sont visés également par la directive marchés publics de travaux (10). Pour ces marchés, seul le seuil de 5 million d'écus permet de distinguer les marchés de dimension communautaire des autres. Par ailleurs la réglementation communautaire et la réglementation française dont elle s'inspire sont proches. La transposition dans le code des marchés publics des obligations nées de la directive est donc relativement aisée dès lors que le gouvernement a fait le choix de ne pas modifier le champ d'application du code à l'occasion de la procédure de transposition. Pour autant un choix important a été fait par le gouvernement.

L'administration a choisi de soumettre les marchés publics de travaux de dimension communautaire aux dispositions de droit commun du

loi du 7 août 1957 en ce qui concerne les seuls marchés de travaux ont donné compétence au pouvoir réglementaire pour étendre aux marchés des collectivités locales, sous réserve d'adaptations nécessaires, les dispositions applicables aux marchés de l'État. Le Conseil d'État a jugé (Ass. 29 avril 1981, A.J.D.A., 1981, p. 429, avec une note de Bruno Genevois) que "les prescriptions de l'article 34 de la Constitution n'ont pas eu pour effet de transférer au législateur la compétence attribuée au gouvernement par les textes susvisés". Pour une critique de la jurisprudence sur laquelle se fonde le Conseil d'État, voir Louis Favoreu, "Le Conseil d'État, défenseur de l'exécutif", à paraître aux Mélanges Boulouis. Voir la réflexion menée sur les lois pré-constitutionnelles par Jérôme Trémeau, "La caducité des lois incompatibles avec la constitution", mémoire pour le D.E.A. de droit public, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1990, 148 pages.

(9) Voir rapport public 1990, E.D.C.E. 1991, p. 15.

(10) Seule différence *ratione personae*, le code s'applique aux marchés passés par tous les établissements publics des collectivités locales, alors que la directive ne vise que les organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et ne concerne donc pas les établissements publics locaux ayant ce caractère.

code des marchés. Ce faisant la transposition a évité la mise en place d'une législation à deux vitesses, une pour les marchés communautaires, une autre pour les marchés ne dépassant pas les seuils.

Cela a conduit à appliquer aux marchés communautaires des dispositions qui peuvent parfois être plus contraignantes que celles prévues par la directive. Par exemple, par rapport à la directive, le code des marchés publics prévoit, au sein des hypothèses de marchés négociés (en principe exceptionnelles), des cas plus nombreux de mise en compétition. Mais cela a conduit aussi à amender utilement le code au profit d'une meilleure mise en concurrence de tous les marchés.

La transposition réalisée de cette façon a généré peu de changements dans les dispositions des livres II et III du code. Le système communautaire s'inspire largement du système du code des marchés publics français. Certes, la réglementation des marchés publics en droit communautaire s'inscrit dans un contexte différent de celui qui prévaut dans les États membres. En droit communautaire, la réglementation des modes de passation et des procédures de mise en compétition des marchés est un instrument essentiel dans l'achèvement du marché intérieur pour la mise en œuvre de la liberté de circulation des produits et des services. En droit national, la réglementation des modes de passation est destinée traditionnellement à assurer une fonction de protection des finances publiques. Cependant, la réglementation de la mise en compétition dans l'octroi des marchés est nécessairement un élément du droit de la concurrence et des préoccupations des politiques de concurrence peuvent, comme c'est le cas en France, influencer la réglementation des marchés (voir l'importante réforme du code des marchés en 1976). Aussi un lien a pu être établi, sans difficultés, entre le droit communautaire et le droit national et il n'a fallu adapter que sur quelques points le droit français des marchés publics. Ainsi figurent désormais dans le code des dispositions nouvelles sur les conditions du rejet des offres anormalement basses. La transposition a ainsi été l'occasion d'un progrès général du droit des marchés publics.

Des obligations vraiment spéciales aux marchés de dimension communautaire et qui n'avaient aucune raison d'être étendues à tous les marchés ont été regroupées dans le nouveau livre V du code. Il s'agit d'abord de l'obligation de publication d'un avis au J.O.C.E. et des délais minima d'attente avant de désigner le titulaire du marché à compter de l'envoi de l'avis au J.O.C.E. (délais plus longs que ceux prévus par les livres II et III du code à propos des publications nationales). Il s'agit encore de consacrer le caractère formaliste de la mise en concurrence dans le cas des marchés négociés avec mise en compétition. Le formalisme de la mise en compétition, qui n'a pas de raison d'être pour les marchés négociés dans le cadre du droit interne, est une obligation spécifique au droit communautaire puisque, sans formalisme, il ne peut y avoir de garantie d'une ouverture à la concurrence communautaire. Le livre V du code précise également la définition des marchés publics de travaux en reprenant formellement la définition de l'objet de ces contrats telle que donnée par la directive et tenant compte du développement de nouvelles formes contractuelles pour la construction d'ouvrages au profit de l'administration : les marchés visés sont ceux qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux ou d'un ouvrage, soit de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Mais sur ce

dernier point le livre V n'innove en rien même si le livre I du code ne comporte pas, dans la définition des marchés de travaux, la même précision. Lorsqu'il s'agit de réaliser un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, les nouvelles formes contractuelles sont soit interdites (11), et cette interdiction vaut pour tous les marchés, y compris ceux de dimension communautaire, soit permises, et elles sont assimilées à des marchés de travaux publics et, à ce titre, soumises au code.

La relative simplicité de sa transposition dans le code des marchés publics ne doit pas cacher l'apport de la directive de 1989 sur le plan de l'intégration économique européenne. Dans bien des cas la simplicité de la transposition d'une directive tient à ce que le droit communautaire est un droit commun minimum aux États membres. L'étude du droit comparé montre ici qu'il n'en est rien et que la directive marchés publics de travaux, inspirée des droits français et belge, vise à étendre à tous les États membres un standard très élevé de mise en concurrence. Le droit communautaire est alors un élément de diffusion, dans le cadre du grand marché, des règles nationales les plus rigoureuses (qui seules peuvent assurer la mise en place du marché intérieur).

3.- LA MÉTHODE DE TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE POUR LES POUVOIRS ADJUDICATEURS ET LES CONTRATS NON SOUMIS AU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

La directive marchés publics de travaux a un champ d'application beaucoup plus étendu que celui du code des marchés publics. Ce qui constitue un élément essentiel et nouveau de son efficacité pour ouvrir les marchés à la concurrence communautaire.

Quant aux pouvoirs adjudicateurs : Le code des marchés publics s'applique aux marchés de travaux passés par l'État et ses établissements publics administratifs et par les collectivités locales et leurs établissements publics. La directive marchés publics de travaux concerne l'État, les collectivités locales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public. Les organismes de droit public sont tous "les organismes créés pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et dotés d'une personnalité juridique et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités locales et des organismes de droit public, soit la gestion est contrôlée par ces derniers, soit les organes d'administration, de direction ou de surveillance sont composés de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités locales ou d'autres organismes de droit public". La notion d'organisme de droit public est donc plus large que celle d'établissement public et étend les obligations au-delà du champ d'application du code.

(11) Comme les ventes en l'état futur d'achèvement, voir C.E. sect. 8 février 1991, Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de la Haute Garonne, R.D.P., 1991, n° 4, pp. 1137-1147 avec une note de Jean-Marie Auby et A.J.D.A., 1991, pp. 579-581, note Xavier Delcros. La vente en l'état futur d'achèvement est permise lorsqu'il ne s'agit pas de faire réaliser un ouvrage répondant à des besoins précisés dans le contrat par l'administration.

Quant aux contrats : en plus des marchés de travaux passés par les pouvoirs adjudicateurs la directive s'applique aux marchés subventionnés par les pouvoirs adjudicateurs et passés par une entité autre qu'eux-mêmes. Elle prévoit des mesures particulières de publicité pour les contrats de "concessions" et pour les marchés de travaux publics passés par les concessionnaires quant ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs. Le fait que la directive s'applique aux marchés et aux concessions ne la conduit pas pour autant à confondre les deux notions. La directive maintient une distinction dans la définition des marchés et des concessions. D'ailleurs, le régime juridique applicable aux concessions n'est pas le même que celui applicable aux marchés.

Il s'agit de créer de toutes pièces, pour transposer les obligations communautaires en ce qui concerne les contrats passés par les organismes de droit public autres que les établissements publics administratifs de l'État et autres que les établissements publics collectivités territoriales et en ce qui concerne les marchés subventionnés et les concessions de travaux publics, une réglementation nationale. Cela pourrait être un élément de simplicité, mais deux types de difficultés apparaissent.

3. 1. LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES LOI / RÈGLEMENT DANS LA TRANSPOSITION D'UNE DIRECTIVE

La répartition des compétences dans l'opération de transposition est une question de pur droit constitutionnel national. Les États membres ont, conformément aux termes de l'article 189 du traité, le choix des instruments juridiques de nature à permettre l'application en droit interne d'une directive et suivent, pour cela, leurs règles constitutionnelles. En France, la transposition des obligations de mise en concurrence imposées pour leurs marchés à des organismes de droit privé et pour les concessions accordées par les collectivités locales relève du domaine de la loi puisque ces obligations concernent soit les principes fondamentaux des obligations civiles ou commerciales dont la détermination relève du parlement (article 34 de la Constitution), soit la libre administration des collectivités locales qui s'exerce dans des conditions prévues par la loi (article 72 de la Constitution) et dont la détermination des principes relève du parlement (article 34). Seules les obligations nouvelles imposées à l'État pour la passation de ses contrats de concession de travaux publics ne concernent ni les obligations civiles et commerciales, ni la libre administration des collectivités locales. Aussi, sauf précisément pour les contrats de concession de l'État, c'est par une loi, la loi du 3 janvier 1991, titre 2, que l'opération de transposition a été entreprise (12).

Cependant, la rédaction de la loi du 3 janvier 1991 conduit à réfléchir sur les conditions de l'exercice de la compétence législative dans la transposition des directives communautaires. Le Conseil constitutionnel impose au parlement d'exercer l'ensemble de ses compétences et interdit à la loi d'opérer en faveur de l'administration une habilitation trop large (13). Or le titre 2 de

(12) C'est par un décret (non encore adopté) que se réalisera la transposition de la directive pour les concessions de travaux publics de l'État.

(13) Décision du 10 juillet 1985 où le Conseil déclare non conforme une disposition fiscale qui, pouvant faire l'objet d'au moins deux interprétations différentes, aboutit à reconnaître à l'administration un véritable pouvoir législatif. Décision du 30 décembre 1987 : "l'exigence

la loi du 3 janvier 1991 ne comporte aucune disposition de fond. Il se borne à déterminer, en relation avec la directive, le champ d'application des obligations nouvelles pour la détermination desquelles il renvoie à un décret en Conseil d'État. La loi du 3 janvier 1991 est donc, sur ce point, une loi d'habilitation très large du gouvernement et comme telle, en principe, contraire à la Constitution. Mais on peut se demander s'il ne faut pas tenir compte du contexte dans lequel intervient cette habilitation. Implicitement le gouvernement ne reçoit habilitation que pour la transposition de la directive et celle-ci, en l'espèce, est si précise sur le contenu des obligations qu'elle crée que le gouvernement ne dispose pas de pouvoir d'appréciation. Ainsi, pour le Conseil d'État s' "il est extrêmement rare qu'il soit possible d'admettre que la loi délègue au pouvoir réglementaire le soin de prendre les mesures nécessaires pour l'application d'une directive lorsque ces mesures relèvent normalement de la loi elle-même, ce procédé est à la rigueur utilisable lorsque les dispositions de la directive sont très précises et ne soulèvent aucune ambiguïté. Tel était le cas pour certaines dispositions du projet de loi portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Mais cette méthode ne peut être qu'exceptionnelle et elle n'a été retenue en l'espèce qu'en raison de l'importance et de l'ampleur du texte en cause" (14). On peut étendre ce raisonnement à la loi du 3 janvier 1991. Mais il reste à connaître la position du Conseil constitutionnel sur ce point.

3. 2 LA TRANSPOSITION EN DROIT NATIONAL DE TERMES JURIDIQUES NOUVEAUX

Comme l'écrit Bernard Laurent, rapporteur au Sénat sur la loi du 3 janvier 1991 (15) : "dans la mesure où les concepts juridiques retenus par la directive sont parfois fort éloignés des concepts juridiques de droit interne, la transcription des dispositions importantes du texte communautaire soulève des difficultés d'interprétation et, plus encore, des difficultés de transposition".

Soulignons tout d'abord le cas du mot "concession" commun au droit communautaire et au droit national mais qui n'a pas la même signification dans les deux contextes. Le Conseil d'État limite la qualification de concession au contrat dans lequel la rémunération du délégataire est versée par les usagers de l'ouvrage ou du service. Tout autre mode de rémunération, y compris un mode où la rémunération est liée à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, est exclusif de la qualification de concession. La directive du Conseil des communautés sur les marchés de travaux publics (tout en maintenant une distinction entre marchés et concessions) définit la concession de travaux publics (article 1er d) : "un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au point a), à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix". La notion française de concession est donc plus restreinte que celle employée par la directive. Pour éviter tout risque de confusion dans l'interprétation de la loi du 3 janvier 1991 et tout risque de violation de la directive le législateur n'a pas employé le mot et se contente de définir le champ

d'un agrément n'a pas pour conséquence de conférer à l'autorité ministérielle le pouvoir qui n'appartient qu'à la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution de déterminer le champ d'application d'un avantage fiscal".

(14) Rapport public pour 1990, précité.

(15) Rapport Sénat, 1989-1990, n° 479, p. 43.

d'application des obligations communautaires en reprenant les éléments de la définition donnée par la directive (16). Cette méthode ne crée, en l'espèce aucun problème d'interprétation, la définition donnée par la directive, et reprise dans la loi, de la concession étant claire et précise (17).

La transposition doit avoir pour mission de donner une traduction d'un concept communautaire en terme de droit national pour assurer la combinaison du droit d'origine communautaire avec l'ensemble des textes nationaux. Mais cette traduction peut se révéler si difficile que le législateur peut renoncer à la chercher lui-même renvoyant à un décret d'application ou à la jurisprudence.

Aussi la loi du 3 janvier 1991 renonce à préciser, en lui donnant un contenu concret, la notion de *contrôle de gestion par des pouvoirs adjudicateurs*, élément de la définition des organismes de droit public. Initialement, sur recommandation du Conseil d'État, le projet de loi précisait que la notion de contrôle de gestion par des pouvoirs adjudicateurs équivalait au contrôle de la Cour des comptes ou des chambres régionales des comptes. Le Sénat a gommé la précision qu'avait introduit le gouvernement dans le projet de loi et qui avait été adopté par l'Assemblée nationale dans la mesure où il a estimé que cette précision conduisait à étendre le champ d'application de la directive au-delà de ce qui était nécessaire à la satisfaction des obligations communautaires de la France. Après avoir concédé que "la définition d'un "contrôle de gestion" par un organisme public est difficile à transposer en droit français", Bernard Laurent, rapporteur au Sénat, a remarqué que la formule retenue par le Conseil d'État et par le Gouvernement "soulève toutefois une difficulté dans la mesure où la loi du 2 juin 1967 et le décret du 4 février 1985 qui régissent actuellement la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes prévoient que le contrôle peut s'exercer sur des entreprises contrôlées majoritairement par l'État et les collectivités publiques mais également que toute entreprise qui bénéficie d'un concours financier public est susceptible de subir un tel contrôle. Dès lors, pourraient se trouver entrer dans le champ d'application de la directive des entreprises purement privées qui recevraient de façon ponctuelle des aides publiques alors même que leur activité et leur

(16) article 11 de la loi : "Fait l'objet de mesures de publicité définies par décret en Conseil d'État la passation des contrats dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances, dont l'objet est défini à l'article 9, et que se proposent de conclure les collectivités territoriales, leurs établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel ou commercial ou les groupements ou organismes définis à l'article 9 lorsque la rémunération de l'entrepreneur consiste en tout ou partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage".

(17) Cette clarté pourrait être contestée. Que veut dire "droit d'exploiter l'ouvrage assorti d'un prix"?

Sur le fond cette dualité de définition de la concession va néanmoins aboutir à une déréglementation partielle du droit national dans le cas des marchés dit "marchés d'entreprise de travaux publics" qui ne sont pas en droit interne des concessions mais qui peuvent l'être en droit communautaire. En droit interne les M.E.T.P. sont assimilés aux marchés et soumis au Code des marchés publics qui est beaucoup plus sévère quant aux obligations de l'administration que les obligations que la directive met à la charge du délégant dans le cadre des contrats de concession de travaux publics. Il y aura donc ici une réglementation à double vitesse. Pour les M.E.T.P. de dimension communautaire (pour certains d'entre eux, en tous cas) l'application des règles peu contraignantes des concessions, pour les M.E.T.P. autres l'application du code des marchés publics. Sur l'application du code des marchés aux M.E.T.P., voir la très solide argumentation de Yann Aguila, *M.T.P.*, 13 septembre 1991, pp. 56-59.

gestion échappent au contrôle des pouvoirs publics" (18). Bernard Laurent ajoute (p. 69) "Il apparaît que l'intention des auteurs de la directive n'est pas de faire entrer dans le champ d'application des règles communautaires les entreprises privées qui ne bénéficient pas de concours publics permanents et majoritaires". Aussi la solution finalement retenue a consisté à n'apporter aucune précision au texte même de la directive sur ce point. Les précisions nécessaires, sous le contrôle de la commission des Communautés, pourront être apportées par le décret "fixant les modalités d'application de la loi" (article 13 de la loi).

Toute précision apportée dans le droit national par rapport au texte de la directive, même une précision d'apparence mineure, peut cacher une transposition fautive ou comportant le risque d'une faute. C'est ce qui s'est passé dans la loi du 3 janvier 1991 à propos de la traduction de la notion d'organismes de droit public utilisée dans la directive marchés publics de travaux. Dans l'opération de transposition les "organismes de droit public" ont été traités en deux temps. Tout d'abord le décret de septembre 1990 a traité des organismes qui entrent dans le champ d'application du code des marchés publics (soit les établissements publics *administratifs* de l'État et les établissements publics des collectivités locales); puis la loi du 3 janvier 1991, tous les autres. Cependant, pour définir ces autres organismes de droit public, la loi du 3 janvier retient la notion "d'organismes de droit privé, créés en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général, ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et répondant..." (19). Passons ici sur l'originalité des "organismes de droit privé" de droit public. La précision paraît s'imposer dès lors que les organismes ayant une personnalité de droit public (les établissements publics) sont déjà traités par les dispositions du code des marchés publics sauf les établissements publics industriels et commerciaux (et les éventuelles personnes morales de droit public innomées), et que précisément les E.P.I.C. ne sont pas des "organismes de droit public" au sens de la directive dans la mesure où en sont exclus les organismes ayant un caractère industriel ou commercial (20). Mais il existe en droit français des établissements publics dits à caractère industriel ou commercial exerçant des missions administratives partiellement ou exclusivement (exemple des offices d'intervention agricole de la loi de 1982) qui sont écartés ainsi du champ d'application de la directive sans que cette exclusion paraisse bien fondée.

Les difficultés évoquées à propos de la directive marchés publics de travaux ne sont pas exceptionnelles. Le Conseil d'État a dû, "à plusieurs reprises", chercher "à trouver une traduction satisfaisante en droit interne d'une expression employée par une directive fautive de pouvoir disposer d'une exacte correspondance de certains de leurs termes en droit français... Lorsque de telles difficultés apparaissent et chaque fois que cela est possible les termes des directives sont transposés en recherchant quelle est en droit interne l'expression juridique équivalente, cette recherche se faisant d'abord par référence aux principes d'interprétation donnés par la directive elle-même ou à ceux qui paraissent résulter d'une lecture raisonnable de son texte. Ce ne peut

(18) Rapport au Sénat, précité, p. 45.

(19) Le texte reprend mot pour mot le texte de la directive, sauf les mots organismes de droit privé.

(20) On laissera ici de côté la discussion sur le cas d'éventuelles personnes de droit public innomées.

être dans ces hypothèses qu'à titre très exceptionnel, et faute d'équivalence certaine, que le Conseil admet de reprendre dans le texte national le terme même employé par la directive. Car il est de tradition de n'utiliser dans les lois et décrets que des termes au contenu précis et conformes aux usages de notre langue" (21).

4.- LE PARLEMENT SE RÉVÈLE SENSIBLE À L'"OUVERTURE ÉQUILIBRÉE" DES MARCHÉS PUBLICS

La transposition de la directive marchés publics de travaux a suscité des observations de parlementaires sur l'équilibre des obligations entre les États membres. Ces observations sont étrangères à la méthode législative de transposition. Cependant elles mettent en évidence le rôle des parlementaires et du Parlement dans la transposition des directives et relèvent ainsi, au sens large, des méthodes parlementaires.

Le but des directives est, par l'harmonisation des réglementations nationales, d'assurer l'égal accès aux marchés. Mais les directives risquent de ne pas atteindre ce but dès lors que la réciprocité des obligations n'est pas concrètement assurée.

L'absence de réciprocité tient d'abord aux différences dans les systèmes nationaux de voies de recours pour assurer le respect des obligations nées des directives marchés. C'est pourquoi le Conseil a adopté une directive "recours" (du 21 décembre 1989) qui assure un minimum de garanties juridictionnelles dans la mise en œuvre des droits nés des directives. On notera ainsi que l'efficacité du droit communautaire rend nécessaire des adaptations de la fonction juridictionnelle dans les États membres et que, comme certains auteurs l'ont fait remarquer, on va connaître une seconde génération des questions de droit communautaire (22).

L'absence de réciprocité vient encore des situations différentes dans l'organisation administrative des États membres. La centralisation de l'administration française la conduit plus fréquemment que d'autres administrations à dépasser les seuils prévus par les directives. De même le recours plus fréquent en France que dans bien d'autres pays de la Communauté à la concession de travaux publics à la place de la gestion en régie va faire en sorte que des entreprises françaises se verront concurrencées sur leur propre marché de la gestion des ouvrages et des services publics sans pouvoir concurrencer les entreprises étrangères sur des marchés équivalents qui n'existent pas. Le rapport d'information présenté par Monsieur Ligot au nom de la délégation de l'Assemblée nationale pour les Communautés européennes sur "L'Europe des marchés publics" (23) et concernant autant la directive marchés publics de travaux que la directive "secteurs exclus" remarque que "la réussite de la nouvelle réglementation est commandée par la réciprocité des efforts de chacun et, compte tenu des enjeux économiques en cause, par l'assurance pour chaque pays de pouvoir obtenir de l'ouverture de ses marchés

(21) Rapport public pour 1990, précité pp. 13.

(22) Voir également, dans un autre domaine que celui du contentieux des contrats, C.J.C.E., 19 juin 1990, *Factortame*, R.F.D.A. 1990, note Jean-Claude Bonichot, 912-920. La Cour décide que le juge national tient du droit communautaire, pour assurer la pleine efficacité de ce dernier, le pouvoir de prendre les mesures provisoires nécessaires de protection des droits tirés du traité, abstraction faite de toute règle nationale contraire.

(23) Document Assemblée nationale, 9e législature, n° 1705.

aux autres États membres un avantage équivalent à celui que ceux-ci pourront retirer chez lui... L'hétérogénéité des systèmes juridiques des États membres peut donc être à l'origine de distorsions dans l'application... On insistera tout particulièrement sur le fait que la France possède une maîtrise d'ouvrage publique centralisée. Ainsi, par exemple, les secteurs des autoroutes, de l'électricité, des transports ferroviaires, ne comptent en France qu'une dizaine de pouvoirs adjudicateurs, alors qu'ils peuvent atteindre le millier dans les autres États de la Communauté" (24).

Cet ensemble d'analyses n'appelle pas de longue conclusion. On voudrait attirer l'attention sur une différence d'attitude tant du gouvernement que du parlement à l'égard de l'étendue des obligations qu'ils peuvent imposer à l'occasion de l'opération de transposition. Autant, lorsqu'il s'agit de transposer en droit interne le champ d'application des obligations communautaires les pouvoirs publics sont réticents à étendre, ne serait-ce que de façon minimale, ce champ d'application au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la satisfaction de leurs obligations (ils auraient plutôt tendance, dans le doute, à rester en deça de leur obligations), autant ils adoptent une attitude plus souple quant à l'étendue des obligations qu'ils imposent à l'État et aux pouvoirs adjudicateurs, acceptant d'aller au-delà du volume des obligations imposées par leurs strictes obligations communautaires. Cela est, bien entendu, tout à fait explicable, l'enjeu dans les deux situations n'étant pas le même dans un domaine surtout où les obligations communautaires sont très lourdes et ont un champ d'application beaucoup plus vaste que les obligations de même nature en droit national.

(24) Ne pas oublier cependant qu'une certaine concurrence des États membres peut être considérée comme un élément favorisant la construction communautaire et l'intégration économique (voir l'usage de la méthode de la reconnaissance mutuelle des législations).